

Zivilverfahrensrecht

Olaf Riss

Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel

 Jan Sramek Verlag

Olaf Riss

Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel
Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualen
Mitwirkungspflichten

Nähere Informationen zu diesem PDF
und seine Nutzung finden Sie [hier](#).

Meiner Mutter

Olaf Riss

Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel

Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualen
Mitwirkungspflichten

Veröffentlicht mit Unterstützung des Austrian Science Fund (FWF): PUB-Antragsnummer 284-G16

FWF Der Wissenschaftsfonds.

Die finanzielle Unterstützung des FWF ermöglicht auch den kostenfreien Zugriff auf dieses Dokument.

Creative Commons Licence Terms



You are free to share (copy, distribute and transmit) this work under the following conditions:

1. Attribution – You must attribute the work in the manner specified by the author or licensor (but not in any way that suggests that they endorse you or your use of the work).
2. Noncommercial – You may not use this work for commercial purposes.

Die vollständigen Creative Commons Lizenzbestimmungen in deutscher Sprache finden Sie online unter
<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>>

All übrigen Rechte, insbesondere das Recht auf Übersetzung oder die Nutzung des Layouts für Zwecke jenseits der Lizenzbestimmungen oder das Recht gedruckte Exemplare zu vertreiben, sind vorbehalten.

Produkthaftung:

Trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle kann keine Garantie für die Vollständigkeit, Aktualität oder Fehlerlosigkeit des Werkes gegeben werden. Eine Haftung des Verlages, des/der Herausgeber/innen und/oder Autor/inn/en aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Eigensatz des Verlags
Schrift: Arnhem Pro

Eine auf hochwertigem Papier gedruckte Fassung mit Festeinband und Fadenheftung kann unter der ISBN 978-3-7097-0061-7 direkt beim Verlag <www.jan-sramek-verlag.at> oder im Buchhandel bestellt werden.

©Wien 2016, Jan Sramek Verlag KG

*»es soll der richter auf seinem richterstul sitzen als
ein grisgrimmender löwe, den rechten fuss über den
linken schlagen, und wenn er aus der sache nicht
recht könne urtheilen, soll er dieselbe hundert drei
und zwanzig mal überlegen.«*

Aus der Soester Gerichtsordnung

zitiert nach:

Otto Friedrich von Gierke,

Der Humor im deutschen Recht (1871) 26.

Vorwort

Lange Zeit herrschte im Zivilverfahren eine Sichtweise vor, die geprägt war von der »Idee des Kampfes¹« und der »Auffassung des Processes als ein der Rechtseroberung dienendes sich gegenseitig Bekämpfen der Parteien.« Der Prozess, so meinte man, sei »ein Krieg, in dem sich die Parteien als ingrimmig hassende, auf gegenseitige Vernichtung bedachte Feinde mit allen Mitteln niederzuringen bemühen – und dazu das Recht haben«; er sei »ein Kampf, in welchem das Streben nach dem Sieg alle anderen Rücksichten verdrängt, alle edleren Regungen schweigen dürfen, so ziemlich Alles erlaubt ist, was nur nützt, und in dem man namentlich den Gegner ruhig sich verbluten sehen kann, ohne juristische oder ethische Hilfeleistungspflicht; sozusagen ein Krieg ohne rothes Kreuz².« »Da muß jeder Kämpfer, jede Parthei sich für die eigenen Waffen sorgen, und kann sie von einem Dritten nicht erzwingen³.« *Franz Klein*, der ganz maßgeblich an der Schöpfung der heutigen österreichischen ZPO beteiligt war⁴ und aus dessen Feder der Großteil der eben zitierten, mit Kriegsallégorien durchtränkten Befundaufnahme⁵ der seinerzeitigen Rechtsauffassung stammt, wandte sich bekanntlich vehement gegen eine solche Charakterisierung des Zivilprozesses; sie führe zu einer »Verunstaltung der Parteienbeziehungen« und einer »Satire auf die ganze Idee des Rechtsstaates«. Wie die Mehrheit der praktisch tätigen Juristen wohl bestätigen wird können, ist die von *Klein* bekämpfte Sichtweise auch heute noch in den Köpfen vieler quasi unmittelbar »an der Front« im Gerichtssaal agierender Parteienvertreter verhaftet – oder um wiederum mit den Worten *Franz Kleins*⁶ zu sprechen: »Die kalte Theilnahmslosigkeit der Processpar-

1 Etwa *Lent*, ZZP 67, 344 (345).

2 *Klein*, JBl 1890, 555 (556) = *derselbe*, Pro futuro 39.

3 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 48. Ähnlich etwa auch *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 56.

4 Siehe dazu näher etwa bei *Fasching*, Lehrbuch² Rz 35, sowie *Kralik* in Forschungsband *Franz Klein* 89 (89 ff), und *Schrutka*, ZdZP 17, 189 (190).

5 Derartige Umschreibungen des Zivilprozesses als Kriegszustand finden sich ferner etwa bei *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage V; dazu siehe auch die eingehende Kritik bei *Hippel*, Wahrheitspflicht 327.

6 JBl 1890, 555 (556) = *derselbe*, Pro futuro 39 f.

teien, die unbedingte Freiheit von jeder Hilfeleistungspflicht [sind] für uns [...] selbstverständliche Dinge geworden.«

Im beweisrechtlichen Abschnitt enthält die ZPO jedoch Bestimmungen, die von einer *Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel* sprechen, woraus in der Lehre ein allgemeines Prinzip des Beweisrechts hergeleitet wurde. In einem grundsätzlich kriegerischen Umfeld nimmt man derartige Tendenzen als eine Antithese wahr; solche Tatbestände stecken ein Refugium der Friedseligkeit und der gegenseitigen Unterstützungspflicht ab.

Nachdem die Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit seit jeher »in Dunkel gehüllt« ist, verspricht nur die Untersuchung vor einem breit ausgeleuchteten rechtsgeschichtlichen Hintergrund ausreichend klare Ergebnisse für das heutige Verständnis zu liefern⁷. Ein solcher Schwerpunkt mag in Zeiten, in denen die Europäisierung zum beinahe absolut geltenden Gebot für rechtswissenschaftliches Arbeiten geworden ist, möglicherweise etwas verstaubt und vielleicht sogar nicht ganz schicklich wirken. Allerdings wird hervorkommen, dass sich jene Rechtsgrundsätze, die heute mit der so genannten Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in Verbindung gebracht werden, bis zu den Anfängen des römischen Zivilprozesses zurückverfolgen lassen. Dem Blick in die Rechtshistorie gebührenden Raum einzuräumen, scheint daher unausweichlich. Ferner wird sich zeigen, dass dem Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz, nachdem er eine regelrechte Blütezeit (vor allem im gemeinen Recht) durchlebt hat, in der heutigen Prozessrechtswissenschaft nur ein einigermaßen degenerierter Zustand attestiert werden muss. Angesichts dieser ernsten Diagnose kann sich die vorliegende Arbeit lediglich ein verhältnismäßig bescheidenes Ziel stecken: Der zu behandelnden Rechtsidee soll nur behutsam wieder Leben eingehaucht werden. Eine vollständige dogmatische Rekonvaleszenz kann nur vorbereitet werden, sie bleibt letztlich aber nachfolgenden Arbeiten überlassen.

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2013 als verfahrensrechtliche Monographie im Habilitationsverfahren des *Verfassers* an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien vorgelegt und für die Veröffentlichung auf den Stand Sommer 2014 gebracht.

7 So bereits *Blattner*, Edition von Urkunden 3, im Jahre 1827.

All dies wäre nicht möglich gewesen, ohne die stete Unterstützung und Förderung meiner beiden verehrten akademischen Lehrer o. Univ.-Prof. iR Dr. DDr. h.c. *Helmut Koziol* und Univ.-Prof. iR Dr. *Gert Iro*. Sie beide haben mich während meiner gesamten wissenschaftlichen Laufbahn stets mit losen Zügeln angeleitet, gefördert und geprägt. Dafür danke ich ihnen aufrichtig und herzlich.

Gleichermaßen zu großem Dank verpflichtet, bin ich all meinen unmittelbaren Institutskollegen »am Gang im dritten Stock«, die viele Jahre mit mir diskutiert und mir ein überaus angenehmes und freundschaftliches Arbeitsklima geschaffen haben. Frau Prof. Dr. iur. *Tanja Domej* hat mir in ihrem Habilitationsgutachten viele wertvolle Hinweise für die Vorbereitung dieses Werks zur Veröffentlichung gegeben, wofür ich ebenfalls Dank sage. Herr Mag. *Jan Sramek* hat mit seinem Verlags-Team die Drucklegung der Arbeit wie üblich professionell und umsichtig betreut.

Unverzeihlich wäre es, wenn ich meinen herzlichen und aufrichtigen Dank nicht an *Delphine* richten würde, die mich auf dem steinigen Weg der letzten Jahre immer unterstützt, ertragen und in den Arm genommen hat. Den meisten Dank schulde ich meiner lieben Mutter; sie hat die größten Opfer für mich erbracht. Ihr ist dieses Buch gewidmet.

Wien/Linz, im Oktober 2014

Olaf Riss

Inhaltsübersicht

§ 1	Einstieg	3
§ 2	Zwischenresümee und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	33
§ 3	Historische Wurzeln und Rechtsvergleich	51
§ 4	Gemeinschaftlichkeit und Mitwirkungspflicht	103
§ 5	Gemeinschaftlichkeit und Zurückziehung des Beweisanbots	253
§ 6	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	299

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XVII

§ 1 Einstieg

I.	Grundlegung und prozessuale Ausgangslage	3
II.	Befundaufnahme und Problemaufriss	12
	A. Vorüberlegungen	12
	1. Allgemeines Prinzip ohne allgemeine Regelung	12
	2. Gang der Untersuchung	14
	B. Beweis durch Urkunden	15
	C. Beweis durch Zeugen	17
	D. Beweis durch Sachverständige	22
	E. Beweis durch Augenschein und Auskunftssachen	24
	F. Parteienvernehmung und Parteivortrag	27

§ 2 Zwischenresümee und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

I.	Ergebnis und Würdigung der Befundaufnahme	33
II.	Konturen und Systematik des Untersuchungsgegenstandes	37
	A. Vorbemerkungen	37
	B. Materiellrechtliche Fallgruppen	41
	1. Vorprozessuale Pflichten	41
	2. Außerprozessuale Handhabe nach Prozessbeginn	46
	C. Prozessuale Fallgruppen	48
	1. Mitwirkungspflichten	48
	2. Zurückziehung des Beweisanbots/Verzicht	49

§ 3 Historische Wurzeln und Rechtsvergleich

I.	Geschichtlicher Abriss	51
	A. Römisches Recht	51

B.	Gemeines Recht	61
1.	Allgemeines	61
2.	Inhaltliche Weiterentwicklung des Gemeinschaftlichkeitsbegriff und Erweiterung des Anwendungsbereichs	63
a.	Auf Tatbestandsebene	63
b.	Auf Rechtsfolgenebene	67
3.	Resümee	73
C.	Partikularrechte und Kodifikationen	74
1.	Vorbemerkungen	74
2.	Bayerisches Recht	75
a.	Codex juris Bavarici judicarii	75
b.	Prozessordnung von 1869	76
3.	Sächsische Prozessgesetze	78
4.	Österreichische Allgemeine Gerichtsordnung	79
5.	Preußische Allgemeine Gerichtsordnung	80
6.	Bremer Gerichtsordnung	83
7.	Badische Proceßordnung	83
8.	Hannoverische Proceßordnung	84
9.	Bagatellverfahrensgesetz – am Vorabend der ZPO	87
II.	Kursorischer Rechtsvergleich	90
A.	Deutschland	90
B.	Schweiz	94
III.	Synopsis und Würdigung	96
§ 4 Gemeinschaftlichkeit und Mitwirkungspflicht		
I.	Allgemeines und Prüfungsschema	103
A.	Terminologisches	103
1.	Pflicht oder Last zu Mitwirkung?	103
2.	»Recht auf Passivität«	106
B.	Prüfungsschema für prozessuale Mitwirkungspflichten und Einordnung der Gemeinschaftlichkeit	108
II.	Tangierte Regelungsprinzipien und Interessen	113
A.	Mitwirkungsfördernde Faktoren	114
1.	Wahrheitsfindung als Prozesszweck	114
2.	Besondere öffentliche Interessen	120

3.	Besondere privatrechtliche (Individual-)Interessen, insbesondere Beweisnotstand	122
4.	Maxime der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens	126
5.	Treu und Glauben/Fairness	129
B.	Mitwirkungshemmende Faktoren	131
1.	Verbot des Zwangs zur Selbstbeziehung	131
2.	Schutz der Privat- und Individualsphäre	138
a.	Ausgangsüberlegungen	138
b.	Gesetzliche Wertungen für den Kollisionsfall ..	142
3.	Widerstrebende Pflichten (gegenüber Dritten)/Pflichtenkonflikt	151
4.	Schutz vor Eingriffen in das Eigentum	155
5.	Verhandlungsmaxime	158
6.	Keine allgemeine Pflicht zu aktivem Tun außerhalb rechtlicher Sonderbeziehung	162
C.	Fazit und Würdigung	167
III.	Urkunden	171
A.	Grundsatz – Ausnahme – Gegenausnahme für die Vorlagepflicht	171
B.	Auslegung und Funktion der Gemeinschaftlichkeitstatbestände	175
1.	Ausgangsüberlegungen	175
a.	Gesetzeswortlaut als Ausgangspunkt	175
b.	Systematischer Blick ins allgemeine Zivilrecht: Gemeinschaftlichkeit als Miteigentum?	175
c.	Legaldefinition	177
d.	Gesetzesmaterialien	179
e.	Teleologische Durchleuchtung	179
2.	Errichtung im Interesse	180
a.	Allgemeines	180
b.	Schutz der Individualsphäre	185
c.	Schutz vor Pflichtenkonflikt	193
d.	Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung	196
3.	Bekundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses	198
a.	Allgemeines	198
b.	Schutz der Individualsphäre	200

	c. Schutz vor Pflichtenkonflikt bei Urkunden	203
	d. Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung	205
	4. Schriftliche Verhandlungen zwischen den Beteiligten bzw mit einem gemeinsamen Vermittler	206
	a. Allgemeines	206
	b. Schutz der Individualsphäre	207
	c. Schutz vor Pflichtenkonflikt	210
	d. Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung	212
	5. Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung	212
	a. Allgemeines	212
	b. Stellungnahme	215
	c. Korrespondierende Mitwirkungspflicht außerhalb des Beweisrechts	217
IV.	Augenscheinsobjekte und Auskunftssachen	220
	A. Allgemeines	220
	B. Augenscheinsobjekte	220
	1. Grundsatz – Ausnahme – Gegenausnahme	220
	2. Adaptierte Auslegung der Gemeinschaftlichkeitstatbestände	223
	a. Errichtung im Interesse	223
	b. Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses	225
	c. Schriftliche Verhandlungen	227
	d. Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung ...	227
	C. Auskunftssachen	229
V.	(Handels-)Bücher	231
VI.	Zeugen und Sachverständige	237
	A. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht	238
	1. Meinungsstand	238
	2. Stellungnahme	239
	a. Kongruente Behandlung der persönlichen Beweismittel	239
	b. Gegenausnahmetatbestände und ihre Adaptierung	241
	c. Sonderfall: Verschwiegenheitspflicht eines Vertragsverfassers	243

	B. Bekanntgabe von Ladungserfordernissen	246
VII.	Parteienvernehmung	247
§ 5 Gemeinschaftlichkeit und Zurückziehung des Beweisanbots		
I.	Ausgangsüberlegungen und bisherige Erkenntnisse	253
	A. Heutige Rechtslage	253
	B. Erkenntnisse aus der rechtshistorischen Betrachtung	255
	C. Fazit	259
II.	Suche nach dem Problemerkern	260
III.	Urkunden	264
	A. Faktische Möglichkeit zur Beweisaufnahme	264
	1. Beweisanbot und Pflicht zur sofortigen Urkundenvorlage	264
	2. Pflichtgemäße Urkundenvorlage	265
	3. Ausstehende Urkundenvorlage	267
	B. Vorteile in der Beweiswürdigung	269
	1. Pflichtgemäße Urkundenvorlage	269
	2. Ausstehende Urkundenvorlage	273
	C. Sonderfall: Urkunde in den Händen des Gegners bzw eines Dritten	275
IV.	Augenschein und Auskunftssachen	277
	A. Faktische Möglichkeit zur Beweisaufnahme	278
	1. Beweisanbot und Beweismittelvorlage	278
	2. Nach erfolgter Beweismittelvorlage	279
	3. Ausstehende Beweismittelvorlage	281
	B. Vorteile in der Beweiswürdigung	282
V.	Zeugen	284
	A. Faktische Möglichkeit zur Beweisaufnahme	285
	B. Vorteile in der Beweiswürdigung	289
	C. Funktion des § 345 ZPO	291
VI.	Sachverständige	295
VII.	Parteienvernehmung	297
§ 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse		
Literaturverzeichnis		311
Sachverzeichnis		325
Über den Autor		337

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht	<u>A</u>
aaO	am angegebenen Ort	
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch	
abl	ablehnend	
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft	
Abs	Absatz	
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Deutschland)	
aE	am Ende	
aF	alte Fassung	
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung von 1781	
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch (RGrB 1863/1)	
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 1794	
Anm	Anmerkung	
arg	argumento	
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt	
Art	Artikel	
AT	Allgemeiner Teil	
AtomHG	Atomhaftungsgesetz	
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz	<u>B</u>
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz	
BB	Betriebsberater – Zeitschrift für Recht, Wirtschaft und Steuern (Deutschland)	
Bd	Band	
Begr	Begründung	
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)	
BGBL	Bundesgesetzblatt (Österreich)	
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)	
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Deutschland)	
BlgAH	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses	

	BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates (Österreich)
	BR	(deutscher) Bundesrat
	Bsp	Beispiel
	bspw	beispielsweise
	BT	Besonderer Teil
	BT-/BR-Drucks	Bundestags-/Bundesrats-Drucksache
	BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
	bzw	beziehungsweise
<u>C</u>	C	Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis II)
<u>D</u>	d	deutsch(es)
	D	Digesta (Corpus iuris civilis I)
	dBGBI	(deutsches) Bundesgesetzblatt
	dEGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (RGBl I S 244)
	dh	das heißt
	DJZ	Deutsche Juristenzeitung
<u>E</u>	E	Entscheidung
	ecolex	ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Österr)
	EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
	EG	Europäische Gemeinschaft(en)
	EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, dBGBI I S 2911
	EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
	Einl	Einleitung
	EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
	ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
	et al	et alii, und andere
	etc	et cetera
	EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ (Österreich)
<u>F</u>	f, ff	folgend, folgende
	FamRAnGlV	Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften (dRGBl I S 80/1943)

FN	Fußnote	
FS	Festschrift	
G	Gesetz	<u>G</u>
GEG	Gerichtliches Einbringungsgesetz	
gem	gemäß	
Geo	Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz	
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht	
GIU	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes (1853 – 1897), begründet von Glaser/Unger (Österreich)	
GIUNF	Neue Folge der Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes (1898 – 1915), fortgeführt von Pfaff/Schey ua (Österreich)	
GP	Gesetzgebungsperiode	
GRUR	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Deutschland)	
GTG	Gentechnikgesetz	
GZ	Gerichtszeitung	
hA	herrschende Ansicht, herrschende Auffassung	<u>H</u>
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120	
HB	Handbuch	
HGB	Handelsgesetzbuch	
hL	herrschende Lehre	
hM	herrschende Meinung	
Hrsg, hrsg	Herausgeber, herausgegeben	
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen, derzeit hrsg von Jabornegg/Karollus/Kaindl (Österreich)	
idF	in der Fassung	<u>I</u>
idR	in der Regel	
insb	insbesondere	
InsO	Insolvenzordnung (Deutschland)	
IO	Insolvenzordnung (Österreich)	

	IRÄG 2010	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBI I 2010/29
	iSd	im Sinn des/der
	iVm	in Verbindung mit
<u>J</u>	JBl	Juristische Blätter (Österreich)
	JN	Jurisdiktionsnorm
	JuS	Juristische Schulung (Deutschland)
	JZ	(deutsche) Juristenzeitung
<u>K</u>	KaKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
	Kfz	Kraftfahrzeug
	krit	kritisch
	KSchG	Konsumentenschutzgesetz
	KVJS	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Deutschland)
<u>L</u>	LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
<u>M</u>	Mat	(Gesetzes-)Materialien
	MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
	mE	meines Erachtens
	MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen, derzeit hrsg von Würth
	mwH	mit weiteren Hinweisen
	mwN	mit weiteren Nachweisen
<u>N</u>	nF	neue Fassung
	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
	NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs- Report (Deutschland)
	Nr	Nummer
	NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
<u>O</u>	ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Bank-Archiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen)
	ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

OGH	Oberster Gerichtshof	
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung	
OLG	Oberlandesgericht	
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht	
österr	österreichisch(es)	
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	
PhuGR	Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung	<u>P</u>
p.a.	per analogiam	
pr	principium	
RStDG	Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz	<u>R</u>
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft	
RG	(deutsches) Reichsgericht	
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen	
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes (http://ris.bka.gv.at)	
RL	Richtlinie	
Rsp	Rechtsprechung	
RV	Regierungsvorlage	
RZ	Österreichische Richterzeitung	
Rz	Randzahl	
S	Seite	<u>S</u>
SchiedsRÄG 2006	Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006, BGBl I 2006/7	
SchwZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung 2008	
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz; oder Sammlung der Entscheidungen des EGMR	
StPO	Strafprozeßordnung	
str	strittig	
SZ (rom Abt)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)	
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen	

<u>U</u>	ua	und andere
	UGB	Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch)
	uU	unter Umständen
<u>V</u>	V	Verordnung
	v	von
	VBG	Vertragsbedienstetengesetz
	verst Senat	verstärkter Senat
	VfGH	Verfassungsgerichtshof
	vgl	vergleiche
	Vorb	Vorbemerkung(en)
	VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
<u>W</u>	wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
	WGO	Allgemeine Gerichtsordnung für Westgalizien vom 19. Dezember 1796
	wobl	Wohnrechtliche Blätter (Österreich)
<u>Z</u>	Z	Ziffer
	ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Österreich)
	zB	zum Beispiel
	ZCivRP	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Deutschland)
	ZdZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß
	ZGH	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Deutschland)
	ZPO	Zivilprozeßordnung (Österreich)
	zT	zum Teil
	zust	zustimmend
	ZustG	Bundesgesetz vom 1. April 1982 über die Zustellung behördlicher Schriftstücke Zustellgesetz
	ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Österreich)
	ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Deutschland)

Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel

§ 1

Einstieg

I. Grundlegung und prozessuale Ausgangslage

Grundlage jeder richterlichen Entscheidungsfindung ist bekanntlich der *juristische Syllogismus*¹. Die darin liegende Gedankenoperation setzt zunächst die Kenntnis der entscheidungsrelevanten **Tatsachen** (*Untersatz*) voraus und ferner die Kenntnis der Rechtssätze, unter die diese Tatsachen zu subsumieren sind (*Obersatz*)². Sofern die in den Prozess eingeführten (behaupteten) Tatsachen weder zugestanden (§§ 266f ZPO), noch notorisch (§ 269 ZPO), noch gesetzlich vermutet (§ 270 ZPO) sind, sind sie **beweisbedürftig**³. In diesem Fall muss, um den Richter von ihrer Wahrheit bzw Unwahrheit zu überzeugen, der Beweis geführt werden⁴. Die Tatsachen, die hierfür erforderlichen Beweise und die anwendbaren Rechtssätze (allenfalls auch Erfahrungssätze⁵) bilden den **Prozessstoff**⁶. Soweit es die Tatsachen und Beweise betrifft, obliegt die **Sammlung** des Prozessstoffs grundsätzlich der **Initiative und Verantwortung der Parteien** (**Verhandlungsgrundsatz, Beibringungsgrundsatz**⁷ oder Parteienmaxime)⁸.

Nicht unerwähnt bleiben darf, dass nach österreichischem Verfahrensrecht für das **Gericht** hier – in bestimmtem Umfang – eine **Mitverantwortlichkeit** besteht: Das Gericht hat die Parteien bei der Stoff-

¹ Näher dazu siehe nur *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 395f.

² Siehe bloß *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 215; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 872; *Hippel*, Wahrheitspflicht 45 und 335.

³ Dazu siehe etwa Materialien CPG I 297 ff; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 839 ff.

⁴ Anschaulich zur Notwendigkeit, die einzelnen Elemente des Prozessstoffs durch Beweismittel für die richterliche Tätigkeit benützlich zu machen, *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 217, und *Fasching*, Lehrbuch² Rz 799.

⁵ Man spricht insofern von den *fakultativen* Stoffelementen im Gegensatz zu den *notwendigen* (*Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 216).

⁶ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 646.

⁷ Kritisch zu diesem Begriff *Leipold*, FS Fasching 329 (339).

⁸ Zur Verhandlungsmaxime siehe noch eingehend unten § 4 II.B.5; S 158 ff mwH.

sammlung im Rahmen der *materiellen Prozessleitungspflicht* nämlich zu unterstützen⁹, was einerseits durch die Anleitungspflicht und andererseits durch die Wahrheitsforschungspflicht geschieht¹⁰. Letztere ermöglicht die *amtswegige Erforschung* der behaupteten¹¹ Tatsachen (§ 183 Abs 1 Z 4 ZPO). Insofern folgt die ZPO einem Mittelweg bzw einer Mischform¹² zwischen dem reinen *Verhandlungsgrundsatz* und dem *Untersuchungsgrundsatz*¹³ (Inquisitionsmaxime), welcher das Gericht zur amtswegigen Wahrheitserforschung ohne Rücksicht auf Anträge und Verhalten der Parteien verpflichtet. Man spricht – je nach Akzentuierung – von der **gemischten Verhandlungsmaxime**¹⁴, vom *abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz*¹⁵, von einer *Annäherung an den Untersuchungsgrundsatz*¹⁶, von der *Kooperationsmaxime*¹⁷, von der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess*¹⁸ oder auch von einer *Aufklärungsgemeinschaft der Parteien unter gerichtlicher Führung*¹⁹.

Im Grundsatz aber trägt jede Partei die Last für die Beschaffung des für ihren Rechtsstandpunkt günstigen bzw des für ihr Obsiegen erforderlichen Prozessstoffs²⁰. Die Beweisaufnahme erfolgt demnach

9 Siehe bloß *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 223.

10 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 655 f.

11 Ob der Richter im Rahmen seiner diskretionären Gewalt sogar die Befugnis hat, auch Beweise über solche Tatsachen aufzunehmen, die von den Parteien gar nicht behauptet wurden (*Ausforschungs- bzw Erkundungsbeweis*), ist umstritten (dazu näher unten S 40 FN 149 mit Nachweisen).

12 *Klicka*, JBl 1991, 231 (233); *Rassi*, ZZZ 121, 165 (185); *derselbe*, EF-Z 2010, 212 (215).

13 Die Einführung dieses Begriffspaares dürfte *Gömmel*, Handbuch² I 190 f, zuzuschreiben sein (*Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 223, und näher auch *Hippel*, Wahrheitspflicht 165 f), der plastisch formuliert »Dort tut der Richter Nichts, hier Alles von Amts wegen.«

14 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 225; *Bernhardt*, FS Rosenberg 9 (14).

15 *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 269; *Rassi*, ZZZ 121, 165 (168). Dagegen aber explizit *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² Einl II/1 Rz 16.

16 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 639 und 665.

17 *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer*, Zivilprozeßrecht⁶ I 106 und 110. Dagegen explizit *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² Einl II/1 Rz 17; kritisch im Hinblick auf die Anerkennung als eigenständigen Prozessgrundsatz auch *Leipold*, FS *Fasching* 329 (332).

18 *Klein/Engel*, Zivilprozeß 197; *Oberhammer* in *Kralik/Rechberger*, Konfliktvermeidung 31 (59 f); *Rassi*, ZZZ 121, 165 (185 und 201). Explizit dagegen aber *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² Einl II/1 Rz 17.

19 *Hippel*, Wahrheitspflicht 303 und 307 sowie 192 (»angemessene Arbeitsteilung«); *Gottwald*, BB 1979, 1780 (1782).

20 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 224; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 650 f und 658; *Leipold*, FS *Fasching* 329 (339).

prinzipiell nur über Initiative und Anbot²¹ der Parteien²²; es trifft sie gewissermaßen eine Obliegenheit bzw – um es mit dem im Prozessrecht eingebürgerten Ausdruck zu sagen – eine **Last²³ der Beweis-anbietung**: Die an dem betreffenden Prozessstoff interessierte Partei muss aus eigener Initiative die Wahrheitsermittlung durch Bezeichnung und allenfalls Beschaffung geeigneter Beweismittel anbahnen²⁴. Unterlässt es die beweisbelastete Partei, die Beweise anzubieten, muss sie in Kauf nehmen, dass ihre beweisbedürftigen Tatsachenbehauptungen – sofern sie vom Gegner nicht zugestanden werden (§ 266 Abs 1 ZPO)²⁵ – als unbewiesen der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden. Die Partei trifft also gleichsam ein »indirekter Zwang²⁶« zum Handeln. Diese, die Parteien treffende Last ergibt sich nicht nur mittelbar aus dem Risiko des Prozessverlusts, sondern ist in der ZPO auch wiederholt und mehrfach deutlich verankert: In der mündlichen Verhandlung sind die Parteien mit ihren Anträgen, mit ihrem tatsächlichen Vorbringen sowie *mit ihren Beweisen und Beweis-anbietungen* zu hören (§ 177 Abs 1 ZPO). Ferner haben die Parteien in Schriftsätzen für jeden darin enthaltenen Antrag die zu seiner Begründung erforderlichen Tatsachen

21 Nach der Stammfassung der ZPO war dies als *Antrag auf Beweis-aufnahme* zu verstehen, über welchen gemäß § 277 ZPO stets mit (Beweis-)Beschluss zu entscheiden war. § 277 ZPO wurde durch die ZVN 2002 (BGBl I 2002/76) aufgehoben; an die Stelle des Beweisbeschlusses trat das vom Gericht gemeinsam mit den Parteien zu erarbeitende Prozessprogramm (§ 258 Abs 1 Z 4 ZPO), dem keinerlei Entscheidungsqualität zukommt (ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 34 und 36; *Rechberger* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² Vor § 258 ZPO Rz 25; *Spending* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² § 371 ZPO Rz 4).

22 *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 902.

23 Von einer echten *Pflicht* zur Beweis-anbietung kann hingegen nicht gesprochen werden (*Schragel* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² § 177 ZPO Rz 4; siehe auch *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 134 und Rz 880). Näher zur Abgrenzung von Prozesslasten und Prozesspflichten noch unten § 4 I.A.1; S 103ff mit Nachweisen.

24 *Petschek/Stagel*, *Zivilprozess* 223.

25 Im Fall eines Geständnisses durch den Gegner (»*Außerstreitstellung*«) ist das Tatsachenvorbringen der Partei auch dann für wahr zu halten, wenn sie keine Beweise dafür angeboten hat. (Entgegen der Rsp [RIS-Justiz RS0040110] führt dies aber zu keinem Beweisthemenverbot; *Rechberger*, NZ 1991, 69 [72]; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁸ Rz 600). Das bloße *Unterbleiben der Bestreitung* ist hingegen nur ausnahmsweise als ein Geständnis zu werten (*Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 843; *Rechberger* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² §§ 266, 267 ZPO Rz 17; RIS-Justiz RS0039941; siehe auch schon *Klein*, Vorlesungen 135, und Materialien CPG I 297; offensichtlich strenger aber *Schragel* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² § 177 ZPO Rz 4, vgl auch § 138 Abs 3 dZPO).

26 *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 665.

darzustellen und es sind auch die *Beweismittel anzugeben*, derer sich die Parteien zum Nachweis ihrer Behauptungen zu bedienen beabsichtigen (*Grundsatz der Beweisverbindung*²⁷; § 76, § 78 Abs 1 Z 2, § 226 Abs 1, § 239 Abs 1, § 467 Z 4, § 506 Abs 1 Z 3 ZPO).

Die eben dargelegte Verteilung der Last zur Beschaffung des für den eigenen Rechtsstandpunkt günstigen Prozessstoffs muss den Ausgangspunkt für die hier anzustellenden beweisrechtlichen Überlegungen bilden²⁸. Erst daraus wird erkennbar, wie hilfreich und wertvoll es für die beweibelastete Partei ist, sich zum Zweck der Beweisführung möglichst aller in Betracht kommenden Beweismittel bedienen zu können.

Genau genommen ergibt sich dieses Interesse der Partei keineswegs erst im Rahmen des *Beweisverfahrens*, sondern – quasi vorgealtet – bereits aus der von ihr ebenfalls zu bewältigenden Behauptungs- bzw **Substantiierungslast**²⁹ und dem damit einhergehenden Informationsbedürfnis der Partei: Schon in der Klage sind nämlich die rechtserzeugenden Tatsachen vollständig anzugeben (§ 226 Abs 1 ZPO). Damit folgt die österreichische ZPO der so genannten *Substantiierungstheorie im engeren Sinn* und macht die Begründetheit der Klage davon abhängig, dass alle rechtserheblichen, das heißt für die *Schlüssigkeit* der Klage notwendigen Tatsachen vorgetragen werden³⁰, was *bereits vor Prozessbeginn das entsprechende Tatsachenwissen beim Kläger voraussetzt*³¹. Das vor- und außerprozessuale Stadium soll in der vorliegenden Untersuchung grundsätzlich ausgeblendet bleiben, weil es – abgesehen vom Beweissicherungsverfahren – im Wesentlichen nur materielle rechtliche Fragen aufwirft; diese sollen nur im Rahmen eines knappen Kontrollblicks einbezogen werden³².

27 Siehe bloß *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² Vor § 266 ZPO Rz 84; für den deutschen Rechtsbereich etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 109 Rz 31.

28 Ganz in diesem Sinn stellt auch *Stürner*, Aufklärungspflichten 4 ff, Überlegungen zur Verteilung von Beweisrisiko und Beweisführungslast an den Beginn seiner Untersuchung. Ausdrücklich ferner etwa auch *Gottwald*, BeitrZPR V 19 (21 f), und *Rassi*, ZJP 121, 165 (166 f).

29 In diesem Zusammenhang sind im deutschen Rechtsbereich auch die Begriffe der *Darlegungslast*, *Erklärungslast* oder *Anführungslast* anzutreffen; siehe dazu *Rassi*, ZJP 121, 165 (181), sowie *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 331 FN 9 mwN.

30 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1040 mwH.

31 Dies betonen etwa *Gottwald*, BeitrZPR V, 19 (22); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 25, 248, 263 und 332.

32 Dazu noch überblicksartig unten § 2 II.B; S 41 ff.

Beschränkt man den Fokus auf die innerprozessualen Fragestellungen rund um das Beweisverfahren, so kann die Partei insbesondere ein Interesse daran haben, den Beweis mithilfe von Beweismitteln zu führen, die vom Gegner angeboten wurden, oder auch solche Beweismittel anzubieten, die sie selbst nicht in den Prozess einführen kann – etwa deshalb, weil sie diese nicht in Händen hält, darauf nicht (rechtmäßig³³) zugreifen kann oder weil sie zum Beispiel den Aufenthaltsort von Zeugen nicht kennt, so dass dieser nicht geladen werden kann. Damit sind bereits jene zwei **Grundkonstellationen** grob umrissen, die mit dem so genannten Grundsatz von der **Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel** in Zusammenhang gebracht werden:

Möglich ist zum einen, dass der **Gegner das Beweismittel selbst anbietet** bzw vorlegt (Urkunde). Kommt es in der Folge zur **Beweisaufnahme**, bereitet dieser Fall kaum Schwierigkeiten. Eine Verwertung »fremder«, das heißt vom Gegner angebotener Beweismittel zum Beweis des eigenen Vorbringens ist nämlich ohne weiteres möglich und unproblematisch (sofern der Gegner das jeweilige Beweismittel ohnehin selbst anbietet). Denn für die Verwertung des Beweisergebnisses ist es gänzlich irrelevant, von wem das Beweisanbot ausgegangen ist³⁴. So kann beispielsweise die Aussage eines vom Gegner angebotenen Zeugen gleichermaßen als Beweis für die von der Partei vorgebrachten Tatsachen dienen. Während dies heute ganz selbstverständlich erscheint und wohl deswegen meist nicht einmal en passant erwähnt wird, hat man die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln zum Nachteil der sie anbietenden Partei früher, das heißt konkret im gemeinen Recht, ausgiebig thematisiert – und zwar eben unter dem Schlagwort von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel³⁵. Nach heutigem Verständnis bereiten Konstellationen, in denen der Gegner selbst ein Beweismittel anbietet und sich nachträglich *nicht* gegen dessen Aufnahme

33 Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel wird heute für den Zivilprozess durchwegs bejaht (*Rechberger* in Fasching/Konecny, *Zivilprozeßgesetz*² Vor § 266 ZPO Rz 70 mwH; näher dazu vor allem *Kodek*, *Beweismittel* insb 136 ff; *derselbe*, *ÖJZ* 2001, 281 und 334). Allerdings ist die unrechtmäßige Erlangung von Beweismitteln regelmäßig strafrechtlich relevant und kann zu schadenersatzrechtlicher Verantwortlichkeit führen.

34 Statt aller siehe nur *Petschek/Stagel*, *Zivilprozeß* 232; *Bernhardt*, FS Rosenberg 9 (17). Explizit festgeschrieben ist dies für die Ergebnisse einer Beweissicherung (§ 389 Abs 1 ZPO).

35 Dazu näher im Rahmen der rechtshistorischen Spurensuche unten insb S 67 f.

ausspricht, aber keinerlei Schwierigkeiten; sie können aus dem Fokus der anzustellenden Überlegungen ausgeklammert werden.

Von Interesse ist aber jenes Szenario, in dem der Gegner ein **Beweisanbot** gestellt hat und dieses **wieder zurückzieht**. Hier kann nun fraglich sein, ob eine solche Zurückziehung, die häufig als *Verzicht* bzw. als ein »Fallenlassen³⁶« des Beweismittels bezeichnet wird, überhaupt möglich ist und – bejahendenfalls – bis zu welchem Zeitpunkt bzw. ob und auf welchem Weg der *Beweis nun auch gegen dessen (nunmehrigen) Willen aufgenommen* werden kann. Schlagend wird diese Frage typischerweise dann, wenn sich der Gegner gegen die Einvernahme eines von ihm selbst ursprünglich angebotenen Zeugen oder gegen die Verwertung einer von ihm vorgelegten Urkunde ausspricht. Diese Konstellationen werden (auch) nach heutiger Auffassung unmittelbar unter dem Schlagwort von der *Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel* behandelt³⁷.

Davon zu unterscheiden ist jene andere Fallgruppe, die sich dadurch auszeichnet, dass die **beweisbelastete Partei selbst ein Beweismittel anbieten** will, jedoch nicht in der Lage ist, die Beweisaufnahme zu ermöglichen, weil, um dieses beizubringen bzw. zu benennen, die **Mitwirkung des Gegners** oder eines Dritten **erforderlich** ist. Die Gründe dafür können – wie bereits angedeutet – durchaus verschieden sein: Klassisch ist sicherlich der Fall, dass der Beweis mithilfe einer Urkunde geführt werden soll, welche sich beim Gegner oder bei einem (nicht herausgabewilligen) Dritten befindet, so dass die Partei sie nicht vorlegen kann. Denkbar ist ebenso, dass nur der Gegner oder ein Dritter den Aufenthaltsort bzw. die Identität eines für die beweisbelastete Partei relevanten Zeugen kennt. Immer ist also entscheidend, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Gegner oder dem Dritten aufgetragen werden kann, die Urkunde vorzulegen oder den Zeugen bzw. dessen Aufenthaltsort zu benennen. Die Problematik ist

36 Siehe dazu wiederum vor allem die Nachweise im rechtsgeschichtlichen Abschnitt unten § 3 I.; S 51 ff. Vgl. ferner den Wortlaut des § 246 Abs 2 StPO, der ebenfalls als ein Ausdruck der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel betrachtet wird (*Kirchbacher* in Fuchs/Ratz, WK-StPO § 246 Rz 209 f): »Der Ankläger und der Angeklagte können im Laufe der Hauptverhandlung Beweismittel fallen lassen, jedoch nur, wenn der Gegner zustimmt.«

37 Siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905; *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² Vor § 266 ZPO Rz 85. Weitere Nachweise zum Meinungsstand unten § 5; S 253 ff.

gegenüber den zuvor angesprochenen Fällen verlagert bzw – genau genommen – erweitert: Auch hier taucht an sich wiederum die Frage auf, ob sich der Gegner gegen die Beweisaufnahme aussprechen kann; dazu wird allerdings gar kein Bedarf sein, sofern es der Partei schon rein faktisch nicht möglich ist, das Beweismittel anzubieten, sie sich also in *Beweisnot* bzw in Beweisschwierigkeiten befindet³⁸. Eigentlich entscheidend ist also die vorgelagerte Frage, ob sich der Gegner bzw der Dritte der Verlockung³⁹ hingeben dürfen, zuzusehen, wie die Partei – um es mit den Worten *Kleins*⁴⁰ zu sagen – »angesichts des Ufers ertrinkt« bzw »verblutet«, oder ob sie in bestimmtem Umfang *verhalten werden können, an der Beweisaufnahme der Partei mitzuwirken, selbst wenn sie ihr dadurch zum Prozesssieg verhelfen*. Einer jener Tatbestände, in denen das Verfahrensrecht den Parteien eine solche Mitwirkungspflicht⁴¹ auferlegt, sind die – von der ZPO selbst so benannten – *gemeinschaftlichen Urkunden* (§ 304 Abs 1 Z 3 und Abs 2 ZPO).

Denkbar sind auch Situationen, die der **Mitwirkung eines nicht prozessbeteiligten Dritten** bei der Beweisaufnahme bedürfen. Mitwirkungspflichten bei der Sachverhaltsermittlung sind im österreichischen Verfahrensrecht bekanntlich auch für Dritte gesetzlich vorgesehen, dies insbesondere in Form der *Zeugenpflicht* (§§ 320 ff ZPO) und der *Urkundenvorlagepflicht* (§§ 308 f ZPO). Auch in diesem Zusammenhang kennt der Gesetzeswortlaut den Tatbestand der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels (§ 308 Abs 1 ZPO). Für die daran knüpfende Vorlagepflicht des Dritten wird jedoch betont, dass sie überhaupt nicht im allgemeinen Rechtspflegeanspruch, sondern *ausschließlich in der materiellrechtlichen Rechtsbeziehung* zwischen dem Urkundeninhaber

38 Die Begriffe *Beweisnot* und *Beweisschwierigkeiten* können synonym verwendet werden (*Prütting* in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Beweislast Grundlagen § 8 Rz 2; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 26 FN 4): Damit wird im Allgemeinen eine Situation umschrieben, in der eine Partei unverschuldet die erforderlichen Beweismittel nicht benennen oder nicht beibringen kann und auch das Gericht nicht in der Lage ist, diese Beweismittel von sich aus heranzuziehen.

39 *Klicka*, JBl 1992, 231 (231 f).

40 JBl 1890, 555 (555 und 556) = Pro futuro 37 und 38 f.

41 Ob es sich bei dieser Verhaltensanordnung um eine echte *Pflicht im Rechtssinn* oder eine *Prozesslast* handelt, wird unten (§ 4 I.A.1; S 105 ff) noch zu erörtern sein. Um Gleichklang mit dem einschlägigen Schrifttum herzustellen und vor allem um schwerfällige Formulierungen zu vermeiden, kann aber bereits vorweggenommen werden, dass es insofern zulässig ist, von Mitwirkungspflichten zu sprechen.

(= dem Dritten) und dem Beweisführer (= der Prozesspartei) gründet⁴². Die *Mitwirkung Dritter* soll in der vorliegenden Untersuchung nicht näher behandelt werden, nachdem sie eine ganz andere Rechtsqualität aufweist als die Mitwirkungspflicht des Gegners, der sich ja im Gegensatz zum Dritten im Prozessrechtsverhältnis befindet⁴³.

Im Lichte dieser einleitenden Gedanken entsteht der Eindruck, dass die zwei eben skizzierten Problemstellungen im System des Beweisrechts *prima vista* nicht unbedingt nah beieinander liegen. Zum einen geht es um das Recht auf Zurückziehung eines eigenen Beweis-Anbots (**Verzicht; Fallenlassen**); zum anderen um eine Verpflichtung der **nicht beweisbelasteten Partei** zur Wahrheitsermittlung im Rahmen der Beweisführung des anderen Teils beizutragen. Für diesen zweitgenannten Aspekt finden sich im Schrifttum verschiedene Ausdrücke, die mehr oder weniger synonym Verwendung finden⁴⁴. Im Folgenden soll einheitlich von der **Mitwirkungspflicht** gesprochen werden⁴⁵.

Obwohl demnach gewissermaßen eine zweigleisige Fragestellung vorliegt, wird dennoch beides mit dem Schlagwort von der **Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel** in Zusammenhang gebracht: Für die *Verzichtsmöglichkeit* gilt dies ganz uneingeschränkt, weil die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (§§ 302, 345, 363 ZPO) einheitlich als Anwendungsfall eben dieses Grundsatzes gewertet werden⁴⁶.

42 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 960.

43 Siehe in diesem Zusammenhang etwa *Stadler*, FS Beys II 1625 (1631), die zutreffend betont, dass Aufklärungsbeiträge Dritter, die kein eigenes Interesse am Prozessausgang haben, nur unter verhältnismäßig strengeren Voraussetzungen eingefordert werden können. Vor allem drängt sich dabei die Frage auf, weshalb dem Dritten zwar eine prozessuale und öffentlich-rechtliche (*Fasching*, Lehrbuch² Rz 976; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 320 Rz 4; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² Vor §§ 320 ff ZPO Rz 1) von materiellrechtlichen Beziehungen unabhängige Pflicht, durch *Zeugenaussage* an der Wahrheitsermittlung mitzuwirken, auferlegt ist, seine prozessuale Mitwirkungspflicht aber eben nicht so weit reichen soll, dass der Dritte auch zur *Vorlage* von Urkunden, Augenscheinsgegenständen oder Auskunftssachen angehalten werden kann.

44 Man spricht etwa von Aufklärungspflicht (*Klicka*, JBl 1992, 231 [231]), Informationspflicht oder Auskunftspflicht; siehe dazu *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 28.

45 Dabei wird – wie schon betont wurde (unmittelbar oben S 9 bei und in FN 41) – nicht übersehen, dass mit diesem Begriff gemeinhin die Qualifizierung als Rechtspflicht in einem technischen Sinn verbunden ist. Die Einordnung der *Mitwirkungspflicht* wird noch gesondert zu erörtern sein (unten § 4 I.A.1; S 103 ff), kann aber bereits im Ergebnis vorweggenommen werden.

46 Siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905, weitere Nachweise zum Meinungsstand unten § 4; S 253 ff; insb S 255 FN 946. Zur verwandten Bestimmung des § 246 Abs 2 StPO siehe oben S 8 FN 36.

Was die *Mitwirkungspflicht* betrifft, ordnet die heute geläufige Terminologie diese nicht unmittelbar dem Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz zu⁴⁷, doch schon nach einem Blick in den Gesetzestext lässt sich ein Zusammenhang kaum abstreiten: Hier wird im Rahmen der einschlägigen Bestimmungen über die Urkundenvorlagepflicht des Gegners ebenfalls gerade mit dem Begriff der *gemeinschaftlichen* Urkunden operiert (§ 304 Abs 1 Z 3 und Abs 2 ZPO) und somit also gerade auch in Bezug auf die Mitwirkungspflicht der Gemeinschaftlichkeitsgedanke ins Spiel gebracht. Kraft ausdrücklichen Verweises (§ 369 ZPO) sind diese Regelungen zudem auch für den Augenscheinsbeweis sinngemäß anzuwenden. Die rechtshistorische Analyse wird hervorbringen, dass beide Aspekte der Gemeinschaftlichkeit in der Tat auf dasselbe (gemeinrechtliche) Rechtsinstitut zurückzuführen sind⁴⁸; zudem wird die anzustellende Untersuchung zeigen, dass auch davon abgesehen noch weitere, der Systematik des Beweisrechts inhärente Verbindungslinien zwischen der Verzichtsmöglichkeit und den Mitwirkungspflichten vorhanden sind⁴⁹.

Dass demnach die Idee von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel also offensichtlich beide Regelungsfragen durchzieht, zumindest aber eine begriffliche Klammer spannt, sollte freilich nicht dazu verleiten, auch beide Fragen gewissermaßen vorschnell in ein und denselben dogmatischen Topf zu werfen. Verbunden damit wäre die Gefahr, **notwendige Differenzierungen** zu verabsäumen und sich eine vielleicht prägnante Terminologie um den Preis systematisch nicht restlos konsequenter Einheitslösungen zu erkaufen⁵⁰.

47 Für eine Abgrenzung explizit etwa *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 126 FN 382. Möglicherweise (implizit) kann eine solche dogmatische Trennung aber etwa wohl auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905, unterstellt werden, der durch die Einschränkungen der Möglichkeit zur Zurückziehung eines Beweisanbots ausdrücklich vom Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel verwirklicht sieht, jedoch jeglichen Verweis auf die Gemeinschaftlichkeit im Sinne des § 304 Abs 1 Z 3 und Abs 2 ZPO unterlässt.

48 Unten S 64.

49 Dazu etwa insbesondere unten § 5 III.A.3; S 267 ff.

50 Solche Verlockungen scheinen sowohl im Verfahrensrecht als auch freilich in anderen Rechtsgebieten kein Einzelfall zu sein. So prangert etwa auch *Hippel*, Wahrheitspflicht 319 f., – in anderem Zusammenhang (nämlich zur Begrifflichkeit der Prozesslast; Nachweise dazu oben S 5 FN 23) – eine derartige Vorgehensweise, die »Fehlabbstraktionen« hervorbringt, nur um »praktisch-mnemotechnischen Zwecken« zu dienen, nachdrücklich an.

Schon angesichts dieses kursorischen Streifzugs durch die **Vielfalt der berührten Rechtsprobleme** lädt die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zu einer näheren Beschäftigung mit den davon tangierten prozessualen Fragestellungen ein und verspricht ein reizvolles Unterfangen. Hinzu kommt noch, dass die (gesetzliche) Ausgestaltung des Beweisrechts nicht selten ganz entscheidenden Einfluss auf den Prozessausgang hat: Gelingt es der beweisbelasteten Partei nicht, die erforderlichen Beweise anzubieten und aufnehmen zu lassen, riskiert sie, dass ihre beweisbedürftigen Tatsachenbehauptungen als unbewiesen der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden. Problemen des Beweisrechts und ihrer Lösung durch das Verfahrensrecht besondere Aufmerksamkeit zu widmen, ist deshalb ganz generell eine lohnende Aufgabe⁵¹. Überdies tauchen Konstellationen, in welchen sich die beiden eben umrissenen Fragen konkret stellen, im Prozessalltag regelmäßig auf; sie sollten deshalb keinesfalls als rein akademische Spitzfindigkeiten abgetan werden, sondern sind von großer **praktischer Bedeutung**.

II. Befundaufnahme und Problemaufriss

A. Vorüberlegungen

1. Allgemeines Prinzip ohne allgemeine Regelung

Sucht man im Beweisrecht der ZPO nach Antworten auf die beiden eben angesprochenen, grob konturierten Fragen – Verzichts-/Ablehnungsrecht einerseits und Mitwirkungspflicht andererseits –, würde man möglicherweise erwarten, in den allgemeinen Bestimmungen über den Beweis und die Beweisaufnahme fündig zu werden. Immerhin handelt es sich ja um Regelungsprobleme, mit denen in mehr oder weniger abgewandelter Form bei allen Arten von Beweismitteln zu rechnen ist⁵².

51 Dies nicht zuletzt auch deswegen, weil für den Zivilprozess das Dictum gilt, dass er sich um Myriaden von Tatsachenfragen, aber nur um ein Quäntchen Rechtsfragen dreht; siehe etwa bloß *Czernich*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 111 (111 und 122).

52 Eine Sonderstellung nimmt hier freilich die Parteienvernehmung ein; dazu näher unten § 1 II.F; S 7 ff.

Dass eine **beweismittelübergreifende Thematik** vorliegt, spiegelt sich nicht zuletzt in dem Umstand wieder, dass der Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, der ja – wie sogleich zu besprechen sein wird – gemeinhin zur Beantwortung dieser Fragen herangezogen wird, nicht beweismittelspezifisch (zum Beispiel als »Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Zeugen«), sondern eben an sich allgemein (wenn auch mit einigen Ausnahmen versehen) formuliert wird. Auch der rechtshistorische Streifzug wird Beispiele dafür liefern, dass einschlägige Bestimmungen abstrahierend für alle Beweismittel formuliert waren⁵³. Dennoch findet sich – obwohl die ZPO sogar in einem eigenen Abschnitt allgemeine Bestimmungen für den Beweis und die Beweisaufnahme aufstellt (§§ 266 bis 291c ZPO) – keine generelle, für das gesamte Beweisrecht geltende Regelung dieser Fragen⁵⁴; vielmehr sind einschlägige Vorschriften bloß (aber immerhin) in ganz konkreten Regelungszusammenhängen festgeschrieben, das heißt speziell im Rahmen der Bestimmungen zu den einzelnen Beweismitteln. Dies erfolgt nun allerdings keineswegs durchgängig und deckungsgleich, was wohl mit ein Grund dafür ist, dass die einschlägigen Normen bisweilen mit dem Attribut »Wildwuchs« versehen wurden⁵⁵.

Trotz dieser – im Einzelnen noch zu erörternden – Unregelmäßigkeiten wird aus den **Einzelregelungen** zum Urkunden-, Zeugen- und Sachverständigenbeweis (§§ 302, 345, 363 Abs 1 ZPO) der so genannte Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel als **allgemeines** (wenngleich nicht uneingeschränkt geltendes⁵⁶) **Prinzip deduziert**. Die herrschende Auffassung⁵⁷ bezeichnet damit die Regel, wonach der Beweisführer **nicht ohne Zustimmung des Gegners auf die Durchführung des Beweises verzichten** kann; betont wird dabei freilich die

53 So zum Beispiel in der Bremer Gerichtsordnung (unten § 3 I.C.6; S 83) und in der Bayerischen Prozessordnung 1869 (unten § 3 I.C.2.b; S 76 ff).

54 Dies wurde schon mit Blick auf die diversen Partikulargesetzgebungen explizit herausgestrichen; *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (406). Auch heute konstatiert man das Fehlen einer allgemeinen Regel im positiven Recht (konkret betreffend den Aspekt der Mitwirkungspflichten): *Stürmer*, Aufklärungspflicht 293; *Leipold* in Stein/Jonas, ZPO²¹ § 138 Rz 23; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 27 und 329 je mwH.

55 *Schlosser*, JZ 1991, 599 (599).

56 Siehe sogleich in FN 57.

57 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905 (»Nur in diesem engen Rahmen [...] ist im österreichischen Prozeßrecht der sogenannte Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel verwirklicht«). Siehe ferner die umfangreichen Nachweise unten S 255 FN 946.

Einschränkung, dass dieser Grundsatz nach österreichischem Verfahrensrecht nicht generell, sondern erst ab einem bestimmten – noch näher zu besprechenden – Zeitpunkt eingreifen soll.

Das Kriterium der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels wird jedoch – wie eben zuvor schon erwähnt (oben S 8 f) – ferner auch dann eingesetzt, wenn zu entscheiden ist, ob der Gegner des Beweisführers zur Ermöglichung **der Beweisaufnahme beizutragen/mitzuwirken** hat. Hierfür finden sich im beweisrechtlichen Teil der ZPO ebenso wenig allgemeine Bestimmungen. Vielmehr ist lediglich für den Urkundenbeweis definiert, wann Gemeinschaftlichkeit, welche die daran knüpfende (unbedingte) Mitwirkungspflicht auslöst (§ 304 ZPO), vorliegt. Teilweise, aber auch hier keineswegs durchgängig, wird diese Regelung im Wege des Verweises für andere Beweismittelarten übernommen (§ 318 Abs 2, § 369 ZPO).

2. Gang der Untersuchung

Es zeigt sich damit schon nach der ersten Annäherung an das Thema, dass die von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel berührten Konstellationen überaus breit gefächert sind. Unausweichlich ist es daher, am Beginn der Überlegungen zunächst den Untersuchungsgegenstand abzustecken; dazu wird es erforderlich sein, zunächst eine Befundaufnahme der gesetzlichen Einzelbestimmungen und des Meinungsstandes hierzu anzustellen (sogleich im Anschluss Punkt B bis F). Auf dieser Grundlage soll dann versucht werden, die verschiedenen, von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel berührten Situationen in Fallgruppen einzuteilen und so dem bislang nur relativ grob ausformulierten Prinzip konkrete Konturen zu verleihen (§ 2; S 33 ff). Die dabei bereits zutage tretenden Rechtsprobleme des geltenden österreichischen Verfahrensrecht werden es möglich machen, die anschließende rechtshistorische und rechtsvergleichende Analyse (§ 3; S 51 ff) mit einem geschärften Blick anzugehen. Auf Basis der dabei gewonnen Einsichten sollen die Bestimmungen des geltenden Rechts analysiert, teleologisch ausgelegt und in ein in sich harmonisches System gebracht werden; dabei wird zu differenzieren sein einerseits nach den beiden Regelungsfragen, die sich bereits herauskristallisiert haben (Mitwirkungspflicht [§ 4; S 103 ff] und Verzichtsmöglichkeit [§ 5; S 253 ff]), und andererseits innerhalb dieser Fragestellungen nach den einzelnen Beweismittel.

B. Beweis durch Urkunden

Wie schon angeklungen ist, stellen sich jene Fragen, die gemeinhin mit dem Etikett der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel versehen werden, ganz besonders dann, wenn der Beweis durch Urkunden geführt werden soll: So ist in der Realität des Zivilverfahrens mit Situationen zu rechnen, in denen sich ein bereits angebotener Urkundenbeweis nachträglich als für den eigenen Prozesstandpunkt ungünstig herausstellt, weshalb man sich dazu entschließt, die ursprünglich selbst initiierte Beweisaufnahme doch noch verhindern zu wollen⁵⁸. Noch etwas häufiger kommt es vor, dass sich die für die Beweisführung erforderliche Urkunde in den Händen des Gegners befindet und er daher – gegen seinen Willen – zur Vorlage verhalten werden soll. Es überrascht deshalb kaum, dass der Gesetzgeber gerade beim Urkundenbeweis den Regelungsbedarf erkannt hat und für beide Situationen konkrete Lösungen parat hält.

Nach § 302 ZPO kann der Beweisführer »nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde [...] auf dieses Beweismittel nur mit Zustimmung des Gegners verzichten.« Daraus wird im Umkehrschluss gefolgert, dass ein einseitiger (zustimmungsloser) **Verzicht** nur vor erfolgter Vorlegung zulässig ist⁵⁹. Die herrschende Ansicht⁶⁰ sieht darin – (erst) ab Vorlegung – den Grundsatz von der *Gemeinschaftlichkeit* der Beweismittel verwirklicht.

Auch für die **Mitwirkungspflicht** der nicht beweisbelasteten Partei enthalten die Bestimmungen über den Beweis durch Urkunden konkrete Regelungen: Behauptet die beweisbelastete Partei, dass sich eine für ihre Beweisführung erhebliche Urkunde in den Händen des Gegners befindet, so kann dem Gegner über Antrag mit Beschluss die Vorlage aufgetragen werden (§ 303 Abs 1 ZPO). Die Vorlage kann nicht

58 Dass Konstellationen, die auf einem nachträglichen Sinneswandel beruhen, in der Praxis durchaus auftreten können, zeigt sich etwa bei *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (199), der den sicherlich nicht unrealistischen Fall anführt, dass der Parteienvertreter in einem Schriftsatz zunächst eine Urkunde zum Beweis anbietet, in der Folge aber von der Partei erfährt, diese Urkunde sollte besser doch nicht vorgelegt werden.

59 *Schreiber* in MünchKomm-ZPO⁴ § 436 Rz 1; *Huber* in Musielak, ZPO¹¹ § 436 Rz 2; *Reichhold* in Thomas/Putzo, ZPO³⁵ § 436 Rz 1.

60 Siehe etwa nur *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1031; *Petschek/Stagel*, Zivilprozess²³⁴; *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 905; *Kodek* in Konecny/Schubert, Zivilprozessgesetze² § 302 ZPO Rz 1f; *Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ § 302 Rz 1.

verweigert werden (§ 304 Abs 1 ZPO), wenn der Gegner selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat (Z 1), wenn nach bürgerlichem Recht eine Pflicht zur Vorlage bzw Ausfolgung besteht (Z 2) oder wenn es sich um eine *gemeinschaftliche* Urkunde handelt (Z 3); wann eine solche anzunehmen ist, wird vom Gesetz näher definiert (§ 304 Abs 2 ZPO): Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist (Fall 1) oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin bekundet sind (Fall 2). Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäftes gepflogenen schriftlichen Verhandlungen (Fall 3).

Prima vista wirken die zitierten gesetzlichen Regelungen über den Urkundenbeweis für sich genommen durchaus klar und hilfreich, um für die beiden genannten Verfahrenssituationen Lösungen zu geben. In ihrer Zusammenschau tritt jedoch ein gewisses Spannungsverhältnis zutage: So wird nämlich zutreffend betont, dass selbst wenn die Urkunde noch nicht vorgelegt wurde und daher nach § 302 ZPO einseitig auf die diesbezügliche Beweisaufnahme verzichtet werden kann, dieser **Verzicht zumeist folgen- bzw wirkungslos** bleibt: Sollte der Gegner des Verzichtenden die Urkunde bzw eine Ausfertigung davon ohnehin in Händen halten, steht es ihm frei, die Urkunde selbst vorzulegen und so den Beweis anzutreten⁶¹. Und sogar dann, wenn sich die (einzige Ausfertigung der) Urkunde beim Verzichtenden befindet, kann der Verzicht die Beweisführung des Gegners des Verzichtenden mittels dieser Urkunde letztlich nicht verhindern⁶²; denn der nunmehr verzichtende Beweisführer hat durch sein Beweisanbot nämlich bereits *zum Zweck der Beweisführung auf die Urkunde Bezug genommen*; eine solche Bezugnahme führt im Fall eines Vorlageantrags des Gegners (§ 303 Abs 1 ZPO) dazu, dass die Urkundenvorlage nicht verweigert werden kann (unbedingte Vorlagepflicht; § 304 Abs 1 Z 1 ZPO). Der Verzicht bleibt somit de facto folgenlos, sobald bereits eine Bezugnahme erfolgt ist. Man könnte also durchaus zu dem Ergebnis gelangen, dass *nicht erst die Vorlage* der Urkunde, sondern an sich bereits die *Bezugnahme* darauf den einseitigen Verzicht unmöglich macht und so die Rechtswirkungen der Gemeinschaftlichkeit herbeiführt. Zwar ist die Bezugnahme heute

61 *Schreiber* in MünchKomm-ZPO⁴ § 436 Rz 1.

62 Darauf weisen für den deutschen Rechtsbereich etwa *Schreiber* in MünchKomm-ZPO⁴ § 436 Rz 1; *Huber* in Musielak, ZPO¹¹ § 436 Rz 2, explizit hin.

nicht explizit als ein Fall der Gemeinschaftlichkeit im Gesetz verankert, sondern als ein separater Tatbestand (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO); der rechtsgeschichtliche Überblick wird aber zeigen, dass dieses Tatbestandsmerkmal sogar einen der ursprünglichsten Anwendungsfälle gebildet hat⁶³; auch heute wird dieser Tatbestand (zumindest vereinzelt) dem Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz zugerechnet⁶⁴.

Als kaum aufschlussreich im Hinblick auf diese Fragen erweisen sich die Gesetzesmaterialien: Sie gehen weder auf die Verzichtsmöglichkeit noch auf deren Verhältnis zur Vorlagepflicht infolge Bezugnahme ein; ausgesprochen wird lediglich, dass sich die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme aus der Regel ergebe, dass alle von einer Partei abgegebenen Erklärungen sowohl für als auch gegen sie wirken müssen⁶⁵.

Das positive Recht gibt also schon auf den ersten Blick Anlass zum Grübeln: Dem Gesetzgeber darf nämlich niemals – zumindest nicht im Rahmen der Methodenlehre – unterstellt werden, dass er unanwendbare oder sonst **zwecklose Bestimmungen** erlässt⁶⁶. Diese methodischen Grundsätze haben freilich auch für die Auslegung des Prozessrechts uneingeschränkt Geltung⁶⁷. Eben eine solche, als methodisches Hindernis anzuprangernde Zwecklosigkeit scheint man nun aber wohl der explizit eingeräumten Möglichkeit zum Verzicht attestieren zu müssen.

C. Beweis durch Zeugen

Nicht ganz unähnlich präsentiert sich die gesetzliche Regelung für den Beweis durch Zeugen. Nach § 345 ZPO kann die Partei auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, **verzichten**; der Gegner kann jedoch

63 Siehe dazu die Verweise unten S 98 FN 401 f.

64 *Sperl*, Rechtspflege 417; *Schumacher*, ÖBl 1989, 88 (93 FN 33). Unklar in diesem Zusammenhang *Neumann*, Zivilprozeßgesetz⁴ II 1031, der offensichtlich annimmt, dass eine Urkunde zur gemeinschaftlichen Urkunde im Sinne des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO wird, sobald eine Partei die Urkunde vorgelegt hat.

65 Materialien CPG I 311.

66 Statt aller nur *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 444 bei FN 73, und *Kozioł*, AcP 212, 1 (29; Es sollte nicht Schizophrenie als Normalzustand des Gesetzgebers unterstellt werden).

67 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 30; *Fasching*, JBl 1990, 749 (konkret 751 ff zur logisch-systematischen und zur teleologischen Auslegung).

verlangen, dass der Zeuge, falls er *bereits zur Vernehmung erschienen* ist, ungeachtet dieses Verzichts vernommen wird bzw dass dessen Vernehmung, wenn sie bereits begonnen hat, fortgesetzt wird. Auch in dieser Bestimmung erblickt die herrschende Auffassung⁶⁸ einen Ausdruck des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.

Was hingegen den Effekt der Gemeinschaftlichkeit auf die **Mitwirkungspflicht** betrifft, findet sich im Gesetz keinerlei Parallele zum Urkundenbeweis: Eine der unbedingten Urkundenvorlagepflicht nach § 304 ZPO vergleichbare Regelung fehlt beim Zeugenbeweis gänzlich.

Was sogleich auffällt, ist, dass – wie schon zuvor für Urkunden aufgezeigt – auch beim Zeugenbeweis die drohende **Funktionslosigkeit** der im Gesetz ausdrücklich eingeräumten **Verzichtsmöglichkeit** im Raum steht: Denn sogar wenn der Verzicht einer Partei nach § 345 ZPO zugelassen wird, bleibt es ja dem Gegner des Verzichtenden unbenommen, die Vernehmung des Zeugen selbst anzubieten⁶⁹. Erst jüngst hat der OGH⁷⁰ die damit angesprochene Problematik mit der Formulierung auf den Punkt gebracht, § 345 ZPO sei »im Grunde nicht notwendig«, weil ein eigener (nicht überflüssiger) Beweisantrag⁷¹ der beweisbelasteten Partei hinsichtlich des konkreten Zeugen vom Gericht ohnehin zu bewilligen wäre. Eben aus derselben Überlegung heraus bezeichnete man den Verzicht nach § 345 ZPO schon im älteren Schrifttum⁷² als »bedeutungslos«. In der Tat erscheinen die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Partei mit und ohne Verzicht des Gegners, sowie vor und nach dem Erscheinen des Zeugen im Wesentlichen dieselben.

Zur Auflösung dieses methodischen Dilemmas wurde vorgeschlagen, den hinter § 345 ZPO stehenden Zweck *nicht* in der Möglichkeit zu sehen, die Zeugeneinvernahme zu *verhindern*, sondern – anknüpfend an die Gesetzesmaterialien⁷³ – lediglich darin, dass der Partei ein eigenes

68 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 234; *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 905; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 345 Rz 1; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze³ § 345 ZPO Rz 1.

69 Explizit etwa *Pochmarski/Lichtenberg*, Berufung² 89. Ebenso für die vergleichbare deutsche Rechtslage *Reichold* in *Thomas/Putzo*, ZPO³⁵ § 399 Rz 1.

70 3 Ob 85/10m in wobl 2011, 292/118 = MietSlg 62.672 = Zak 2010/730; RIS-Justiz RS0126198.

71 Genau genommen ist wohl von keinem Antrag sondern von einem Beweisanbot auszugehen; vgl oben S 5 FN 21 mWH.

72 *Neumann*, Zivilprozeßgesetze⁴ II 1067.

73 Materialien CPG I 319.

Beweisanbot und dem Prozessgericht eine Anpassung/Ergänzung des Prozessprogramms (§ 258 Abs 1 Z 4 ZPO)⁷⁴ erspart werden soll⁷⁵. Doch auch diese Sichtweise stößt auf Bedenken: Wie der OGH nämlich erst in einer jüngeren einschlägigen Entscheidung⁷⁶ treffend herausgestrichen hat, lässt sich das Prozessprogramm ohnehin jederzeit leicht ergänzen, weshalb die zuletzt genannte Erwägung nicht zu tragen vermag; für das Höchstgericht liegt der **Normzweck** des § 345 ZPO daher in der **Vermeidung einer Verfahrensverzögerung** bzw des neuerlichen Erscheinens des Zeugen vor Gericht⁷⁷; nur so sei die Einschränkung des Beharrungsrechts auf schon bei Gericht anwesende und daher regelmäßig verzögerungsfrei zu vernehmende Zeugen erklärbar.

Eine solche Sichtweise scheint prima vista durchaus schlüssig und systemkonform. Schließt man sich ihr an, so muss man allerdings sogleich einräumen, dass dadurch § 345 ZPO und damit ebenso der Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, der ja in dieser Bestimmung nach einhelliger Ansicht⁷⁸ verankert ist, plötzlich eine **zusätzliche** und bisher wohl nicht (zumindest nicht bewusst) mit diesem Grundsatz in Verbindung gebrachte **Stoßrichtung** erhalten würden: Demnach verfolgte nämlich die beschränkte Verzichtsmöglichkeit des Beweisführers überhaupt nicht mehr den Zweck, seinem Gegner die Verwertung von Beweismitteln zu eröffnen bzw zu erleichtern, sondern allein das Ziel der *Verfahrensbeschleunigung*. Die Auffassung des OGH müsste also wohl dazu zwingen, das teleologische Fundament des Gemeinschaftlichkeitsgedankens auch für die anderen Beweismittel neu zu überdenken.

Die einschlägigen Vorschriften über den Zeugenbeweis warten mit noch einer weiteren Abweichung zur Regelung beim Urkundenbeweis auf: Wie eben zuvor⁷⁹ dargestellt wurde, scheinen die Rechtswirkungen der Gemeinschaftlichkeit, die die einseitige Zurückziehung des

74 Bis zur ZVN 2002 (BGBl I 2002/76) war anstelle der Bekanntgabe des Prozessprogramms der so genannte Beweisbeschluss vorgesehen. Näher zu dieser Änderung der Rechtslage siehe etwa nur *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ § 208 ZPO Rz 8 sowie auch schon oben S 3 in FN 28.

75 *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1067.

76 OGH 3 Ob 85/10m in wobl 2011, 292/118 = MietSlg 62.672 = Zak 2010/730. Siehe auch RIS-Justiz RS0126198.

77 Im Anschluss an *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ § 345 ZPO Rz 1.

78 Nachweise oben S 18 FN 68.

79 Oben § 1 II.B.; insb S 16 f.

Beweisanbots unmöglich machen, beim Urkundenbeweis de facto schon mit der Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung einzugreifen. Im Gegensatz dazu, ist der einseitige Verzicht auf den selbst angebotenen Zeugenbeweis erst dann ausgeschlossen, wenn der Zeuge bereits zur Vernehmung erschienen ist⁸⁰; an die Bezugnahme auf den Zeugen knüpfen keine Rechtsfolgen, was – wie die rechtshistorische Analyse noch zeigen wird⁸¹ – keineswegs immer so war. Sieht man aber die jeweiligen Regelungen zum Urkunden- und Zeugenbeweis als Ausdruck desselben Prinzips, drängt sich unweigerlich die Frage auf, weshalb für den **Zeitpunkt seines Wirksamwerdens** bei Urkunden und Zeugen offensichtlich auf unterschiedliche Momente abgestellt wird.

Wendet man sich dem Aspekt der **Mitwirkungspflicht** beim Zeugenbeweis zu, ist zunächst zu konstatieren, dass hier eine dem § 304 ZPO vergleichbare Regelung nicht vorgesehen ist. Prima vista gibt dies vielleicht kaum Anlass, weiter darüber zu grübeln, denn es scheint eine Konstellation, in welcher eine der Urkundenvorlage vergleichbare Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei erforderlich werden kann, nicht unbedingt greifbar. Dies liege – so wird gesagt⁸² – bei den persönlichen Beweismitteln⁸³ schon »in der Natur der Sache«, weil dort ohnehin Fragerechte der Parteien (§ 289 Abs 1 ZPO) und entsprechende Zeugenpflichten (§§ 320 ff, insbesondere § 325 ZPO) vorgesehen seien. Bei näherer Überlegung lassen sich jedoch beim Zeugenbeweis wohl gleichermaßen Situationen vorstellen, die eine wertungsmäßig ganz ähnliche Mitwirkungsproblematik hervorrufen wie rund um die Urkundenvorlagepflicht des Gegners: Zu denken ist hier etwa daran, dass nur dem Gegner die *Identität oder die ladungsfähige Anschrift* eines für die beweisbelastete Partei relevanten Zeugen bekannt ist, so dass sich die Frage stellt, ob der Gegner verpflichtet ist, diese Informationen mit

80 *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 345 ZPO Rz 1; OGH 1 Ob 632/80; 6 Ob 182/75; RIS-Justiz RS0040540.

81 So wurde etwa auf den seiner *Benennung* (§ 255 der Hannoverischen Proceßordnung; zu dieser unten § 3 I.C.8; S 84 ff), seiner *Vorladung* (Gothaische Gerichts- und Proceßordnung von 1776 sowie Altenburger Proceßordnung von 1744; unten § 3 I.C.3; S 78) oder auch seiner *Vereidigung* (vgl wiederum die Sächsischen Proceßgesetz; dazu unten § 3 I.C.3; S 78) abgestellt. Zusammenfassend dazu siehe auch unten S 98.

82 Siehe etwa *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² Vor § 266 ZPO Rz 3.

83 Teilweise findet sich auch die Bezeichnung *Vernehmungsbeweis*; so etwa bei *Dilcher*, ACP 158, 469 (497)

dem Gericht bzw mit der Partei zu teilen⁸⁴. Der Mitwirkungspflicht des Gegners in Form der Urkundenvorlagepflicht könnte man ferner wohl insbesondere die Konstellation gleichhalten, dass der von der Partei angebotene Zeuge durch den Gegner von einer *Verschwiegenheitspflicht entbunden* werden muss, bevor er vernommen werden kann⁸⁵. Dazu enthalten die beweisrechtlichen Bestimmungen der ZPO keine expliziten Regelungen; im heimischen Schrifttum ist Derartiges bislang auch kaum näher diskutiert worden⁸⁶. In der Diskussion zum deutschen Rechtsbereich wurde jedoch bereits vertreten, dass solche Konstellationen ebenfalls einen Anwendungsfall von Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei darstellen⁸⁷. Nachdem das Kriterium der Gemeinschaftlichkeit bei den anderen Beweismitteln unter dem Aspekt der Mitwirkungspflicht eine Rolle spielt, scheint es daher keineswegs ausgeschlossen, dass es auch beim Zeugenbeweis hierfür schlagend werden kann.

Als Zwischenresümee der – vorerst freilich noch sehr flüchtigen – Analyse der Bestimmungen zum Zeugenbeweis zeigt sich, dass die schon beim Urkundenbeweis diagnostizierten Auslegungsschwierigkeiten neuerlich aufgeworfen werden (Anwendungsbereich und Funktion der *Zurückziehung des Beweisanbots*). Zudem vergrößert sich der

-
- 84 Eben diese Fallgruppe führen auch *Baumgärtel*, ZZP, 69, 89 (106, allerdings mit einem Lösungsansatz unter Rekurs auf Treu und Glauben; dazu näher unten § 4 II.A.5; S 129 ff); *Peters*, FS Schwab 399 (406); *Stürmer*, Aufklärungspflicht 1f; *derselbe*, ZZP 98, 237 (239); *Klicka*, JBl 1992, 231 (232), sowie *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 40 und 334, als Beispiel für prozessuale Mitwirkungspflichten an. Aus der Rsp siehe etwa BGH VI ZR 220/58 in NJW 1960, 821 (Nichtnamhaftmachung von Unfallzeugen).
- 85 Siehe wiederum *Peters*, FS Schwab 399 (406); *Stürmer*, Aufklärungspflicht 2; *derselbe*, ZZP 98, 237 (239); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 334; *Rassi*, ZZP 121, 165 (193f). Zu einer solchen Konstellation RG in GRUR 1938, 428 = ZZP 61, 376 (Betriebsgeheimnis); OLG Frankfurt 17 U 159/75 in NJW 1980, 2758 = VersR 1981, 42 (Arztgeheimnis); OLG München 7 U 1915/85 in NJW-RR 1987, 121 (Verschwiegenheitspflicht eines Notars).
- 86 Soweit überblickbar haben bislang nur *Rassi*, ZZP 121, 165 (193f), und *Schumacher*, ÖJZ 1987, 673 (676), *derselbe*, ÖBl 1988, 89 (90), diese Problematik angesprochen; dazu eingehend unten § 4 VI.A; S 238 ff. Sehr wohl wird aber etwa darauf hingewiesen, dass im Wege des Fragerechts nach § 184 ZPO ein *Parteivortrag* zu Namen und Adressen von Zeugen verlangt werden kann (Nachweise unten S 30 bei und in FN 118 mit Nachweisen). Die sich hier wohl schon aufdrängende Frage, ob die Mitwirkungspflichten des Gegners im Rahmen des Parteivortrags einerseits und der Beweisführung andererseits unterschiedliche Reichweite haben können, wird noch zu erörtern sein (unten S 28 ff).
- 87 Nachweise zuvor in FN 84 und 85.

Reigen der im Umkreis des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel anzutreffenden Fragenzeichen noch um weitere Teilnehmer. Erörterungswürdig scheint hier ferner zum einen, weshalb der maßgebliche *Zeitpunkt für das Eingreifen* der Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit offensichtlich unterschiedlich festgelegt wird: Bei Urkunden stellt die ZPO auf die Vorlage bzw eigentlich auf die Bezugnahme ab; bei Zeugen auf ihr Erscheinen bei Gericht. Zum anderen drängt sich die Frage auf, ob und in welchem Umfang auch beim Zeugenbeweis für die nicht beweisbelastete Partei eine *Mitwirkungspflicht* (infolge Gemeinschaftlichkeit) bestehen kann. Und schließlich und vor allem zeichnet sich bereits jetzt nach der Gegenüberstellung von Urkunden- und Zeugenbeweis ab, dass zweifelhaft ist und näher überlegt werden muss, ob jene Bestimmungen, die gemeinhin als dogmatisches Fundament des Gemeinschaftlichkeitsgrundsatzes im Beweisrecht herangezogen werden, tatsächlich alle *dieselbe teleologische Stoßrichtung* verfolgen.

D. Beweis durch Sachverständige

Einschlägige Bestimmungen enthält die ZPO ebenfalls zum Sachverständigenbeweis. Nahezu wortgleich mit den Vorschriften über den Zeugenbeweis schreibt § 363 Abs 1 ZPO fest, dass die Partei, welche den Beweis durch Sachverständige angeboten hat, auf denselben **verzichten** kann. Der Gegner kann jedoch verlangen, dass die angeordnete Beweisaufnahme demungeachtet vorgenommen wird, wenn entweder die Beweisaufnahme bereits begonnen hat oder wenigstens die Sachverständigen zum Zwecke der Beweisaufnahme schon bei Gericht erschienen sind. Die herrschende Auffassung⁸⁸ wertet dies wiederum als einen Anwendungsfall des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.

Infolge der Parallelität zu § 345 ZPO kommen die bereits beim Zeugenbeweis angesprochenen Rechtsfragen hier neuerlich aufs Tapet: Ordnet man § 363 ZPO wie § 302 und § 345 ZPO ebenfalls als einen Anwendungsfall des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweis-

88 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 234; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² § 363 ZPO Rz 1; *derselbe* in *Rechberger*, ZPO³ § 363 Rz 1.

mittel ein, passt es auch hier nicht recht ins Schema, dass für den **Zeitpunkt seines Wirksamwerdens** auf unterschiedliche Umstände – Urkunden: Vorlage/Bezugnahme; Zeugen/Sachverständige: Erscheinen bei Gericht – abgestellt wird. Und wiederum scheint ein weiteres Mal die **Verzichtsmöglichkeit** (Zurückziehung des eigenen Beweisanbots) an sich **funktionslos**, weil es dem Gegner des Verzichtenden ja freisteht, selbst den Sachverständigenbeweis anzubieten.

Anders als bei den bisher behandelten Beweismitteln stellt sich beim Sachverständigenbeweis kaum die Frage einer **Mitwirkungspflicht** speziell im Hinblick auf dieses Beweismittel. Freilich kommt es zwar regelmäßig dazu, dass der Sachverständige den für den Befund notwendigen Sachverhalt selbst zu ermitteln hat⁸⁹ und dazu an die Parteien herantreten oder Sachen und Örtlichkeiten in Augenschein nehmen muss; hierzu wird nicht selten eine Mitwirkung des Gegners erforderlich sein, weil etwa eine medizinische Untersuchung am Gegner selbst vorzunehmen ist oder weil dieser dem Sachverständigen ermöglichen muss, einen Gegenstand oder eine Örtlichkeit in Augenschein zu nehmen. Für diese Fälle ordnet die ZPO explizit Mitwirkungspflichten der Parteien gegenüber dem Sachverständigen an (§ 359 Abs 2 ZPO). Solche Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen sind allerdings materiell als *Beweisaufnahme für das Gericht* bzw anstelle des Richters zu qualifizieren, der Sachverständige wird also gleichsam als Mitarbeiter des Gerichts tätig⁹⁰. Dementsprechend wird einhellig angenommen, dass die Parteien – entgegen dem insofern nicht differenzierenden Gesetzeswortlaut – nur in dem Ausmaß und unter den Voraussetzungen mitzuwirken haben, wie sie auch sonst durch das Verfahrensrecht vorgesehen sind⁹¹. Ob und in welchem Umfang Mitwirkungspflichten der Parteien im Rahmen der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen bestehen, ist daher nach den *einschlägigen Regeln für das jeweilige Beweismittel* (Urkunden, Augenscheinsgegenstände etc) zu beantworten;

89 Dazu *Fasching*, FS Matscher 97 (102); *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 359 ZPO Rz 1; *derselbe* in Rechberger, ZPO⁴ § 359 Rz 2. Restriktiv aber *Rüffler*, Der Sachverständige 180 ff, der eigenständige Ermittlungshandlungen des Sachverständigen nur ausnahmsweise (nämlich wenn es zu keinen verfahrensähnlichen Aktivitäten des Sachverständigen kommt) für zulässig hält.

90 *Fasching*, FS Matscher 97 (102); *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 359 ZPO Rz 1; *derselbe* in Rechberger, ZPO⁴ § 359 Rz 2.

91 *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 359 ZPO Rz 1 und 4; *derselbe* in Rechberger, ZPO⁴ § 359 Rz 3; *Schneider*, ÖJZ 2013, 149 (150).

der Sachverständigenbeweis an sich wirft insofern im Lichte des Gemeinschaftlichkeitsgrundsatzes keine spezifischen Probleme auf.

Eine speziell in diesem Zusammenhang erwachsende Mitwirkungspflicht erschiene allenfalls bloß dann denkbar, wenn die *Sachverständigenbeziehung* selbst nur unter Mitwirkung des Gegners möglich ist; dafür lassen sich aber wohl nur ganz ausgerissene Konstellationen praktisch vorstellen: Denkbar wäre allenfalls, dass der einzige für ein Fachgebiet verfügbare Sachverständige vom Gegner des Beweisführers bereits zuvor (etwa im Rahmen eines privaten Gutachtens) mit einer Verschwiegenheitspflicht belegt wurde, die es ihm unmöglich macht, ein objektives Gutachten lege artis zu erstellen. Hier könnte in der Tat eine Mitwirkung des Beweisgegners in Form der *Entbindung des Sachverständigen von der Verschwiegenheitspflicht*⁹² erforderlich sein, weil andernfalls die Durchführung des Sachverständigenbeweises verhindert ist. Sofern in einer solchen Konstellation nicht ohnehin Befangenheit des Sachverständigen vorliegt und er daher abgelehnt werden kann (§§ 355 f ZPO iVm § 19 Z 2 JN)⁹³, wird man hier aber zu demselben Ergebnis gelangen müssen wie bei einem Zeugen, der gegenüber der nicht beweisbelasteten Partei zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Die Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei hinsichtlich des Beweises durch Sachverständige muss daher im Rahmen der anzustellenden Überlegungen nicht gesondert erörtert werden.

E. Beweis durch Augenschein und Auskunftssachen

Beim Beweis durch **Augenschein** macht der Richter unmittelbare Sinneswahrnehmungen über körperliche Zustände oder Eigenschaften von Personen oder Sachen⁹⁴. Eigenständige Regelungen zu den beiden Aspekten der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel (Verzichtsmöglichkeit und Mitwirkungspflicht) finden sich im Abschnitt über den Augenscheinsbeweis zwar nicht. Soll aber Gegenstand des Augenscheins eine Sache sein, welche sich nach den Angaben des Beweisführers im

92 Zu dieser Art der Mitwirkungspflicht im Zusammenhang mit dem Zeugenbeweis oben S 21.

93 Siehe dazu *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 355 ZPO Rz 4.

94 Statt aller siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1013; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³ § 368 Rz 1; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht² Rz 847.

Besitz des Gegners befindet, so ist zufolge ausdrücklichen Verweises die Anwendung der »§§ 301 und 303 bis 307« ZPO, also der Vorschriften über die *Urkundenvorlage* vorgesehen (§ 369 ZPO). Hinsichtlich der **Mitwirkungspflicht** wird also die Regelung zum Urkundenbeweis übernommen. Dieser Verweis wird von den Gesetzesmaterialien⁹⁵ durchaus einleuchtend damit begründet, dass »Augenscheinsgegenstände, sobald das Gericht deren Besichtigung anordnet und somit deren Wert für die Wahrheitsfeststellung anerkennt, dieselbe Bedeutung für die Proceßentscheidung gewinnen, welche Beweisurkunden oder eine Auskunftsache haben.«

Was den anderen Aspekt der Gemeinschaftlichkeit, also die Möglichkeit betrifft, auf den selbst angebotenen Augenscheinsbeweis zu **verzichten**, bleibt die ZPO allerdings jede Antwort schuldig, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche besteht. § 302 ZPO, also jene Bestimmung die den Verzicht auf den angebotenen *Urkundenbeweis* nach der Vorlegung der Urkunde von der Zustimmung des Gegners abhängig macht, ist nämlich *vom Verweis in § 369 ZPO explizit ausgenommen*. Es existiert somit diesbezüglich keinerlei Aussage des Gesetzgebers bzw wird man dem ausdrücklich eingeschränkten Verweis des § 369 ZPO sogar entnehmen müssen, dass der Augenscheinsbeweis in diesem Punkt jedenfalls anders zu behandeln ist als der Urkundenbeweis.

Mangels besonderer Vorschrift liegt es nahe, wohl die ganz allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätze, wonach Anträge bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung jederzeit zurückgezogen werden können⁹⁶, zur Anwendung zu bringen; zwar hat das Beweisangebot seit der ZVN 2002 nicht mehr die Qualität eines Antrags⁹⁷, doch ist kein Grund ersichtlich, weshalb man die Zurückziehung eines Anbots strenger bzw anders beurteilen sollte als die eines Antrags. Demnach wäre ein Verzicht auf den bereits angebotenen Augenscheinsbeweis jederzeit uneingeschränkt – also auch ohne Zustimmung des Gegners des Verzichtenden – zulässig. Der Augenscheinsbeweis scheint in diesem Punkt *prima vista* also bewusst ganz konträr zum Urkundenbeweis geregelt zu sein, wo ein einseitiger Verzicht ja nur unter bestimmten Voraussetzungen (§ 302 ZPO) zulässig ist. Auch darin liegt sicherlich ein

95 Materialien CPG I 323.

96 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905.

97 Oben S 5 FN 21.

Befund, der durchaus geeignet ist, gewisse Verwunderung hervorzurufen, zumal die Gesetzesmaterialien⁹⁸ – wie eben zuvor zitiert – ja deutlich herausstreichen, dass Urkunden und Augenscheinsgegenstände an sich in ihrer Bedeutung gleichzuhalten sind⁹⁹.

Unter **Auskunftssachen** versteht man heutzutage nicht bloß die vom Gesetz explizit angeführten Denkmäler, Grenzzeichen, Marksteine (§ 318 ZPO), sondern ebenso Bild- und Tonträger sowie elektronische Dokumente, wenn dadurch Gedanken mit anderen Mitteln als menschlicher Schrift verkörpert werden¹⁰⁰. Ihnen wird gleichsam eine Mittelstellung zwischen Urkunden und Augenscheinsgegenständen zugeschrieben¹⁰¹. Die ZPO bedient sich zur Regelung dieses Beweismittels teilweise ebenfalls des *Verweises* auf die Bestimmungen über den Urkundenbeweis (§ 318 Abs 2 ZPO); wiederum ist aber – wie schon beim Augenscheinsbeweis – § 302 ZPO davon *ausdrücklich ausgenommen*¹⁰². Hinsichtlich der **Mitwirkungspflicht** erfolgt also eine Gleichstellung mit Urkunden und Augenscheinsgegenständen. Nicht explizit beantwortet wird aber auch hier die Frage, ob ein **Verzicht** auf den bereits angebotenen Beweis durch Auskunftssachen jederzeit uneingeschränkt, also auch *ohne* Zustimmung des Gegners des Verzichtenden, zulässig ist, was – ebenso wie beim Augenscheinsbeweis – prima vista wohl durchaus unerwartet scheint.

Es zeigt somit auch die Analyse der Gesetzeslage zum Augenscheinsbeweis und zu den Auskunftssachen, dass das Bild des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel und seiner Ausflüsse bislang nur in groben Umrissen skizziert ist und bei näherem Hinsehen einige Unstimmigkeiten und Unschärfen erkennen lässt.

98 Oben S 25 FN 95.

99 Siehe etwa auch schon *Wendt*, AcP 63, 254 (307 ff), der ganz generell davon spricht, dass es sich beim Urkundenbeweis um »eine besondere Species des Augenscheins« handelt.

100 *Walther*, RZ 1993, 47 (48); *Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ § 318 Rz 1. AA *Fasching*, Lehrbuch² Rz 945, und *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 318 ZPO Rz 4 (Augenscheinsgegenstände).

101 *Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ § 318 Rz 1; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht² Rz 814.

102 Es bedürfte demnach wohl einer gewissen Einschränkung, wenn in der Kommentarliteratur (*Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 318 ZPO Rz 1) bisweilen insofern von einer Gleichstellung mit Urkunden gesprochen wird.

F. Parteienvernehmung und Parteivortrag

Die Beweisführung durch Parteienvernehmung geschieht dadurch, dass das Gericht an die zu vernehmende Partei geeignete Fragen stellt (§ 372 Abs 1 ZPO). Unter den Beweismitteln nahm die Parteienvernehmung – wie auch heute noch in nahezu allen gängigen Werken der Studien- und Kommentarliteratur stets in Erinnerung gerufen wird¹⁰³ – ursprünglich eine gewisse Sonderstellung ein, weil sie lange Zeit *nur subsidiär*¹⁰⁴ zulässig war¹⁰⁵. Diese Unterschiede wurden (erst) mit der ZVN 1983¹⁰⁶ beseitigt, so dass die Parteienvernehmung nun **Gleichrangigkeit** zu den vier anderen »klassischen« Beweismitteln genießt¹⁰⁷. Es sollte daher nicht verabsäumt werden, zu prüfen, ob auch die Parteienvernehmung mit dem beweisrechtlichen Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz in Beziehung gebracht werden kann.

Wiederum empfiehlt es sich, zwischen den beiden Aspekten der Gemeinschaftlichkeit strikt zu trennen. Zur Frage der **Mitwirkungspflicht** wurde betont, dass eine solche in einer den übrigen Beweismitteln vergleichbaren Form bei den persönlichen Beweismitteln der »Natur der

103 Nachweise in den folgenden FN, insb FN 114.

104 Den Begriff des *subsidiären* Beweismittels verwenden bereits die Materialien CPG I 324 und 326; ebenso etwa schon *Klein*, Vorlesungen 173.

105 Sie durfte nach der Stammfassung der ZPO nur vorgenommen werden, »wenn der Beweis weder durch die anderen von den Parteien angebotenen Beweismittel, noch durch die etwa von amtswegen angeordneten Beweisaufnahmen hergestellt ist« (§ 371 Abs 2 ZPO idF vor der ZVN 1983). Ähnlich aber auch heute noch die deutsche Rechtslage (§ 445 dZPO); vgl ferner etwa § 53 Abs 2 BagatellverfahrensG 1873: »Beweis durch Abhörung der Parteien als Zeugen« nur, »wenn der Beweis durch die von den Parteien sonst angebotenen Beweismittel nicht hergestellt ist.« Begründet wurde dies damit, dass erhebliche Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der dabei erzielten Ergebnisse bestanden (etwa *Sperl*, Rechtspflege 454: »das am wenigsten vertrauenserweckende Erkenntnismittel«; *Baumbach*, JZ 1933, Sp 1461 »das erbärmlichste Beweismittel«; ferner etwa *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1021). Dass gegen die Heranziehung des Parteiwissens im Rahmen des Beweisverfahrens derart gravierende Vorbehalte bestanden, wird wohl erst dann nachvollziehbar, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass ursprünglich infolge des Parteieneids die freie Würdigung der Parteiaussage ausgeschlossen war und somit dem verdächtigsten Beweismittel zwingend die stärkste Beweiskraft zukam (dazu *Oberhammer*, ZZZ 113, 295 [305]).

106 BGBl 1983/135.

107 Statt aller *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1021; *Spentling* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² § 371 Rz 1 f; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 371 Rz 1; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³ Rz 850. Heute wird dies als ein völlig selbstverständlicher Zustand (*Oberhammer*, ZZZ 113, 295 [295 f]; mit demselben Befund aus der gerichtlichen Praxis bereits unmittelbar nach Inkrafttreten der ZVN 1983 *Pimmer*, AnwBl 1984, 464 [467]) bzw sogar als eine »Wohltat« (vgl *Oberhammer*, aaO 300) empfunden.

Sache nach an sich nicht denkbar« sei¹⁰⁸. Daraus sollte nun allerdings nicht der Schluss gezogen werden, der Gegner sei im Rahmen der Parteienvernehmung von jeglicher Mitwirkung an der Wahrheitsermittlung entbunden, die Parteienvernehmung sohin für die hier interessierenden Fragen nicht weiter bedeutsam. Nicht nur ist durch die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht eine sinnvolle Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Wahrheitsermittlung gesetzlich festgeschrieben (dazu sogleich), sondern es erweisen sich die einschlägigen Bestimmungen der ZPO – wenngleich das hier zentrale Moment der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels *prima vista* nicht auszumachen sein mag – durchaus auch für die hier untersuchte Fragestellung von Relevanz. Sie liefern nämlich konkrete Anhaltspunkte dafür, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaß der Gegner zur Mitwirkung bei der Wahrheitsermittlung gehalten ist, selbst wenn damit die Gefahr eigener Nachteile (Prozessverlust) verbunden ist¹⁰⁹. Diese Notwendigkeit die *Reichweite der Mitwirkungspflicht für einzelne Beweismittel*, insbesondere im Verhältnis zwischen der Urkundenvorlagepflicht und der Parteienvernehmung, *aufeinander abzustimmen*, leuchtet bereits aus den Gesetzesmaterialien¹¹⁰ klar hervor: Mit der konkreten Ausgestaltung der Urkundenvorlagepflicht sollte verhindert werden, dass der Gegner »im Wege der Urkundenedition verhalten werden könne, behufs Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im weiteren Umfange Aufklärung geben zu müssen, als ihm dies im Wege der eidlichen Einvernehmung auferlegt werden kann.« Zutreffend wurde daraus abgeleitet, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers sohin geboten ist, bei der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen insofern eine **Kongruenz zwischen der Parteienvernehmung und den anderen Beweismitteln** herzustellen¹¹¹.

Geht es um die Frage der Mitwirkung der Parteien an der Sachverhaltsermittlung in Form eigener Angaben und Auskünfte, darf man die Überlegungen nicht bei den beweisrechtlichen Bestimmungen über

108 *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² Vor § 266 ZPO Rz 3. Siehe in diesem Sinne auch bereits oben zur Zeugenvernehmung S 20 f.

109 Dass für die hier zu erörternde Fragestellung Erkenntnisse auch über solche Mitwirkungspflichten relevant sind, welche nicht an die Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels anknüpfen, wird noch anhand des Regel-Ausnahme-Gegenausnahme-Modells näher zu begründen sein; dazu unten § 4 I.B.; S 108 ff. Zum nemo tenetur-Prinzip eingehend unten § 4 II.B.1; S 131 ff.

110 Materialien CPG I 310.

111 *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (90).

die Parteienvernehmung (§§ 371 ff ZPO) abbrechen, sondern es sind auch die Vorschriften über den **Parteivortrag** (§§ 176 ff ZPO) miteinzu beziehen. Zwar ist die Parteienvernehmung als Beweismittel »grundverschieden« vom Parteivortrag¹¹², doch dient dieser gleichermaßen der Sachverhaltsermittlung und -aufklärung¹¹³. Die dazu vom Gesetz getroffenen Wertungen sind für die Frage der Pflicht zur Mitwirkung im Beweisverfahren daher ebenfalls maßgebend¹¹⁴. Bedeutsam sind dabei speziell die *Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht* (§ 178 ZPO) einerseits und das *Fragerecht der Parteien* (§ 184 Abs 1 ZPO) andererseits.

Die **Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht** verlangt von jeder Partei, dass sie in ihren Vorträgen alle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt angibt, sich über die von ihrem Gegner vorgebrachten tatsächlichen Angaben und angebotenen Beweise mit Bestimmtheit erklärt und sich auch über die bezüglichen Ausführungen ihres Gegners mit Bestimmtheit ausspricht (§ 178 Abs 1 ZPO). Diese Pflicht ist nach der Systematik der ZPO an sich nur für die Parteivorträge in der mündlichen Verhandlung normiert, sie gilt nach herrschender Auffassung¹¹⁵ jedoch ganz generell, also gleichermaßen für die vorangehenden Schriftsätze und überhaupt *für den gesamten Rechtsstreit*.

Das (der Vorbereitung des Beweisverfahrens dienende¹¹⁶) **Fragerecht** berechtigt die Partei, zur Aufklärung des Sachverhaltes über alle den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung

112 *Klein*, Vorlesungen 175; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1023; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² § 184 ZPO Rz 1. Siehe auch sogleich bei und in FN 116.

113 So explizit etwa *Klein*, Vorlesungen 175.

114 Ganz in diesem Sinn *Klicka*, JBl 1991, 231 (233), und *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340, die herausstreicht, dass die Auskunftspflicht der Parteien nach § 184 ZPO nicht vom Prozessziel der richterlichen Sachverhaltsaufklärung getrennt werden kann, und die einschlägigen Bestimmungen der §§ 178, 184 ZPO heranzieht, um daraus Konturen für die Mitwirkungspflichten der Parteien zu gewinnen. Siehe ferner auch *Rassi*, ZJP 121, 165 (187 ff), der § 184 ZPO als »dogmatische Grundlage der Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten« ansieht, sowie auch *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (197 im Zusammenhang mit der Urkundenvorlagepflicht), und *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 (99 im Zusammenhang mit der Mitwirkung durch Entbindung eines Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht; dazu eingehend unten § 4 VI.A; S 238 ff).

115 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1023; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² § 178 ZPO Rz 3; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 349; *Rassi*, ZJP 121, 165 (189 und 201).

116 *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² § 184 ZPO Rz 1; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340.

betreffenden, für die Prozessführung erheblichen Umstände und insbesondere auch *über das Vorhandensein und die Beschaffenheit*¹¹⁷ der zur Prozessführung dienlichen Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände an die anwesende Gegenpartei oder deren Vertreter *Fragen zu stellen* (§ 184 Abs 1 ZPO). So kann auch nach Namen und Adressen von Zeugen gefragt werden¹¹⁸. Mit diesem Fragerecht der Partei korrespondiert nach zutreffender Ansicht¹¹⁹ eine *Beantwortungspflicht* des Gegners, die zwar nicht erzwingbar ist, deren Verletzung aber im Rahmen der freien Beweiswürdigung negativ zu Buche schlagen kann (was sich schon daraus ergibt, dass nach § 272 Abs 1 ZPO die *Ergebnisse der gesamten Verhandlung* zu würdigen sind¹²⁰). Das Fragerecht dient so der notwendigen Absicherung der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht¹²¹ und erreicht auf diese Weise eben jenen Effekt, den auch die im Beweisrecht vorgesehenen Mitwirkungspflichten verfolgen¹²². Es wird daher – meines Erachtens ganz ohne Übertreibung – sogar als

-
- 117 Wie *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (198f), zutreffend herausstreicht, ist die Beschaffenheit der Urkunde streng von ihrem Inhalt zu unterscheiden: Mit der Beschaffenheit ist nur der äußere Zustand der Urkunde angesprochen; es ist somit also nicht möglich, im Wege des Fragerechts gemäß § 184 Abs 1 ZPO einen Erkundungsbeweis (dazu näher unten S 40 FN 149) über Urkundeninhalte durchzuführen, welche die die Vorlage begehrende Partei gar nicht kennt. Die Behauptungslast, dass eine bestimmte Urkunde mit einem bestimmten Inhalt beim Gegner vorhanden ist, verbleibt also bei der Partei, welche die Vorlage begehrt.
- 118 *Pollak*, System² 457; *Schrägel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 184 ZPO Rz 1; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 270 und 341 f.
- 119 *Neuwirth* in Fasching, Zivilprozessgesetze¹ II 883; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 270; ihr folgend OGH 9 Ob 12/05p in SZ 2005/73 = JBl 2005, 738 = EvBl 2005/175.
- 120 Damit argumentieren im gegebenen Zusammenhang schon *Klein/Engel*, Zivilprozess 321. Anders aber *Schrägel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 184 ZPO Rz 4, der sich explizit gegen die Zulässigkeit einer von der Beweisaufnahme durch Parteienvernehmung unabhängigen (nachteiligen) Würdigung einer Antworterteilung durch die befragte Partei ausspricht, weil § 184 Abs 1 ZPO nur den Zweck verfolge, eine Klarstellung des Standpunktes der Gegenseite zu erreichen. Vgl zu dieser Frage schon *Klein*, JBl 1890, 567 (569) = *derselbe*, Pro futuro 48, der in diesem Zusammenhang sogar dafür plädiert hat, der Nichtbeantwortung »die Kraft eines stillschweigenden Geständnisses des frageweise vom Gegner Behaupteten« beizulegen. Trotz der Empfehlung *Kleins* fand eine derartige Sanktion für die Verweigerung der Fragebeantwortung nicht einmal in die Regierungsvorlage Eingang (vgl § 200 RV), sie war lediglich für die Verletzung eines Urkundenvorlageauftrags vorgesehen (§ 317 Abs 2 RV), musste letztlich aber dann auch dort der freien Würdigung weichen (näher dazu unten S 87f).
- 121 *Oberhammer* in Kralik/Rechberger, Konfliktvermeidung 31 (68); zustimmend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340.
- 122 *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² Vor § 266 ZPO Rz 3.

*dogmatischer Knackpunkt für die Frage der (prozessualen) Mitwirkungspflichten bezeichnet*¹²³.

Ferner wurde (erst jüngst) ganz zutreffend betont, dass in diesem Zusammenhang auch die explizit verankerte **Pflicht der Partei** bedeutsam ist, selbst oder durch eine *informierte Person* dafür zu sorgen, dass **in der vorbereitenden Tagsatzung der Sachverhalt und allfällige Vergleichsmöglichkeiten umfassend erörtert** werden können (§ 258 Abs 2 ZPO)¹²⁴: Aus dieser Vorschrift ist ebenso abzuleiten, dass jede Partei *unabhängig von der Behauptungs- und Beweislast* zur Sachverhaltserörterung mit den ihr zugänglichen Informationen beizutragen hat.

Mit den genannten Bestimmungen wird den Parteien also eine Mitwirkung zum Zweck der Wahrheitserforschung aufgetragen; sie verkörpern die von *Klein*¹²⁵ vehement vorangetriebene Idee der *gegenseitigen Unterstützung* der Prozessparteien¹²⁶. Wenn es im Folgenden darum geht, die Reichweite der Mitwirkungspflicht infolge einer Gemeinschaftlichkeit von Beweismitteln auszuloten, sollte daher nicht verabsäumt werden, den Meinungsstand zur Wahrheits-/Vollständigkeitspflicht und zum Fragerecht mitzuberücksichtigen. Dieses Erfordernis, die Reichweite der Mitwirkung bei der Beweisaufnahme (insbesondere aber nicht nur durch Parteienvernehmung) einerseits und im Rahmen des Parteivortrags andererseits aufeinander abzustimmen, lässt sich auch durch einen Wechsel des Betrachtungswinkels belegen. So sind nämlich auch umgekehrt, also aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Beweismittels der Parteienvernehmung für die Reichweite des Fragerechts Schlüsse zu ziehen: Überzeugend wurde aufgezeigt¹²⁷, dass sowohl die Aussageweigerungsgründe der Partei (§ 380 Abs 1 iVm § 321 ZPO) als auch die Urkundenvorlageweigerungsgründe (§ 305 ZPO)¹²⁸ gleichermaßen der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht beim Parteivortrag Grenzen setzen sollten; denn man müsste nämlich einen Wertungswiderspruch in Kauf nehmen, wenn die Partei im Rahmen der Vernehmung die Aussage bzw Vorlage verweigern dürfte, sie dieselben Tatsachen aber über Befragung (§ 184 Abs 1 ZPO) im Rahmen des

123 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 339; zustimmend *Rassi*, ZZZ 121, 165 (188). Siehe ferner auch OGH 9 Ob 12/05p in SZ 2005/73 = JBl 2005, 738 = EvBl 2005/175.

124 *Rassi*, ZZZ 121, 165 (189).

125 JBl 1890, 555 (555 ff) = *derselbe*, Pro futuro 36 ff.

126 *Kralik*, Forschungsband Franz Klein 89 (91 f); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340.

127 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 364; zustimmend *Rassi*, ZZZ 121, 165 (191).

128 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 956; ihm folgend etwa *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (92).

Parteivortrags wahr und vollständig (§ 178 Abs 1 ZPO) anzugeben hätte. Um solche rechtssystematischen Verwerfungen zu vermeiden, wird daher jedenfalls darauf zu achten sein, dass **zwischen allen Erscheinungsformen prozessualer Mitwirkung Kongruenz** sichergestellt ist¹²⁹.

Für den zweiten Aspekt des beweisrechtlichen Gemeinschaftlichkeitsgrundsatzes, das Zurückziehen des Beweisanbots (**Verzicht, Fallenlassen**), wird den Bestimmungen über den Beweis durch Parteienvernehmung hingegen kaum Aussagekraft zukommen. Zur Frage, ob auf die selbst angebotene Parteienvernehmung wieder verzichtet werden kann, findet sich keine spezielle Regelung in der ZPO. Es greifen demnach die allgemeinen Grundsätze, so dass das Beweisanbot bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung jederzeit zurückgezogen werden kann (§ 179 ZPO). Demnach wäre ein Verzicht auf die bereits angebotene Parteienvernehmung *jederzeit uneingeschränkt* – also auch ohne Zustimmung des Gegners des Verzichtenden – *zulässig*. Fälle, in denen die Wirksamkeit eines solchen Verzichts ausschlaggebend ist, sind in praxi jedoch wohl rar bzw überhaupt zu vernachlässigen: Dies einerseits schon deswegen, weil die Parteienvernehmung üblicherweise an den Beginn der mündlichen Verhandlung gezogen wird¹³⁰, so dass ein Verzicht meist schon wegen des zeitlichen Ablaufs nicht mehr in Frage kommt. Zum anderen macht das Gericht gerade im Hinblick auf die Parteienvernehmung durchwegs von seiner diskretionären Gewalt Gebrauch, weshalb auch aus diesem Grund die Wirkung des Verzichts an sich nicht zur Debatte steht. Schließlich ist zu bedenken, dass ja der Verzicht auf die selbst angebotene Parteienvernehmung (durch Zurückziehung des Beweisanbots) von der Partei faktisch ebenso dadurch herbeigeführt bzw erzwungen werden kann, dass sie die Aussage verweigert. Dabei handelt es sich gewissermaßen bloß um einen formal unterschiedlich konstruierten Weg eines »Verzichts«. Es scheint die Parteienvernehmung mit diesem Aspekt der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel (Verzicht, Fallenlassen) daher wohl keine Berührungspunkte aufzuweisen. Auch aus dem sonst sehr aufschlussreichen rechtsgeschichtlichen Abriss wird sich kein Anhaltspunkt dafür ergeben, dass die Rechtsidee von der Gemeinschaftlichkeit für den Verzicht auf die Parteienvernehmung eine Rolle gespielt hat.

129 Dazu auch näher unten S 151f bei und in FN 616f im Zusammenhang mit der durchgehenden Umsetzung des Schutzes der Individualosphäre in der ZPO.

130 Vgl nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1028.

§ 2

Zwischenresümee und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

I. Ergebnis und Würdigung der Befundaufnahme

Der voranstehende knappe Überblick hat den Zweck verfolgt, jene einschlägigen beweisrechtlichen Vorschriften (§§ 302, 304, 345 und 363 ZPO), die mit dem Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in Zusammenhang gebracht werden, samt Meinungsstand in Erinnerung zu rufen und präsent zu machen. Wenn sich nach diesem Einstieg in das Thema beim Rechtsanwender ein – je nach Sensibilität – mehr oder weniger unangenehmes Gefühl von Desorientierung einstellt, sollte dies keinesfalls dem eigenen Unvermögen zuzuschreiben sein. Zunächst ist schon mit Blick auf die spezifischen **Regelungen zu den einzelnen Beweismitteln** zu konstatieren, dass eine wortgetreue Anwendung des Gesetzestextes manch eine Unstimmigkeit provoziert und so Bedarf nach korrigierender Auslegung oder nach sonstigen Hilfsmitteln aus dem Werkzeugkasten der Methodenlehre aufkommen lässt. Eine Systematik bzw ein durchgehend verwirklichtes Konzept des Gesetzgebers scheint aus dem Blickwinkel des heutigen Meinungsstandes nur ansatzweise erkennbar. Nachdem diese Einzelregelungen dem **Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit** der Beweismittel als dogmatisches Fundament dienen, ziehen die dort in der Basis auftretenden Spannungen und Verwirkungen auch Instabilität jeder darauf ruhenden gedanklichen Konstruktion nach sich. Die unzulängliche Aufbereitung des Baugrunds spinnt sich also gleichsam als gravierender Baumangel fort, wenn man versucht, auf seiner Grundlage allgemeine Grundsätze zu errichten. So verwundert es wenig, dass der Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit zwar mit seinen tragenden Säulen anerkannt und in der verfahrensrechtlichen Dogmatik fest verankert scheint, jedoch zugleich beklagt wird, dass weder seine Voraussetzungen noch seine Wirkungen bislang hinreichend

konkret herausgearbeitet wurden¹³¹. Diese in den Details verbleibenden konstruktiven Unschärfen sind meines Erachtens vorrangig eben dem Umstand geschuldet, dass schon die als Bausteine herangezogenen Einzelbestimmungen hinsichtlich ihrer **ratio und Funktionsweise** zahlreiche Unklarheiten aufwerfen.

Zudem – und das wiegt im Vergleich zu den in den Details bestehenden Unschärfen meines Erachtens sogar wesentlich schwerer – scheint es nach der einleitenden Befundaufnahme wohl keineswegs mehr selbstverständlich, dass aus den zitierten einschlägigen Gesetzesstellen **überhaupt ein allgemeines verfahrensrechtliches Bauprinzip** hergeleitet werden kann, so wie dies (zumindest implizit) unterstellt wird. Solange auf die schwelenden Fragen zum Verständnis und zur Funktionsweise der beweisrechtlichen Einzelbestimmungen Antworten fehlen, kann nämlich ebenso wenig eine Aussage darüber getroffen werden, ob diese tatsächlich durch einen gemeinsamen Regelungsgedanken verbunden sind, wie er ja im Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel (zumindest implizit) behauptet wird. Sollte sich herausstellen, dass es an einer übereinstimmenden Zielsetzung der Einzelbestimmungen fehlt, so steht das daraus deduzierte Rechtsprinzip nicht bloß auf sandigem Boden, sondern es ist zu befürchten, dass es überhaupt jeglichen Untergrunds entbehrt. Man müsste es daher sogar schon als übereilt bewerten, wenn die Geltung eines solchen beweisrechtlichen Bauprinzips angenommen wird, ohne zuvor die teleologische Stoßrichtung der Einzelbestimmungen ausreichend herausgearbeitet zu haben.

Konkrete Zweifel an der althergebrachten Sichtweise finden in mehreren Umständen Nahrung. Zunächst sticht ins Auge, dass ja – wie bereits die überblicksartige Darstellung gezeigt hat – in den **Tatbeständen der einzelnen Normen**, die als Basis des hier in Diskussion stehenden Prinzips herangezogen werden, weder gleichartige Tatbestandsvoraussetzungen aufgestellt, noch übereinstimmende Rechtsfolgen angeordnet werden: So führt bei Urkunden etwa die *Vorlegung* dazu, dass der (ursprüngliche) Beweisführer darauf nicht mehr einseitig verzichten kann (§ 302 ZPO); bei Augenscheinsgegenständen ist eine an die Vorlegung anknüpfende Rechtsfolge überhaupt nicht vorgesehen.

131 Mit diesem Befund etwa bereits *Renaud*, AcP 44, 147 (147f), dessen Einschätzung heute wohl mehr denn je gilt. Siehe ferner sogleich im Text.

Weiters bewirkt die *Bezugnahme* auf Urkunden, dass dem Gegner die Vorlage aufgetragen und von diesem nicht verweigert werden kann (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO); eine solche Konsequenz wird sonst nur für Augenscheinsgegenstände (§ 369 ZPO) und Auskunftssachen (§ 318 Abs 2 ZPO) angeordnet, nicht aber etwa für den Zeugenbeweis, wo die sich dieselbe Problematik stellen könnte: Überträgt man diese Regelung durch Parallelverschiebung auf den *Zeugenbeweis*, wäre es nämlich nicht weit hergeholt, zu erwarten, dass der Gegner einen Zeugen, auf den er selbst Bezug genommen hat, von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden hat¹³².

Die **fehlende Harmonie** in den gesetzlichen Einzelbestimmungen spiegelt sich wider in der Uneinigkeit bei der Formulierung des aus ihnen hergeleiteten Grundsatzes: So wird der maßgebende Zeitpunkt für sein Wirksamwerden bisweilen mit dem Beginn der Beweisaufnahme¹³³, dann wieder mit der Beweiszulassung¹³⁴ fixiert.

Man kann es daher wohl gewissermaßen als Eingeständnis dieser durchwachsenen Rechtslage und als einen behelfsmäßigen dogmatischen Stützpfeiler für das baufällige Gedankengerüst auffassen, wenn der beweisrechtliche Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz als ein *Axiom* bezeichnet wurde¹³⁵, also als ein Bauprinzip, das keines Beweises bedarf. Dem Dilemma des Mangels einer methodisch konsequenten Begründung dadurch entfliehen zu wollen, dass man die Begründung an sich als überflüssig betrachtet, ist aber freilich ein ganz und gar untauglicher Ausweg.

Vermutlich geht man nicht völlig fehl, wenn man einen der Gründe für den eben diagnostizierten besonderen Auslegungsbedarf der einschlägigen beweisrechtlichen Vorschriften ihrem Schöpfer **Franz Klein** zuschreibt. Seine Herangehensweise scheint dafür gleich in zweierlei Hinsicht zumindest teilweise ursächlich gewesen zu sein: *Kleins* Hauptaugenmerk und wiederholt deklariertes Bestreben galt bekanntlich vor allem der Verbesserung der Möglichkeiten zur wirksamen und

132 Dazu schon oben S 21.

133 *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 234.

134 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905.

135 *Spangenberg*, AcP 5, 415 (418); *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (383); *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (110); *Hesse*, AcP 23, 1 (1 und 15); *Renaud*, AcP 44, 147 (147); *Hagemann*, Practische Erörterungen VII 304 (304).

wahrheitsgemäßen Sachverhaltsermittlung¹³⁶; darauf zielen unter anderem gerade auch jene Bestimmungen ab, die mit dem beweisrechtlichen Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz in Verbindung gebracht werden. Bei seinem Reformwirken dürfte *Klein* jedoch zum einen – so wird berichtet¹³⁷ – an der Lösung von Fragen der Prozessdogmatik bisweilen nur wenig gelegen sein, ja er sei ihnen manchmal geradezu ausgewichen. Und zum anderen könnte die fehlende Harmonie in den Details der gesetzlichen Ausformung des beweisrechtlichen Gemeinschaftlichkeitsgrundsatzes auch daran liegen, dass nach *Kleins* Einschätzung jede verstärkte Tendenz hin zu Aufklärungs-/Mitwirkungspflichten der Parteien gegen starke Vorbehalte und ein gänzlich entgegengesetzt orientiertes und unter den Rechtsanwendern fest verwurzelt *Rechtsbewusstsein* anzukämpfen haben würde¹³⁸; nach *Klein* müsse deshalb die Wissenschaft für den erforderlichen Bewusstseinschwank den Weg bereiten, der Gesetzgeber könne erst dann folgen¹³⁹. Auch die heutige Lehre teilt durchaus *Franz Kleins* Sichtweise betreffend die wünschenswerte Ausrichtung des Zivilprozesses, doch schwingt in den einschlägigen Stellungnahmen wohl meist das Eingeständnis mit, dass dieses

136 Siehe bereits die Zitate oben im Vorwort S I f sowie sogleich in den nachfolgenden FN. Ferner *Kralik*, Forschungsband Franz Klein 89 (89); *Bienert-Nießl*, Auskunfts-pflichten 33 je mwH.

137 *Kralik*, Forschungsband Franz Klein 89 (89).

138 *Klein*, JBl 1890, 543 (544) = *derselbe*, Pro futuro 30: »Derartiges behördliches Aufspüren und Durchstöbern unserer Privatverhältnisse um einer civilrechtlichen Sache willen widerspricht nun aber unseren heutigen gesellschaftlichen Anschauungen ganz und gar.« Einen gewissen »Euphemismus« in den Vorstellungen *Kleins* diagnostiziert in diesem Zusammenhang etwa auch *Oberhammer* in *Kralik/Rechberger*, Konfliktvermeidung 31 (59). Demgegenüber dürfte es sich jedoch aus der Sicht juristischer Laien genau umgekehrt verhalten: Ihnen wird wohl oft nicht nachvollziehbar sein, weshalb eine Partei einen bestimmten Prozessserfolg erreichen kann, indem sie Urkunden, die zur Sachverhaltsermittlung wesentlich sind, zurückhält und auch zurückhalten darf; mit diesem Befund etwa *Czernich*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 111 (112).

139 *Klein*, JBl 1890, 543 (543) = *derselbe*, Pro futuro 27f: »Es gibt kaum eine größere Gefahr für das künftige Verfahren, als die heute in den österreichischen Juristenkreisen noch ziemlich allgemeine Überzeugung, daß das Verhandlungsprincip in Anwendung auf die Proceßinstruktion rationell, die Parteiherrschaft über den Proceßstoff rechtlich nothwendig sei. Diese unrichtige Ansicht muß vor Allem bekämpft, erschüttert werden, und das ist Sache der Wissenschaft, der sich die Gelegenheit bietet, unmittelbar im Dienste der Rechtsbildung arbeitend zu sühnen, was eine volksfremde Doktrin durch Jahrhunderte an der Rechtsprechung gesündigt.«

Ziel noch nicht erreicht ist¹⁴⁰. Will man dies mit dem von *Klein* verwendeten Bild umschreiben, so scheint es in der Tat so, als wäre der *Gesetzgeber* in der Umsetzung seiner Ideen bereits eiligen Schrittes vorausgegangen, bevor die *Wissenschaft* die ihr von *Klein* zugeordnete Aufgabe des Wegbereiters erfüllen konnte, so dass die Rechtsanwendung in der *Praxis* hinter dem angestrebten Prozessmodell zurückbleibt¹⁴¹. Die vorliegende Arbeit ist bemüht, den Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zu durchleuchten und auf ein nach möglichst allen Seiten abgesichertes und stabiles dogmatisches Fundament zu stellen; sie kann damit auch gleichsam als bescheidener Versuch verstanden werden, dem von *Franz Klein* geäußerten Wunsch nach einer Hilfestellung durch die Wissenschaft nachzukommen und so seine Vorstellungen in der praktischen Anwendung der ZPO zu verwirklichen.

II. Konturen und Systematik des Untersuchungsgegenstandes

A. Vorbemerkungen

Erhellende Wirkung für das Verständnis vom Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel verspricht im gewünschten Ausmaß nur der Versuch, diesen Grundsatz und vor allem noch zuvor seine einzelnen Bausteine in das **Gesamtsystem** des Zivilverfahrensrechts einzugliedern. Bei der hierfür gebotenen abstrahierenden Betrachtung müssen – wie bereits deutlich geworden ist – die zwei vom Grundsatz berührten Regelungsprobleme voneinander getrennt werden: Die Zulässigkeit und die Wirkungen des Verzichts auf ein bereits angebotenes Beweismittel einerseits und die Mitwirkungspflicht der nicht beweis-

140 Vgl etwa bloß *Fasching*, Lehrbuch² Rz 651, der betont, dass im Prozess nicht der Aktivere oder der Geschicktere siegen solle, sondern jener, der recht hat; um das zu erreichen, sei eine (ergänze wohl: weitere) *Verstärkung der Parteipflichten* und der aktiven Richterrolle *erforderlich*, woraus e contrario wohl zu schließen sein wird, dass *Fasching* diese noch nicht als in ausreichendem Ausmaß erreicht ansieht. Optimistischer offensichtlich *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 33.

141 So wird etwa mehrfach beklagt, dass die Rechtsprechung die einschlägigen Bestimmungen über Mitwirkungspflichten zu engherzig auslegt: Siehe etwa zu § 304 Abs 2 ZPO *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 137 ff, und *Fucik/Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ Art XLIII EGZPO Rz 1; zu Art XLII EGZPO, und *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 142.

belasteten Partei andererseits. Diese Fragen treten keineswegs stets in Kombination, sondern jeweils nur in bestimmten Sachverhaltskonstellationen auf; gleichzeitig kann ihre Erörterung aber doch nicht völlig voneinander losgelöst erfolgen.

Um den Gegenstand der Untersuchung abstecken und um einen Fahrplan nach systematischen Gesichtspunkten erstellen zu können, erweist es sich als sinnvoll, die Tatbestände und Rechtsfolgen der Einzelbestimmungen im Wege einer **Fallgruppenbildung** zu entwirren und sich so einen möglichst genauen Überblick über deren Einsatzbereiche zu verschaffen. Zweck ist es dabei, zunächst herauszuarbeiten, welche Fragestellungen in welchen Konstellationen überhaupt relevant werden können. Vereinzelt wurde Auslegungs- und Erörterungsbedarf für die einschlägigen Bestimmungen bereits im Rahmen der voranstehenden Befundaufnahme aufgedeckt; bislang erfolgte dies aber bloß dem Aufbau des Gesetzes folgend, welcher jedoch auf den ersten Blick eine geeignete Systematik für Betrachtungen auf der notwendigen Abstraktionsebene eben gerade vermissen lässt. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass trotz gleichartiger Regelungsfragen eine allgemeine, für alle Beweismittelarten geltende Bestimmung fehlt¹⁴². Geht man es an, die sich um den Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel rankenden, teilweise bereits angesprochenen Fragen zu lösen, scheint ein solches Unterfangen aber freilich nur dann sinnvoll möglich, wenn bereits die Fragestellung tauglich strukturiert ist. Deswegen soll nun zum Einstieg versucht werden, mithilfe der zu bildenden Fallgruppen gleichsam wie ein Landvermesser eine Karte des Beweisrechts zu skizzieren, die noch bestehende weiße Flecken sichtbar macht, also zeigt, wo konkret die gesetzlichen Regelungen unvollständig bzw widersprüchlich sind, welche Fragen gestellt und welche Antworten daher gesucht werden müssen.

Angesichts der Themenstellung kann schon vorweg eine wesentliche Einschränkung erfolgen: Die Erörterung der an sich sehr weitreichend und facettenreich denkbaren **Mitwirkungspflicht** ist auf jene Fragen zu reduzieren, die sich **innerprozessual** stellen¹⁴³. Wenngleich der Fokus

142 Oben § 1 II.A; S 12 ff.

143 Nicht miteinbezogen werden daher materiellrechtliche vor-/außerprozessuale Mitwirkungspflichten, die etwa bereits das Informationsbedürfnis bei Formulierung des Klagebegehrens befriedigen sollen; vgl zu dieser Fallgruppenbildung *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 40, sowie näher unten § 2 II.B.1 und 2; S 41 ff.

somit ausschließlich ins Verfahrensrecht zu legen ist, soll dennoch ein kurzer, vorgeschalteter Seitenblick auf die materielle Rechtslage und die Situation vor Prozessbeginn bzw außerhalb des Prozesses nicht fehlen (dazu sogleich Punkt B; S 41 ff). Dies ist schon deswegen empfehlenswert, weil damit eine gewisse Plausibilitätskontrolle der im rein prozessualen Umfeld entwickelten Lösungen sichergestellt ist. Deutlich herauszustreichen ist aber zugleich, dass man **materiellrechtliche und prozessuale Mitwirkungspflichten keineswegs einander gleichsetzen darf**¹⁴⁴: Zwar nimmt die ZPO auf die materiellrechtlichen Pflichten Bezug, indem sie sie als eine mögliche Grundlage für prozessuale Pflichten anerkennt (§ 304 Abs 1 Z 2 ZPO) und so eine »treffliche Verknüpfung¹⁴⁵« von materiellem Recht und Prozessrecht herstellt¹⁴⁶. Daneben schafft das Prozessrecht aber auch separate, eigenständige prozessuale Pflichten mit ganz abweichenden Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. (a) Ein ganz wesentlicher Unterschied besteht schon darin, dass prozessuale Pflichten ein *in Gang befindliches Zivilverfahren* zum Erfordernis haben, während materiellrechtliche Pflichten unabhängig davon geltend gemacht werden können¹⁴⁷. Darin liegt – vielleicht entgegen der ersten Einschätzung – eine nicht unwesentliche Erschwernis, weil für die Begründetheit der Klage ja die Hürde der Substantiierungslast zu überwinden ist¹⁴⁸, was freilich gerade dann, wenn

144 *Klicka*, JBl 1992, 231 (231 und 232), der dabei zudem nicht bloß die materiellrechtlichen Pflichten zur Beweissicherung und -erhaltung im Auge hat, sondern generell alle Aufklärungspflichten und in diesem Zusammenhang herausstreicht, dass diese im materiellen Recht die Funktion haben, eine fehlerfreie Willensbildung sicherzustellen, während die prozessualen Pflichten dazu dienen, den zu beurteilenden Sachverhalt umfassend zu ermitteln. Zur Notwendigkeit der Unterscheidung und zum Folgenden (insb zu den Unterschieden im Einzelnen) ferner eingehend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 250 f mwH, sowie auch *Rassi*, ZJP 121, 165 (184). Konkret zu den Urkundenvorlagepflichten auch *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (4).

145 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 256 und 362 (»duales System«); ihr folgend *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 303 ZPO Rz 7.

146 Dies allerdings keineswegs durchgehend; siehe etwa *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 257 f, die das (im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter zu verfolgende) Sonderproblem anspricht, dass sich die materielle mit der prozessualen Rechtslage »spießt«, wenn eine materiellrechtlich bestehende Mitwirkungspflicht prozessual nicht eingefordert werden kann (zum Beispiel weil eine Partei materiellrechtlich zur Auskunft verpflichtet ist, aber im Prozess Aussageverweigerungsgründe geltend machen kann).

147 Darauf weist etwa auch *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (5), hin.

148 *Klicka*, JBl 1992, 231 (231 f); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 232, 360 und 362; *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² Vor § 266 ZPO Rz 3; *Rassi*, ZJP

mangels Verfügbarkeit von Beweismitteln ausreichende Informationen fehlen, Schwierigkeiten bereiten wird¹⁴⁹. (b) Zudem bietet ein materiellrechtliches Begehren insofern Vorteile gegenüber dem Einsatz der prozessualen Instrumente, als die Beweisgegenstände *nicht im Einzelnen bestimmt bezeichnet* werden müssen¹⁵⁰, sondern es etwa genügt, wenn das Begehren auf die Herausgabe von Urkundenkonvoluten gerichtet ist. (c) Ferner ergeben sich Unterschiede in der *Reichweite*: Im Wege der prozessualen Mitwirkungspflicht kann immer nur die *Vorlage* des Beweismittels angeordnet werden, selbst dann, wenn ein materiellrechtlicher *Herausgabeanspruch* gegeben sein sollte. (d) Und schließlich ist als wesentliche Abweichung anzuführen, dass die *Sanktionen* bzw die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung unterschiedlich ausfallen; während materiellrechtliche Mitwirkungspflichten zwangsweise durchgesetzt werden können, ist dies nach herrschender Ansicht bei prozessualen Pflichten grundsätzlich nicht möglich, weil hier die ZPO bei Nichtentsprechung einer Partei lediglich die negative Würdigung dieses Verhaltens durch das Gericht vorsieht (§ 307 Abs 2 ZPO), was lediglich einen *indirekten Zwang* zur Vorlage auslöst¹⁵¹.

▷▷ 121, 165 (190). Vgl dazu sowie zur Substantiierungstheorie im engeren Sinn schon oben S 6 FN 30 mwH.

149 Eben an diesem Punkt wird übrigens – wie *Klicka*, JBl 1992, 231 (234) treffend herausstreicht – die Frage nach der Zulässigkeit des **Ausforschungs- bzw Erkundungsbeweises** relevant: Von einem solchen spricht man dann, wenn das Beweismittel bzw das Beweisanbot nicht den Nachweis der Wahrheit von konkreten Tatsachenbehauptungen erbringen soll, sondern der beweisführenden Partei überhaupt die Möglichkeit bietet, die Tatsachen kennenzulernen und bestimmte Tatsachenbehauptungen aufzustellen (siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 898; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² Vor § 266 Rz 81). Während das ältere Schrifttum (*Pollak*, System² 647; *Sperl*, Rechtspflege 397: »Der Beweis kann nicht der Behauptung vorausgehen«) und die Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0039880, RS0039973, RS0039881) den Erkundungsbeweis für unstatthaft halten, wird er von der heute herrschenden Lehre zugelassen, sofern die Partei eine Tatsache zwar behauptet, aber nur nicht konkretisieren kann oder wenn die Behauptung auf gut Glück aufgestellt wurde (*Fasching*, aaO); die ablehnende Auffassung übersehe nämlich, dass ein striktes »Verbot« des Erkundungsbeweises nur als Ausfluss einer reinen Verhandlungsmaxime denkbar sei, bei der die Parteien frei von jeder Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht über den Prozessstoff disponieren können (*Kralik*, ZAS 1980, 142; *Rechberger*, aaO). Gegen die ablehnende Haltung der Rechtsprechung jüngst eingehend auch *Rassi*, FS Simotta 443 (mit Nachweisen insb 444 FN 17 und 451 ff). Konkret zu den Konsequenzen im Zusammenhang mit Aufträgen zur Urkundenvorlage *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 (63).

150 Zu diesem Erfordernis näher etwa *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (198 ff) mwH.

151 *Czernich*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 111 (114), der dies jedoch als unzureichend ansieht und daher für eine strafgerichtliche Sanktion plädiert, wie sie

Und auch ganz abgesehen von diesen konkret greifbaren Unterschieden hat die Beurteilung prozessualer Fragen grundsätzlich stets nach eigenständigen, vom materiellen Recht weitgehend unabhängigen prozessualen Maßstäben zu erfolgen (*Trennungsdogma*)¹⁵².

B. Materiellrechtliche Fallgruppen

1. Vorprozessuale Pflichten

Sieht man vom Sonderfall des Beweissicherungsverfahrens einmal ab, kann vorprozessual grundsätzlich nur einer der beiden Aspekte der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel relevant werden, nämlich die **Mitwirkungspflichten** im Hinblick auf die (Substantiierungs-¹⁵³ und) Beweislast des Gegners in einem eventuell bevorstehenden Prozess; prägnant werden sie aus diesem Grund auch als *präparatorische Mitwirkungspflichten*¹⁵⁴ bezeichnet. Die Zurückziehung eines Beweisanbots (Verzicht) ist in diesem Stadium hingegen noch nicht denkbar, so dass sich insofern auch nicht die Frage nach ihren Wirkungen stellen kann. In der Tat sieht das materielle Recht vielfach – sozusagen als Vorboten für die prozessuale Mitwirkungspflicht – einschlägige Verpflichtungen vor¹⁵⁵. Auch diesbezüglich – also betreffend Mitwirkungspflichten *außerhalb* des Prozessrechts – wird eine »Gemengelage und von regellos nebeneinander bestehenden Ansätzen, Erklärungs- und Lückenschließungsversuchen« beklagt¹⁵⁶.

Diese vorprozessualen Pflichten können sich zum einen auf die Herausgabe von Beweismitteln oder eine Einsichtnahmemöglichkeit beziehen, zum anderen aber auch lediglich auf deren Schaffung bzw

»> auch für die falsche Zeugenaussage vorgesehen ist (aaO 117); wertungsmäßig erscheinen diese beiden Konstellationen meines Erachtens jedoch nicht unmittelbar gleich gelagert, zumal ja nur eine *falsche* Aussage, nicht jedoch eine unterlassene Aussage strafrechtlich verfolgt werden kann (vgl § 288 StGB).

152 Siehe bloß *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (288) mwH; ferner *Dilcher*, AcP 158, 469 (471); *Klicka*, Beweislastverteilung 4f.

153 Dazu oben S 6 FN 29 mwH.

154 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 46 f mwH. Diese Terminologie verwendete auch schon *Mittermaier*, Edition von Urkunden 17 FN 18.

155 Dazu und zum Folgenden näher auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 29 f und 50 ff.

156 So der Ausgangsbefund in der aufschlussreichen Arbeit von *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 154.

(Auf-)Bewahrung. Letzteres, also eine Pflicht **bloß** zur **Schaffung/Sicherung von Beweismitteln** *ohne explizite Herausgabe-/Einsichtsrechte*, scheint aufs Erste gewissermaßen eine *lex imperfecta* und daher wenig befriedigend¹⁵⁷; sie ist im positiven Recht aber gar nicht selten anzutreffen. Bekannt sind hier in erster Linie die Dokumentationspflichten von Ärzten (§ 51 ÄrzteG idF BGBl I 2012/50) und Rechtsträgern im Sinne des WAG 2007 (§ 47 Abs 1 WAG 2007). Ferner haben beispielsweise der Kommissionär, der Spediteur und der Lagerhalter für den Beweis des Zustands des Gutes zu sorgen (§ 388 Abs 1, § 407 Abs 2, § 417 Abs 1 UGB); zu nennen ist in diesem Zusammenhang wohl auch die Pflicht des Pächters, dessen Pachtobjekt durch einen »Unglücksfall« beeinträchtigt wurde, »die Begebenheit, wenn sie nicht landkundig ist, gerichtlich oder wenigstens durch zwei sachkundige Männer erheben zu lassen« (§ 1108 ABGB).

Eine Pflicht zur Schaffung/Sicherung von Beweismitteln **kombiniert mit** einem Recht auf **Herausgabe/Einsichtnahme** ist insbesondere in all jenen Fällen vorgesehen, in denen Buch-/Rechnungsführungspflichten und korrespondierende Einsichtsrechte bestehen (zB §§ 830 Satz 1, 837, 1012, 1198 ff ABGB; §§ 118, 166, 183 UGB; § 16 HVertrG)¹⁵⁸. Ferner trifft rechnungslegungspflichtige Unternehmer die generelle Pflicht zur geordneten Aufbewahrung ihrer Bücher und anderer wichtiger Urkunden (§ 212 UGB), deren Vorlage nicht nur prozessual (§ 213 UGB)¹⁵⁹, sondern bei »Vermögensauseinandersetzungen« auch außerhalb eines bereits anhängigen Rechtsstreits als materiellrechtlicher, separat durchsetzbarer Anspruch geltend gemacht werden kann (§ 215 UGB)¹⁶⁰. Schließlich kann wohl auch die Pflicht zur Ausstellung einer Quittung (§ 1426 ABGB) dieser Fallgruppe unterstellt werden. Krankenanstalten haben Krankengeschichten anzulegen sowie aufzubewahren (§ 10 Abs 1 Z 2 und 3 KaKuG) und Patienten die Einsicht hierin zu ermöglichen (§ 5a Abs 1 Z 1 KaKuG)¹⁶¹.

157 Siehe aber zur daran knüpfenden *prozessualen Vorlagepflicht* infolge Gemeinschaftlichkeit sogleich unten S 43 f mwH.

158 Zur Bucheinsicht im Gesellschaftsrecht näher insbesondere *Rassi*, *ecolex* 1999, 546.

159 Darauf wird noch einzugehen sein; unten § 4 1; S 231 ff

160 Wohl hM; siehe nur *U. Torggler* in *Straube*, UGB³ § 213 Rz 1 und § 215 Rz 4 und 13 mwH.

161 Dazu eingehend *Neumayr/Resch*, *JBl* 2010, 627 (628 ff).

Daneben bestehen in sondergesetzlichen Bestimmungen vereinzelt auch **spezifische Auskunftspflichten**, etwa nach § 1 Abs 2 PHG¹⁶², § 13 AtomHG 1999¹⁶³ sowie nach § 79f GTG¹⁶⁴.

Abgesehen von den positivrechtlich festgeschriebenen Pflichten können solche freilich auch **rechtsgeschäftlich**, insbesondere konkludent begründet werden¹⁶⁵.

Derartige materiellrechtliche Pflichten sagen unmittelbar zwar nichts über die innerprozessuale Rechtslage aus, sie strahlen aber immerhin **mittelbar in das Verfahrensrecht** aus. Zum einen geschieht dies dadurch, dass ihre Verletzung vom Gericht fraglos im Rahmen der *freien Beweiswürdigung* berücksichtigt werden wird¹⁶⁶, wenn sie nicht sogar ausnahmsweise eine »echte« *Umkehr der Beweislast* auslöst¹⁶⁷. Zum anderen und vor allem ist zu bedenken, dass die materiellrechtliche Pflicht zur Schaffung/Sicherung einer Urkunde diese Urkunde zu einer *gemeinschaftlichen* im Sinne des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO

-
- 162 Kann der Hersteller oder – bei eingeführten Produkten – der Importeur nicht festgestellt werden, so haftet jeder Unternehmer, der das Produkt in den Verkehr gebracht hat, wenn er nicht dem Geschädigten in angemessener Frist den Hersteller bzw – bei eingeführten Produkten – den Importeur oder denjenigen nennt, der ihm das Produkt geliefert hat. Dass es sich dabei um eine vorprozessuale Mitwirkungspflicht handelt, streicht etwa *Klicka*, JBl 1992, 231 (232), explizit heraus.
- 163 Liegen Umstände für die Annahme vor, dass ein Schaden durch ionisierende Strahlung verursacht worden ist, so hat der Geschädigte gegen jeden Betriebsunternehmer einer Kernanlage [...] Anspruch auf Auskunft [...].
- 164 Liegen Umstände vor, die die Annahme begründen, dass ein Schaden durch gentechnisch veränderte Organismen [...] verursacht worden ist, so hat der Geschädigte gegen jeden Betreiber, dessen Tätigkeit [...] als Ursache allgemein in Betracht kommt, einen Anspruch auf Auskunft.
- 165 Dazu eingehend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 89 ff mwH. Teilweise wird auch für eine (miet-)vertragliche Nebenpflicht auf Herausgabe relevanter Urkunden plädiert (*Lindinger*, immolex 2013, 70 [72]).
- 166 *Stürner*, Aufklärungspflichten 152 ff; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 29 f und 270 je mwH.
- 167 Allgemein zu dieser Möglichkeit (differenzierend) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 900 aE. Konkret für die Fälle der Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht eingehend etwa *Blomeyer*, AcP 158, 97 (insb 102 ff), und *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 323 f je mwH. Eine solcherart sanktionierende Umkehr der Beweislast wurde allerdings seit jeher kritisch betrachtet: Siehe etwa *Görres*, ZZP 34, 1 (86 f), und *Blomeyer*, aaO (ablehnend zur Deutung der Beweislastumkehr als Schadenersatzpflicht). Den Ausnahmecharakter dieser Rechtsfolge betonend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 291, die zudem eine eigene Deutungsweise für die Sanktion der Verletzung von Mitwirkungspflichten entwickelt (Verschiebung der subjektiv-konkreten Beweisführungslast).

macht¹⁶⁸ und so zum Gegenstand einer unbedingten Vorlagepflicht; denn angesichts einer konkreten materiellrechtlichen Rechtspflicht ist bei einem entsprechenden telos der Norm davon auszugehen, dass die Urkunde dazu bestimmt ist, als Beweismittel zu dienen und deshalb *im Interesse* der nun die Vorlage begehrenden Partei errichtet wurde¹⁶⁹. Kraft Verweises greift diese Konsequenz gleichermaßen für Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände (§ 318 Abs 2, § 369 ZPO). Die *materiellrechtliche* Pflicht zur Beweismittelschaffung/-sicherung führt so im Prozess zu einer unbedingten Vorlagepflicht, das heißt zu einer Intensivierung *prozessualer* Mitwirkungspflichten.

Im Rahmen dieser Arbeit ist den materiellrechtlichen Mitwirkungspflichten nicht eigens nachzugehen. Wesentlich erscheint bloß festzuhalten, dass das Prozessrecht – wie eben erwähnt – insofern auf die materielle Rechtslage Bezug nimmt, als es für Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände, zu deren Schaffung/Sicherung eine Partei zu Beweis Zwecken materiellrechtlich verpflichtet war, eine unbedingte prozessuale Vorlagepflicht statuiert. Ein solche Anknüpfung ist eine konsequente und zudem wohl sogar ganz **notwendige Ergänzung der Möglichkeiten nach materiellem Recht**: Zum einen greifen die materiellrechtlichen (zuvor ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit aufgezählten) Mitwirkungspflichten nur sehr punktuell ein und vermögen daher keine generelle Abhilfe gegen Informationsdefizite zu schaffen¹⁷⁰. Zum anderen können sich die materiellrechtlichen Pflichten zur Beweismittelschaffung/-sicherung in vielen Fällen für die beweisbelastete Partei als eine kaum brauchbare Hilfestellung erweisen – und zwar vor allem deswegen, weil oft, wie erwähnt, eine explizite materiellrechtliche Herausgabepflicht/Einsichtnahmemöglichkeit fehlt oder weil sie schlicht undurchsetzbar ist und somit faktisch ins Leere läuft¹⁷¹. Diese Unvollständigkeit des

168 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 29 f.

169 Siehe nur *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 304 Rz 3; OGH 6 Ob 6/83 in *SZ* 56/117. Eingehend zu diesem Gemeinschaftlichkeitstatbestand unten § 4 III.B.2; S 180 ff.

170 *Czernich*, *Jahrbuch Zivilverfahrensrecht* 2011, 111 (112).

171 Hier ist zB daran zu denken, dass der Beweisgegenstand untergegangen ist, zerstört oder verändert wurde oder der Gegner trotz der verhängten Beugestrafen nicht zur Herausgabe bereit ist und das Beweismittel mangels Auffindbarkeit auch nicht zwangsweise abgenommen werden kann. In all diesen Fällen hat der Beweisführer selbst bei Bestehen eines materiellrechtlichen Anspruchs ein vitales Interesse daran, eine prozessuale Mitwirkungspflicht geltend machen zu können, weil hier im Falle der Nichtentsprechung durch den Gegner immerhin

materiellen Rechts wird durch die in den Verfahrensgesetzen vorgesehenen Mitwirkungspflichten und ganz besonderes eben durch das Institut der gemeinschaftlichen Beweismittel behoben. Zum einen besteht die erwähnte unbedingte *prozessuale* Vorlagepflicht (§ 304 ZPO); zum anderen wird zudem auch ein eigener *materiellrechtlicher*¹⁷² und *prozessunabhängiger*¹⁷³ *Vorlageanspruch* gewährt, wenn ein gemeinschaftliches Beweismittel¹⁷⁴ im Sinne des § 304 Abs 2 ZPO vorliegt (Art XLIII EGZPO); dass diese letztgenannte Möglichkeit in der Tat als Ergänzung der materiellen Rechtslage konzipiert ist, bestätigt die herrschende Auffassung¹⁷⁵, wonach die Vorlagepflicht nach Art XLIII EGZPO nur *subsidiären Charakter* hat, also gerade jene Fälle erfassen soll, in denen keine Vorlagepflicht nach allgemeinen materiellrechtlichen Regeln besteht.

Doch auch im umgekehrten Verhältnis ergänzen einander materiellrechtliche (vorprozessuale) Pflichten einerseits und solche prozessualer Natur andererseits. Denn wie bereits erwähnt¹⁷⁶ können die prozessualen Mitwirkungspflichten ja erst dann geltend gemacht werden, wenn ein Zivilverfahren bereits in Gang ist. Dazu hat der Kläger – was ebenfalls schon angesprochen wurde¹⁷⁷ – die Hürde der Substantiierungslast zu bewältigen, er muss also bereits in der Klage *vollständig* die rechtserzeugenden Tatsachen angeben (§ 226 ZPO). Fehlen ihm hierfür aber die notwendigen Informationen, wird dies – selbst nach richterlicher Belehrung und Anleitung in der mündlichen Verhandlung

»> die Sanktion der negativen Würdigung durch das Gericht Platz greift; vgl *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 258 f.

172 HA; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 243; *Fucik/Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ Art XLIII EGZPO Rz 1; *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² Art XLIII EGZPO Rz 2; *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (5); *Rassi*, ÖJZ 1997, 891 (892 f); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 127.

173 *Neumann*, Zivilprozeßgesetz⁴ 377; *Fucik/Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ Art XLIII EGZPO Rz 1; *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (5); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 127.

174 Dieser Vorlageanspruch wird über den Gesetzeswortlaut hinaus analog auch auf gemeinschaftliche Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände erstreckt (*Bienert-Nießl*, Auskunftsrechte 142 f; *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² Art XLIII EGZPO Rz 1; OGH 2 Ob 2382/96z in ZVR 1998/129 = *ecolex* 1998, 627).

175 *Bajons*, NZ 1991, 51 (57); *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² Art XLIII EGZPO Rz 2; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 128: Die teleologische Reduktion des Art XLIII EGZPO sei deshalb geboten, weil der Anspruchsberechtigte andernfalls häufig die freie Wahl hätte, ob er den Anspruch im streitigen oder im außerstreitigen Rechtsweg geltend macht. Siehe auch *Rassi*, ÖJZ 1997, 891 (892 f).

176 Zuvor S 39.

177 Oben S 6.

(§ 182 ZPO) – nicht gelingen, was Klagsabweisung wegen Unschlüssigkeit zur Folge hat¹⁷⁸. Ein Verfahren zur Aufklärung des Sachverhalts kommt dann gar nicht in Gang¹⁷⁹, der Weg zur prozessualen Wahrheitsermittlung bleibt versperrt und es kommt demnach die Geltendmachung prozessualer Mitwirkungspflichten gar nicht in Betracht¹⁸⁰. Die materiellrechtlichen (vorprozessualen) Mitwirkungspflichten eröffnen der Partei damit die Möglichkeit, die hinderlichen Informationsdefizite zu beseitigen, eine schlüssige Klage zu formulieren und im dadurch eingeleiteten Zivilverfahren die prozessualen Mitwirkungspflichten des Gegners geltend zu machen.

2. Außerprozessuale Handhabe nach Prozessbeginn

Auch im Zeitraum *nach* Verfahrensbeginn stehen dem Beweisführer freilich neben den prozessualen Möglichkeiten immer noch wahlweise die materiellrechtlichen Instrumente zur Verfügung¹⁸¹, und zwar nach wie vor jene, eben¹⁸² besprochenen »vorprozessualen« Pflichten. Da diese ja nicht mit Prozessbeginn ihre Durchsetzbarkeit verlieren¹⁸³, scheint es treffender, insofern anstelle von *vorprozessualen* Pflichten wohl generell den Begriff »*außerprozessuale*« Pflichten zu verwenden. Die Geltendmachung derartiger Herausgabe- und Mitwirkungspflichten des Gegners nach materiellem Recht ist aus dem Blickwinkel des hier allein interessierenden Prozessrechts wenig problematisch und daher nicht weiter zu verfolgen. Keineswegs soll damit aber gesagt werden, dass schon immer dann, wenn eine materiellrechtliche Pflicht bejaht werden kann, die Prüfung prozessualer Instrumente obsolet ist. Die materiellrechtlichen (vor-/außerprozessualen) Mitwirkungspflichten einerseits und derartige Pflichten mit prozessualem Charakter andererseits verhalten sich nämlich **keineswegs komplementär bzw subsidiär** zueinander, in dem Sinn, dass wo eine materiellrechtliche Pflicht besteht, für eine eigenständige, im Prozessrecht wurzelnde

178 HA, siehe nur *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² § 226 ZPO Rz 94; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO⁺ Vor § 226 Rz 13 je mwH: RIS-Justiz RS0037076.

179 Dazu und zum Folgenden *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 263 ff mwH (insb 267).

180 Siehe auch zuvor oben S 39 samt Nachweisen.

181 *Rassi*, ZZP 121, 165 (184).

182 Siehe unmittelbar zuvor § 2 II.B; S 41 ff.

183 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 248.

Mitwirkungspflicht kein Bedarf bzw kein Raum mehr bliebe¹⁸⁴. Die Nützlichkeit des prozessualen Instrumentariums wird insbesondere dann evident, wenn das materiellrechtliche System nicht zum Ziel führt, weil die Vollstreckung des materiellrechtlichen Anspruchs keinen Erfolg hat¹⁸⁵; als wesentlicher Vorteil der prozessualen Mitwirkungspflichten ist ferner zu veranschlagen, dass dem Beweisführer die Geltendmachung in einem eigenen Verfahren und die zwangsweise Durchsetzung erspart bleibt¹⁸⁶.

Ebenso wenig ist spiegelbildlich von einer Verdrängung der materiellrechtlichen durch prozessuale Pflichten auszugehen¹⁸⁷. Erstere können vielmehr – wie schon betont wurde (zuvor S 39) – parallel neben Zweiteeren bestehen und wahlweise geltend gemacht werden, was etwa *Bienert-Nießl*¹⁸⁸ zutreffend betont und in Abgrenzung zu gegenteiligen deutschen Auffassungen¹⁸⁹ als »**kombinatorischen Ansatz**« apostrophiert.

-
- 184 So etwa auch *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (293). Nicht ganz eindeutig in diesem Zusammenhang *Rassi*, ZJP 121, 165 (182: »insoweit hier zivilrechtliche Ansprüche bestehen, wären prozessuale Lasten weitgehend entbehrlich«) bzw offenlassend (aaO 184: »Aus der öZPO kann [...] eine Subsidiarität der prozessualen Aufklärungspflicht nicht zwingend abgeleitet werden«). Siehe ferner etwa auch *Peters*, FS Schwab 399 (406).
- 185 Siehe eben zuvor S 44 bei und in FN 171.
- 186 Schon aus den Erläuterungen (Materialien CPG I 309f) ergibt sich, dass mit der Urkundenvorlagepflicht gerade das Ziel der Verfahrenskonzentration verfolgt wurde; in diesen Sinn ferner etwa *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 249 und 258 f.
- 187 Anders aber offensichtlich die (ältere) Rsp, die annimmt, dass bei Geltendmachung des materiellrechtlichen Vorlageanspruchs nach Art XLII EGZPO dem Kläger immer schon dann ein rechtliches Interesse abgesprochen werden müsse, wenn er in einem allenfalls bevorstehenden Prozess die Vorlage auch im Wege der prozessualen Pflicht nach § 304 ZPO erreichen könne (OGH 9 Ob A 153/88 in SZ 61/208; 4 Ob 519/94 in NZ 1995, 103; RIS-Justiz RS0034993; gegenteilig nunmehr 1 Ob 94/06i in SZ 2006/74). Dagegen führt *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 138, völlig überzeugend ins Treffen, dass ja mit einer derartigen Sichtweise eine gravierende Verkürzung des Rechtsschutzes verbunden wäre, zumal ja die prozessualen im Unterschied zu den materiellrechtlichen Vorlagepflichten nach herrschender Auffassung (oben S 40 bei und in FN 151) nicht zwangsweise durchsetzbar sind.
- 188 Auskunftspflichten 27 und 362, wo auch betont wird, dass die freie Wahl des Instrumentariums für die Geltendmachung schon deswegen geboten ist, weil im Anwendungsbereich und in den Rechtsfolgen Unterschiede bestehen (eingehend oben S 39 f).
- 189 Siehe etwa *Stürner*, Aufklärungspflichten 15 f, der in diesem Zusammenhang überdies sogar dafür plädiert, der prozessualen Rechtslage Vorrang einzuräumen und sie als Ausgangspunkt für die Notwendigkeit materiellrechtlicher Pflichten zu betrachten. Ebenfalls für ein Komplementärverhältnis, allerdings spiegelbildlich zu *Stürner* (aaO: Vorrang des materiellen Rechts) spricht sich *Winkler v Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten 214 f, aus.

Abgesehen von materiellrechtlichen Herausgabe- und Mitwirkungspflichten kann das Vorenthalten eines Beweismittels ferner noch aus anderen Gründen (faktisch) ausgeschlossen oder zumindest unzulässig sein. Zu denken ist hier etwa daran, dass der Gegner den Zeugen- oder Sachverständigenbeweis mit Methoden verhindern will, wie sie vornehmlich aus im Unterweltemilieu angesiedelten Kriminalromanen oder Spielfilmen bekannt sind. Auch in diesen Fällen bieten außerprozessuale Bestimmungen – insbesondere jene des vergleichsweise schneidigen **Strafrechts** – an sich effektive Handhabe, um eine Vereitelung der Beweisaufnahme durch »Vorenthalten« des Beweismittels auszuschließen. Man könnte also wiederum dazu neigen, zivilprozessuale Vorkehrungen in diesem Umfang als entbehrlich einzustufen. Wenngleich damit bereits nach außerprozessualen Regeln abgesteckt sein mag, ob und wie weit dem Gegner des Beweisführers eine Vereitelung der Beweisaufnahme gestattet ist, bedeutet dies aber dennoch nicht, dass kein Bedarf für verfahrensrechtliche Regelungen existiert. Ganz augenscheinlich ist dabei wiederum der prozessökonomische Vorteil, dass sich durch die Möglichkeit einer prozessualen Geltendmachung Unterbrechungen und damit Verzögerungen des Verfahrens für die Dauer eines Zwischenstreits erübrigen¹⁹⁰. Selbst bei Einsetzbarkeit strafrechtlicher Instrumente sollte der Blickwinkel der prozessualen Betrachtung also nicht eingeengt werden.

C. Prozessuale Fallgruppen

1. Mitwirkungspflichten

Nach dem Gesagten sind somit aus prozessualer Sicht uneingeschränkt all jene Situationen von Interesse und hier zu behandeln, in denen es der Beweisgegner in der Hand hat, die Beweisaufnahme durch sein (passives) Verhalten zu verhindern oder zu erschweren – und zwar selbst dann, wenn er damit gegen ihn nach materieller Rechtslage treffende Pflichten verstößt oder gar einen strafrechtlichen Tatbestand verwirklicht. Es stellt sich hier die Frage, ob der Gegner gehalten ist, die Beweisführung der Partei zu ermöglichen, also **an der Wahrheitsermittlung während des Prozesses** mitzuwirken. Einer jener Umstände,

190 Oben S 47 bei und in FN 186.

die für die Reichweite solcher Mitwirkungspflichten bedeutsam sind, ist die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels. Im Folgenden wird herauszuarbeiten sein, welcher Stellenwert dem Gemeinschaftlichkeitskriterium dabei konkret zukommt, wobei insbesondere zu prüfen ist, ob zwischen den **einzelnen Beweismittelarten** eine einheitliche Rechtslage besteht, in welchem Umfang also tatsächlich von einem Bauprinzip des gesamten Beweisrechts gesprochen werden kann; für die durch das Gesetz vorgesehenen Ausnahmen und Einschränkungen wird zu prüfen sein, welche dogmatische Rechtfertigung dafür gefunden werden kann und wo diese allenfalls fehlt (unten § 4; S 103 ff).

2. Zurückziehung des Beweisanbots/Verzicht

Der Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel ist, wie schon wiederholt deutlich geworden ist, keineswegs bloß dann relevant, wenn es der Beweisgegner in der Hand hat, die Beweisführung der Partei (faktisch) zu verhindern. Die Gemeinschaftlichkeit spielt ebenso dann eine Rolle – und nach landläufiger Auffassung¹⁹¹ liegt hierin sogar sein eigentlicher Anwendungsbereich –, wenn ein bereits gestelltes Beweisanbot wieder zurückgezogen bzw (wie auch häufig formuliert wird¹⁹²) das Beweismittel fallen gelassen wird. Hier taucht dann die Frage auf, ob bzw wie lange ein solcher **Verzicht zulässig** ist. Das Gesetz stellt hierfür eine **differenzierende Lösung** auf, was von der herrschenden Auffassung als **Anwendung des Kriteriums der Gemeinschaftlichkeit** gedeutet wird.

Näheren Überlegungen zur Zulässigkeit des Verzichts muss freilich die Frage vorgeschaltet sein, **welche Rechtsfolgen** er überhaupt nach sich zieht; dies liegt nämlich keineswegs offen zutage, ist aber Voraussetzung dafür, dass der differenzierenden Einschränkung der ZPO ein Sinn beigelegt werden kann. Diese Fragen sind ebenfalls anhand der gesetzlichen Bestimmungen zu den einzelnen Beweismitteln im Einzelnen zu erörtern und die Ergebnisse sodann im Hinblick darauf auszuwerten, inwieweit ihnen tatsächlich ein durchgängiges Regelungsprinzip zugrunde liegt (unten § 5; S 253 ff).

191 Siehe die Nachweise oben S 8 FN 37.

192 Vgl oben S 8 FN 36.

§ 3

Historische Wurzeln und Rechtsvergleich

Nachdem der Untersuchungsgegenstand durch Fallgruppenbildung abgesteckt wurde und einigermaßen scharfe Konturen erhalten hat, sollen nun mit einem für die konkret auftretenden Rechtsprobleme geschärften Blick Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich ausgewertet werden. Entgegen einer häufig anzutreffenden Übung soll der knappe rechtsgeschichtliche und -vergleichende Überblick nicht auf eine rein deskriptive Darstellung beschränkt bleiben, aus welcher dann erst in einer abschließenden Zusammenfassung Schlüsse für die zu untersuchende geltende Rechtsordnung gezogen werden. Soweit es sinnvoll erscheint, wird vielmehr versucht werden, die historischen Stationen der Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel im Fortgang dieses Abschnitts sogleich an Ort und Stelle im Lichte der heutigen Rechtslage zu würdigen und daraus konkrete Gedankengänge zu entwickeln, die sozusagen als Erinnerungsnotiz für nachfolgende Analysen des geltenden Rechts angelegt werden sollen. Es wird dabei einmal mehr der Wert rechtsvergleichender, vor allem aber rechtsgeschichtlicher Forschungen für das Verständnis des geltenden Rechts evident werden. Auch für den sprichwörtlich »eiligen Leser«, der mittlerweile wohl sogar schon bei wissenschaftlicher Literatur als Maßfigur für Lesbarkeit und Verständlichkeit von Texten herangezogen werden muss, lohnt es daher, diesen Abschnitt nicht schlichtweg zu überblättern.

I. Geschichtlicher Abriss

A. Römisches Recht

Nähert man sich dem Untersuchungsgegenstand zunächst aus dem Blickwinkel der römischen Rechts, ist man bei der Suche nach Material zu den einschlägigen Fragen des römischen Zivilprozesses ganz über-

wiegend auf **Quellen** aus der Zeit der gemeinrechtlichen Diskussion angewiesen. Dies ist dem – noch zu erörternden¹⁹³ – Umstand geschuldet, dass Diskussion unter den gemeinrechtlichen Juristen zu einem regelrechten literarischen Modetrend avanciert ist.

Der *corpus iuris civilis* enthält gleich zwei Abschnitte mit dem Titel *de edendo*¹⁹⁴. Allerdings behandelt keiner von beiden eine allgemeine Vorlage-, das heißt »Editionspflicht«, sondern diese Quellenstellen beziehen sich lediglich auf die so genannte **editio actionis**¹⁹⁵. Dabei handelte es sich um eine dem Kläger obliegende, *außergerichtliche Unterrichtung* des Beklagten, mit der Letzterem schon vor oder spätestens bei der Ladung (*in ius vocatio*) die angestrebte Klage (*actio*) bezeichnet und die Beweismittel (*instrumenta*) genannt werden sollten, um ihm die Möglichkeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu geben¹⁹⁶. Der eigentliche Zweck, den diese Unterrichtung verfolgte, war in erster Linie die Vermeidung von Prozessen, also – aus heutiger Sicht wohl geradezu ein Déjà Vu – die Entlastung der Rechtspflege¹⁹⁷: Für den Beklagten war es wichtig, zu erfahren, ob der Kläger die richtige Klagsformel verwendet hatte, so dass er entscheiden konnte, ob es sinnvoll war, sich auf den Prozess einzulassen oder nicht. Mit der *editio actionis* hing die **editio instrumentorum** »innig zusammen«; der Beweis war noch nicht vom Verfahren getrennt, »das Fundament der Klage« musste nicht nur dargelegt, sondern auch bewiesen werden¹⁹⁸. Nach und nach wurden die Klagsformeln aufgegeben und unter Justinian wurde die *in ius vocatio* durch die vom Gericht vorgenommene *citatio* verdrängt; damit übernahm das Gericht auch die Aufgabe zur Edition der Klage¹⁹⁹. Die Regeln über die *editio actionis* verloren ab diesem Zeitpunkt ihre Bedeutung, was aber auch im Justinianischen Recht

193 Unten § 3 I.B.3; S 73.

194 Nämlich D 2,13 und C 2,1.

195 Hierzu und zum Folgenden *Huggenberger*, *Urkundenedition* 2 f mWH.

196 *Bürge*, *SZ* (rom Abt) 112, 1 (6f); *Kaser/Hackl*, *Römisches Zivilprozessrecht*² 220 f mWH.

197 Eingehend *Almendingen*, *PhuGR* 1, 281 (294 ff), und *Blattner*, *Edition von Urkunden* 11 ff.

198 *Blattner*, *Edition von Urkunden* 13. Zu erwähnen ist dabei allerdings, dass der Urkundenvorlage ursprünglich an sich kein besonderer Stellenwert zukam, weil Rechtsverhältnisse durch *stipulatio* und *mancipatio* begründet wurden und Urkunden im Rechtsverkehr deswegen kaum Bedeutung hatten (*Mittermaier*, *Edition von Urkunden* 4).

199 Dazu und zum Folgenden *Almendingen*, *PhuGR* 1, 281 (305 ff).

blieb, war die editio instrumentorum – ein Umstand, der wohl der Arbeitsweise der »nicht allzu gewissenhaften Compiler« zu verdanken ist²⁰⁰. Nach wie vor wurde damit derselbe Zweck verfolgt, nämlich Prozesse möglichst zu vermeiden, indem man dem Beklagten die Möglichkeit eröffnete, schon von Beginn an seine Prozessaussichten gut abschätzen zu können.

Die unter den Titeln *de edendo* behandelte Vorlage-/Editionspflicht war demnach **nur auf die von der Partei selbst anzubietenden Beweismittel bezogen**²⁰¹. Sie erfasste sämtliche Beweismittel, worunter nicht nur Urkunden, sondern ebenfalls etwa Zeugen fielen²⁰²; nachträglich war es nicht mehr möglich, neue Beweismittel anzuführen, sie waren präkludiert²⁰³. Ob auch der Beklagte, der eine Einwendung (*exceptio*) erhob, zur Vorlage der Beweismittel, die er zu verwenden gedachte, verpflichtet war, ist unklar²⁰⁴; soweit dies bejaht wurde, betraf aber freilich auch die Beklagtenpflicht nur jene Beweismittel, die er selbst zu verwenden beabsichtigte²⁰⁵. Erst in späterer Zeit, insbesondere von den Glossatoren, wurden dann diese im Rahmen der editio actionis statuierten Vorlagepflichten als Grundlage für eine allgemeine, das heißt nicht bloß auf die selbst beabsichtigte Beweisführung ausgerichtete Urkundenvorlagepflicht herangezogen²⁰⁶.

Ursprünglich war die **Beschaffung von Beweismitteln** vom Gegner oder von einem Dritten im römischen Zivilprozess also recht rigide geregelt²⁰⁷: Für die Grundlagen des geltend gemachten Anspruchs

200 Blattner, Edition von Urkunden 13.

201 *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (310): »kein Beweismittel, sondern ein Mittel zur Abkürzung des Prozesses«; »man editit – um selbst seinen Beweis vorzubereiten, und nicht um den Beweis des andern zu erleichtern. Man verlangt Edition, nicht um zu wissen, was man selbst wird beweisen können, sondern um zu erfahren, wie weit es wohl der andere mit seinen Beweisen bringen möge«; *Mittermaier*, Edition von Urkunden 5: »Anticipation des Beweises«; *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (83). Siehe auch *Ulpian D 2,13,1,3*: »Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere« (Alles, was jemand vor dem iudex verwenden will, ist vorzulegen; [...]). Näher auch *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (26: Die Editionsspflicht korrespondiert mit der beabsichtigten Vorlage der Beweismittel vor dem iudex, die die Grenzen zieht).

202 *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (26 f) mit zahlreichen Quellennachweisen.

203 *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (36 f und 39).

204 *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (31 f) mwH.

205 *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (308 f).

206 *Huggenberger*, Urkundenedition 3 f mwH.

207 Dazu *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (32 f).

war – wie heute noch²⁰⁸ – der Kläger beweisbelastet²⁰⁹. Es verwundert daher nicht, dass man neben den zuvor dargestellten prozessualen Vorlagepflichten auch im materiellen Recht Hilfe suchte²¹⁰. Allerdings war lediglich für jene Fälle, in denen dem Beweisführer diesbezüglich ein zivilrechtlicher (**materiellrechtlicher**) **Anspruch** zustand, anerkannt, dass die Vorlage von Beweismitteln begehrt werden konnte²¹¹ – dabei kamen Ansprüche sowohl dinglicher als auch obligatorischer Natur in Betracht²¹². Dingliche Ansprüche, die eine Vorlagepflicht begründeten, konnten sich insbesondere aus dem *Miteigentum* am Beweismittel ergeben, also dann, wenn es sich um eine **im Sinne der sachenrechtlichen (!) Terminologie gemeinschaftliche Sache** handelte. Nur in diesem Kontext wurde der Begriff der gemeinschaftlichen Beweismittel (*instrumenta/documenta communia*) im römischen Recht ursprünglich verwendet²¹³. Davon abgesehen existierten nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, den Gegner zur Vorlage/Herausgabe von Beweismitteln zu verhalten.

Eine dieser Möglichkeiten war die **actio ad exhibendum**, welche voraussetzte, dass der Kläger ein *rechtliches Interesse* an der Vorlage dartun konnte²¹⁴. Ein solches Interesse wurde allerdings nur unter der Voraussetzung bejaht, dass das Exhibitionsverlangen auf ein betreffend die Sache zustehendes Klagerecht gestützt werden konnte; manche forderten darüber hinaus sogar ein dingliches Recht²¹⁵. Wollte man

208 Nachweise oben S 3f.

209 Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht² 119, 363 und 491; Bürge, SZ (rom Abt) 112, 1 (33).

210 Vgl Blattner, Edition von Urkunden 15.

211 Insofern erscheint es wohl etwas zu kurz gegriffen, wenn die Wurzeln der Urkundenvorlagepflicht nach § 304 Abs 1 Z 2 ZPO im gemeinen Recht verortet werden (vgl Kodek in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 304 ZPO Rz 7 mwH).

212 Mittermaier, Edition von Urkunden 8ff; Huggenberger, Urkundenedition 2; Bürge, SZ (rom Abt) 112, 1 (33).

213 Mittermaier, Edition von Urkunden 26; Demelius, Exhibitionspflicht 270; Goldschmidt, ZHR 19, 341 (385). Siehe dazu auch noch näher unten S 62 mwH.

214 Paulus D 10,4,19: Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Siehe ferner Huggenberger, Urkundenedition 8.

215 Mittermaier, Edition von Urkunden 19. Man sprach vom Erfordernis des *iudicium directum*: Demelius, Exhibitionspflicht 87f (insb 91ff) mit eingehenden Quellen nachweisen; ferner Huggenberger, Urkundenedition 9, und Heldmann, ZZP 26, 407 (420). Die drei zuletzt genannten Autoren haben nur eine *actio ad rem*, also bloß einen dinglichen Anspruch als geeignet abgesehen. Im Ergebnis wohl ähnlich auch Mittermaier (aaO 16), der den Zweck dieser Klage in der Erleichterung des bei der rei vindicatio erforderlichen Beweises sieht. Dementsprechend sprach

das Vorlagebegehren auf diesem Wege geltend machen, so bedurfte es also immer einer *materiellrechtlichen Pflicht als Grundlage*²¹⁶; dementsprechend wurde explizit hervorgehoben, allein der Umstand, dass eine Urkunde *im Interesse des Klägers* errichtet worden war, könne die Vorlagepflicht aus der *actio ad exhibendum* *nicht* auslösen²¹⁷. Erst in den Quellen des gemeinen Rechts – nicht schon im römischen Recht! – wurde das erforderliche rechtliche Interesse dann aus der *Gemeinschaftlichkeit von Urkunden* hergeleitet²¹⁸; darüber wird sogleich zu sprechen sein²¹⁹. Im römischen Zivilprozess war der Anwendungsbereich der *actio ad exhibendum* als Instrument für die eigene Beweisführung jedenfalls sehr eingeschränkt²²⁰.

Eine weitere, im Kontext der anzustellenden Überlegungen durchaus bemerkenswerte Vorlagepflicht war für die so genannten **Argentarii** statuiert. Will man deren Bedeutung richtig einordnen, ist etwas auszuholen. Von der Berufsstellung wohl am Ehesten den heutigen Bankiers vergleichbar gewährten die Argentarii gewerbsmäßig Darlehen, nahmen solche auf oder vermittelten auch fremde Geschäfte²²¹. Rechtspolitischer Zweck dieses Instituts war es, die Verfügbarkeit von Kredit zu erhöhen und den Wucher zurückzudrängen, was nur dann erreicht werden konnte, wenn die Argentarii und ihre Geschäftsgearbung vollstes Vertrauen in der Bevölkerung genossen²²². Aus diesem Grund stellte man sie unter öffentliche Aufsicht und statuierte eine Pflicht zur *Rechnungsführung*²²³: Sämtliche Einnahmen und Ausgaben waren in ein Bankbuch (*codex rationum* bzw. *rationes*) einzutragen; alle Geschäfte, die mit oder unter Vermittlung der Argentarii zustande kamen, sollten »uneingeschränkte Publicität für jeden dabey interessierten Theil haben. Wer sein Vermögen der Bank anvertraut hat, muß immer wissen können, wie es mit diesem Vermögen, wie es mit der Bank

»» sich *Demelius* (aaO 132 ff mwH) daher auch explizit gegen eine Vorlagepflicht von Urkunden aus, wenn diese nicht im Eigentum des Klägers standen.

216 *Demelius*, Exhibitionspflicht 270.

217 *Demelius*, Exhibitionspflicht 132 ff, 250 und 272.

218 *Demelius*, Exhibitionspflicht 270; *Huggenberger*, Urkundenedition 10; *Langenbeck*, Beweisführung III 704.

219 Unten § 3 I.B; S 61 ff.

220 Ebenso *Bürge*, *SZ* (rom Abt) 112, 1 (33).

221 Dazu bloß *Huggenberger*, Urkundenedition 7 FN 7.

222 So auch *Mittermaier*, Edition von Urkunden 40.

223 Dazu und zum Folgenden eingehend *Almendingen*, *PhuGR* 1, 281 (320 ff); *Blattner*, Edition von Urkunden 20 ff.

selbst steht. Er muß daher die Bücher der Bank immer einsehen können²²⁴. Mit prätorischem Edikt²²⁵ wurden sie daher verpflichtet, ihre Rechnungsbücher (bzw die relevanten Teile daraus) **jedem vorzulegen, der mit ihnen in einer Geschäftsverbindung²²⁶ stand** und ein rechtliches Interesse an der Einsicht besaß. Genau genommen wurde damit wohl die obrigkeitliche *Kontrolle der ordentlichen Buchführung* der Argentarier auf die einzelnen Privatrechtssubjekte »ausgelagert« und somit im Ergebnis zugleich intensiviert: Denn musste ein Argentarier damit rechnen, dass seine Rechnungsführung zu jedem Zeitpunkt durch Einsichtsberechtigte überprüft werden konnte, lag darin ein nicht zu unterschätzender, durch obrigkeitliche Überwachung niemals in diesem Ausmaß erzielbarer Ansporn zu akkuraten Aufzeichnungen²²⁷. Der Vorlagepflicht kam insofern also *Kontrollfunktion* zu, so dass man meines Erachtens nicht fehlt geht, den Grund für die Einführung dieser Vorlagepflicht, nicht (allein) in privatrechtlichen, sondern (ebenso) in öffentlich-rechtlichen Überlegungen zu sehen²²⁸.

Die Vorlagepflicht bestand keineswegs nur, um die Bücher zum Beweis im Rechtsstreit gegen den Argentarier selbst zu benutzen, sondern gleichermaßen zur **Beweisführung gegen Dritte²²⁹**. Das erklärte sich daraus, dass ihre Pflicht zur Rechnungsführung – anders als in einem gewöhnlichen Mandatsverhältnis – nicht nur als Nebenpflicht angesehen wurde, sondern eine der Hauptleistungen ihres Geschäfts war; sie diente nicht bloß dazu, die Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Argentarius zu dokumentieren, sie sollte dem Kunden vor allem auch die Möglichkeit geben, seine Forderungen gegenüber Dritten aus den Büchern der Bank, die gleichsam eine öffentliche Urkunde darstellten, zu beweisen²³⁰. Ihnen kam insofern gleichsam

224 *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (326).

225 *Ulpian* D 2,13,1,4 pr: Praetor ait: »argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule.«

226 Ob das Vorliegen einer Geschäftsverbindung tatsächlich Voraussetzung war, ist umstritten; vgl nur *Huggenberger*, Urkundenedition 7; *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (33). Dagegen *Goldschmidt*, ZHR 29, 341 (386 f).

227 *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (90); ebenso auch *Blattner*, Edition von Urkunden 21: Die Einsehbarkeit »ward das Mittel, Gewißheit und Bündigkeit in die Geschäfte zu bringen«.

228 In diesem Sinn auch *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (90).

229 *Huggenberger*, Urkundenedition 7f; *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (33) je mwH. Siehe insb auch *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (92), der davon ausgeht, dass die Vorlagepflicht ursprünglich überhaupt *nur* für Prozesse gegen Dritte angeordnet war.

230 *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (329 f).

eine öffentlich-rechtliche Stellung bzw Funktion zu²³¹. Zudem waren in die zu führenden Bücher nicht nur jene Geschäfte einzutragen, die unmittelbar zwischen dem Argentarier und seinem Kunden zustande gekommen waren, sondern ebenso die vom Argentarier zwischen den Kunden untereinander vermittelten Geschäfte; kam über Vermittlung eines Argentariers ein Geschäft zustande, so wurde beiden Teilen darüber eine Urkunde (*Doublette*) ausgestellt, welche die Eintragung im Bankbuch wiedergab²³².

Um das für ein funktionierendes Kreditwesen essenzielle Vertrauen des Verkehrs in die Institution der Argentarier sicherzustellen, war auch für den Fall vorgesorgt, dass deren Bücher durch Missgeschick oder Zufall unbrauchbar wurden oder verloren gingen²³³. Der *Argentarier* konnte von seinen Kunden die Vorlage der diesen zuvor über die Bucheintragung ausgestellten Urkunden (Doubletten) verlangen²³⁴, um so seiner Rechnungsführungs- und Einsichtspflicht gegenüber anderen Kunden weiterhin nachkommen zu können. Und nicht nur das: Konnten die Bücher des Argentariers nicht eingesehen werden, dann waren auch die **Parteien eines von ihm vermittelten Geschäfts einander wechselseitig zur Vorlage** der jeweiligen vom Argentarier darüber ausgestellten Urkunden (Doubletten) **verpflichtet**; dahinter stand die Überlegung, dass beide Teile ja ein Einsichtsrecht in die Bankbücher hatten und daher auch beiden ein Recht auf Vorlage der Doubletten zustehen musste. Nur aus dieser speziellen Regelung – so wurde betont – sei die in den Quellen anzutreffende *Urkundenvorlagepflicht eines Gläubigers gegenüber seinem Schuldner* herzuleiten.

Aus der Anordnung dieser speziellen Vorlagepflicht für Argentarier wurde der (meines Erachtens ganz einleuchtende) Umkehrschluss gezogen, dass die Vorlage von im Interesse des Klägers errichteten Urkunden eben keineswegs schon mit der *actio ad exhibendum* erreicht werden konnte²³⁵. In den Vorlagepflichten der Argentarier dürfte daher wohl eine der Wurzeln für eine von materiellrechtlichen Ansprüchen unabhängige, somit rein prozessuale Vorlage-/Mitwirkungspflicht

231 *Langenbeck*, Beweisführung III 700 FN a; *Demelius*, Exhibitionspflicht 252; *Mittermaier*, Edition von Urkunden 40; *Goldschmidt*, ZHR 29, 341 (386). Relativierend aber *Gimmerthal*, ACP 54, 81 (89).

232 *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (327); *Blattner*, Edition von Urkunden 21 FN 31.

233 Dazu und zum folgenden *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (332 ff mit Quellennachweisen).

234 *Goldschmidt*, ZHR 29, 341 (387).

235 *Demelius*, Exhibitionspflicht 250 und 252.

auszumachen sein²³⁶. Uneinigkeit bestand allerdings darüber, ob diese Editionsspflicht dem Rechtsgrund der Gemeinschaftlichkeit der Urkunde entspringt oder nicht: Während dies teilweise abgelehnt wurde²³⁷, sahen andere²³⁸ darin sehr wohl »gemeinschaftliche Urkunden im eminenten Sinne des heutigen Rechts«, die nur deswegen gesondert geregelt wurden, weil das römische Recht diese Kategorie noch nicht bzw nur in einer sehr engen Ausprägung (Miteigentum) kannte. Später wurde aus diesen Vorschriften betreffend die Argentarii in den gemeinrechtlichen Quellen teilweise eine allgemeine Vorlagepflicht der Kaufleute hinsichtlich ihrer **Handelsbücher** abgeleitet²³⁹. Der Umstand, dass in diesen Fällen offensichtlich die Rechnungsführungspflicht mit einer darauf gerichteten Vorlagepflicht kombiniert wurde, lässt freilich sogleich Assoziationen zur heute in § 213 UGB statuierten Vorlagepflicht der buchführungspflichtigen Unternehmer aufkommen²⁴⁰; darüber wird noch näher zu sprechen sein²⁴¹.

Mit einer **Konstitution Justinians**²⁴² wurde dann in Analogie zur Aussagepflicht eines Zeugen jeder Urkundeninhaber zur Vorlage verpflichtet, sofern keine Gründe vorlagen, die ihn von der Pflicht zur Zeugenaussage befreit hätten.

Was den Aspekt **der Möglichkeit zur Zurückziehung** eines Beweisangebots betrifft, finden sich für den römischen Zivilprozess – soweit überblickbar – keine konkreten Stellungnahmen. Eine Regel, ob auf ein im Rahmen der editio actionis et instrumentorum bezeichnetes Beweismittel noch verzichtet werden kann, wäre meines Erachtens durchaus nicht abwegig gewesen, zumal hinsichtlich der in der editio

236 Siehe *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (4), der dabei die Rolle der Argentarii beim Zustandekommen von Verträgen herausstreicht.

237 *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 45.

238 *Goldschmidt*, ZHR 29, 29, 341 (386).

239 Siehe etwa *Strippelmann*, Beweis durch Schrift-Urkunden II 310. Kritisch zu dieser Rechtswicklung bzw -fortsetzung jedoch *Mittermaier*, Edition von Urkunden 41 mit Quellennachweisen; siehe ferner *Huggenberger*, Urkundenedition 8. Auch die Vorlagepflichten der Makler und Notare wurden darauf zurückgeführt (*Langenbeck*, Beweisführung III 700).

240 So auch *Blattner*, Edition von Urkunden 24: »Ähnlichkeit unverkennbar«.

241 Unten § 4 V; S 231 ff.

242 »Illi codices vel instrumenta proferre cogantur, qui et testimonium dicere adversus aliquem coguntur.« Dazu näher (und krit) bei *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (340 f); *Blattner*, Edition von Urkunden 26 f (»Verwerflichkeit der fraglichen Konstitution«); *Mittermaier*, Edition von Urkunden 43 f und 48; *Bayer*, Vorträge⁸ 956 je mwn.

actionis bekannt gegebenen Klagsformel nämlich sehr wohl diskutiert wurde, ob dadurch eine Bindung des Klägers an das damit aufgestellte Prozessthema bestand²⁴³. Ein Grund dafür, weshalb die römischen Juristen daran keinen Gedanken verschwendeten, mag vielleicht darin zu sehen sein, dass es nach damaligem Verständnis ihre vornehmliche Aufgabe war, das Gericht durch Überredungskunst und auch unter Einsatz psychologischer Argumente von der Redlichkeit der eigenen Partei zu überzeugen; der Beweis konkreter Tatsachen spielte hingegen nur eine sehr untergeordnete Rolle, so dass man für die Ausbildung einer juristischen Beweislehre im römischen Recht nur einen wenig fruchtbaren Boden vorfand²⁴⁴.

Allerdings scheint es immerhin möglich, bei den rechtsarchäologischen Grabungen in der Römerzeit den historischen Keim für die **Urkundenvorlagepflicht infolge Bezugnahme** zum Zwecke der Beweisführung (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) freizulegen; an den Bezugnahme-Tatbestand knüpft die ZPO heute zwar lediglich eine unbedingte Vorlagepflicht, doch steht er – wie schon angeklungen ist und wie auch die bevorstehende (historische) Analyse noch zeigen wird²⁴⁵ – auch in einem Naheverhältnis zur Zulässigkeit der Zurückziehung des Beweis-Anbots. In Erinnerung zu rufen ist dabei der römische Brauch, so genannte *rationes domestica* zu führen; darunter verstand man Hausbücher, die ein fortlaufendes Verzeichnis sämtlicher Geldgeschäfte, das heißt aller Einnahmen und Ausgaben eines pater familias darstellten²⁴⁶. Sie dienten in erster Linie als Erkenntnisquelle über den Vermögensstand eines Bürgers bei der Steuerbemessung, hatten daneben aber auch eine privatrechtliche Funktion: Ein Eintrag im Hausbuch des Gläubigers war nämlich notwendig für die Begründung der so genannten *litterarum obligatio*²⁴⁷. Klagte der aus einer litterarum obligatio berechnete Gläubiger nun auf Zahlung, musste er sich dabei *auf die Eintragung in seinem Hausbuch beziehen*, weil diese ja den Entstehungsgrund für die Verbindlichkeit bildete. Zugleich konnte das Hausbuch aber ebenso der Beweisführung des Schuldners darüber dienen, dass

243 *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, 1 (13); *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht² 220 f.

244 *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht² 362.

245 Oben S 19 f sowie etwa insb unten § 5 III.A.3; S 267 ff.

246 Dazu und zum Folgenden *Mittermaier*, Edition von Urkunden 52 ff, sowie *Blattner*, Edition von Urkunden 17 ff.

247 Dazu etwa *Müller*, Institutionen 336 ff mwH.

die Schuld gar nicht wirksam begründet worden bzw – da im Hausbuch auch sämtliche Geldeingänge zu verzeichnen waren – dass sie bereits getilgt war²⁴⁸. Man verpflichtete daher den Gläubiger zur Vorlage seines Hausbuches, sofern er sich *darauf bezogen* hatte²⁴⁹. In der Folge dürfte dieses Institut dahin weiterentwickelt worden sein, dass man sich zur Begründung derartiger Verbindlichkeiten einer *neutralen und zuverlässigen Mittelsperson* bediente, in deren Bücher der Geschäftsfall eingetragen wurde, was wohl als die Geburtsstunde des Geschäftsmodells der zuvor besprochenen Argentarier angesehen werden kann²⁵⁰. Im gemeinen Recht bezeichnete man solche Aufzeichnungen in den Hausbüchern dann explizit als einen Anwendungsfall für *gemeinschaftliche Beweismittel*²⁵¹. Bemerkenswert ist daran, dass dieser Vorlagetatbestand (Bezugnahme) *heute* ja an sich nicht mehr als Unterfall der Gemeinschaftlichkeit eingeordnet wird²⁵², sondern als *eigenständiger Tatbestand* normiert ist (vgl § 304 Abs 1 Z 1 ZPO; § 423 dZPO).

Resümierend lässt sich mit Blick auf den römischen Zivilprozess sagen, dass ihm bereits eine dem heutigen Verfahrensrecht entsprechende Beweislastverteilung zugrunde lag, dennoch war der Prozessgegner nicht zur Mitwirkung an der Wahrheitsfindung in Form einer allgemeinen Vorlagepflicht angehalten. Eine solche bestand nur insoweit, als sich entsprechende Ansprüche bereits aus materiellem Recht ergeben hatten, was insbesondere infolge Miteigentums am Beweismittel denkbar war; eben dies war die einzige Situation, für welche im römischen Recht der Begriff der Gemeinschaftlichkeit eingesetzt wurde (*documenta communia*). Zwar bestanden auch davon abgesehen Vorlagepflichten – so betreffend die Rechnungsbücher (*rationes*) der Argentarier und die Hausbücher des *pater familias* (*rationes domestica*) bei Geltendmachung von Ansprüchen aus einer *litterarum obligatio* –, doch griffen die Römer in diesen Fällen in keiner Weise auf die Kategorie der Gemeinschaftlichkeit zurück.

248 Mittermaier, Edition von Urkunden 61; offen lassend aber Gimmerthal, AcP 54, 81 (98 f).

249 Siehe auch Mittermaier, Edition von Urkunden 63.

250 Blattner, Edition von Urkunden 19 f und 23 FN 37.

251 Siehe Mittermaier, Edition von Urkunden 57; Langenbeck, Beweisführung III 709.

252 Zum Meinungsstand siehe auch S 16 f insb FN 64 und S 213 FN 806.

B. Allgemeines Recht

1. Allgemeines

In der gemeinrechtlichen Theorie standen die Fragen rund um die Verpflichtung des Gegners, Beweismittel vorzulegen, und vor allem um die sie auslösende Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels regelrecht in prachtvoller Blüte. Die Diskussion zu diesen Themen wurde überaus breit betrieben, was vermutlich auf zweierlei Umstände zurückgeführt werden kann: Zum einen hatte das gemeine Recht die im römischen Zivilprozess geübte freie Beweiswürdigung aufgegeben²⁵³ und war zu **starrten Beweisregeln** zurückgekehrt²⁵⁴; dies erhöhte naturgemäß die Bedeutung der Verfügbarkeit möglichst aller Beweismittel und folglich das Bedürfnis nach Mitwirkungs-/Vorlagepflichten des Gegners der beweisbelasteten Partei. Zum anderen hatte sich das römische Recht den Fragen zur Urkundenvorlage eben nur sehr dürftig bzw gar nicht gewidmet²⁵⁵, was wohl als weiterer Katalysator für die gemeinrechtliche Diskussion wirkte: Die gemeinrechtlichen Juristen hielten »die Editionslehre für eine der schwierigsten des römischen Rechts²⁵⁶« und erblickten darin ein spannendes Betätigungsfeld. Das Thema wurde sozusagen en vogue und in zahlreichen einschlägigen, bisweilen beachtlich tiefeschürfenden Monographien und Abhandlungen erörtert – meist allerdings wohl beflügelt von einem gewissen blinden Übereifer, der Vorlagepflicht ein möglichst breites Anwendungsfeld zu verschaffen²⁵⁷.

Es hatte sich eine gegenüber weitreichenden Vorlagepflichten generell sehr positive Stimmung breit gemacht, so dass es aus heutiger Sicht wenig verwundert, dass die gemeinrechtliche Doktrin jedes noch so fragile Argument nutzte, um diese voranzutreiben. Dementsprechend wollte man vor allem auch die ganz vereinzelt römischrechtlichen

253 Die Überwindung starrer Beweisregeln und damit der Übergang zur freien Beweiswürdigung können als eine der bedeutendsten rechtsethischen Leistungen der Römer bewertet werden (*Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozeßrecht² 117 f).

254 Anschaulich *Mittermaier*, Edition von Urkunden 58 f.

255 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 4; *Huggenberger*, Urkundenedition 2.

256 *Almendingen*, *PhuGR* 1, 281 (281).

257 Siehe etwa die Kritik beim *Almendingen*, *PhuGR* 1, 218 (290: »unglücklicher Scharfsinn, [...] so etwas in die Titel der Pandecten und des Codes de edendo hineinzuinterpretieren«, »unbegreiflicher Leichtsinns und unerklärbarer Unwissenheit«).

Quellen, die von den schon erwähnten *documenta communia* handeln²⁵⁸, zu diesem Zweck fruchtbar machen: So wurde der ursprünglich nur in einem sachenrechtlichen Kontext gebrauchte (das heißt auf Miteigentum abzielende) Begriff der gemeinschaftlichen Urkunden aufgegriffen und zu einem allgemeinen Tatbestand für die Urkundenvorlagepflicht erhoben. Spätere Autoren haben zwar mehrfach und energisch darauf hingewiesen, dass die bezogenen römischrechtlichen Stellen mit dieser Formulierung ausschließlich im *Miteigentum* stehende Urkunden gemeint hatten²⁵⁹. Die an eine nunmehr viel weiter verstandene Gemeinschaftlichkeit anknüpfende Vorlagepflicht hätte daher – so wurde eingemahnt – keinesfalls eine Grundlage im römischen Recht finden können²⁶⁰, und vor allem nicht in der *actio ad exhibendum*²⁶¹; die Kategorie der gemeinschaftlichen Urkunden wurde als ein »vager, lediglich von der Wissenschaft der zuletzt vergangenen Jahrhunderte gebildeter Begriff« bezeichnet, die daran knüpfende Vorlagepflicht als »falsch, ganz abnorm und [...] durch die Quellen des gemeinen Rechts vollständig ungerechtfertigt²⁶².« Der Gemeinschaftlichkeitstatbestand sei daher »bis zur Ungebühr ausgedehnt« worden²⁶³. Schnell war die gemeinrechtliche Theorie zu dieser Frage allerdings völlig emanzipiert und hatte in der Folge dann auch in nahezu allen Prozessordnungen des Partikularrechts Fuß gefasst²⁶⁴. Es hatte »eine Verflüchtigung des Begriffs ›gemeinsam‹ ins Nebelhafte, Bodenlose hinein«²⁶⁵ stattgefunden; man war »in den Begriff der *communia* sozusagen verliebt«²⁶⁶.

Als Folge des solcherart irgeleiteten Samenflugs aus dem römischen Recht sprießte die Gemeinschaftlichkeit als Frucht auf dem Humus des gemeinen Rechts in voller Pracht – man möchte fast sagen:

258 Siehe insb C 2,1.7 (»Procurator privatae rationis instrumentorum, quae communia tibi esse dicis cum fisco, describendorum facultatem secundum morem fieri iubebit: et si quando res exegerit ad fidem petitionis tuae apud alium iudicem praebendam aliquid eorum proferri, desiderante eo qui convenitur, ut id fiat, praecipiet.«); weitere Nachweise bei *Mittermaier*, Edition von Urkunden 26 FN 31, und *Bayer*, Vorträge⁸ 933.

259 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 26; *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (103).

260 *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (102): »unrichtige Auslegung der betreffenden römischen Gesetzesbestimmungen«.

261 *Demelius*, Exhibitionspflicht 270 ff.

262 *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (102).

263 *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 38.

264 Dazu sogleich § 3 I.C; S 74 ff mit umfassenden Nachweisen.

265 *Demelius*, Exhibitionspflicht 270.

266 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 27.

regelrecht in Wildwuchs. Hier ist nun meines Erachtens die **eigentliche Geburtsstunde** der an die so genannte Gemeinschaftlichkeit von Beweismitteln knüpfenden **prozessualen Mitwirkungspflichten** und der Regeln über die **Zurückziehung von Beweisanboten**, wie wir sie heute im geltenden Verfahrensrecht vorfinden, festzumachen.

2. Inhaltliche Weiterentwicklung des Gemeinschaftlichkeitsbegriff und Erweiterung des Anwendungsbereichs

a. Auf Tatbestandsebene

Einige konkrete Auswüchse, die Folge dieser Entwicklung waren, wurden schon im vorstehenden Abschnitt zum römischen Recht vorweggenommen²⁶⁷; darauf kann verwiesen werden. Nachdem die neue Kategorie der Gemeinschaftlichkeit aus der Taufe gehoben war, hatte man zunächst offensichtlich Schwierigkeiten, ihr handfeste Konturen und **Unterkategorien** zu verschaffen²⁶⁸. Nach und nach erwiesen sich die gemeinrechtlichen Juristen allerdings als durchaus einfallsreich und unterschieden schließlich im Wesentlichen zwischen den folgenden Entstehungsgründen für die Gemeinschaftlichkeit²⁶⁹:

- a. Die Urkunde steht im **Miteigentum** (*ratione corporis*);
- b. Die Urkunde bezieht sich auf ein **mehreren Personen zustehendes Recht** (*ratione materiae*);
- c. Die Urkunde ist **im beiderseitigen Interesse errichtet** worden (*ratione constitutioni instrumenti ad utilitatem communem*);
- d. Die Urkunde ist durch »Production«, womit meist die **Vorlegung bei Gericht** gemeint war, gemeinschaftlich geworden (*ratione usus*); teilweise wurde auch bereits die **Bezugnahme** auf die Urkunde diesem Tatbestand unterstellt²⁷⁰.

Es ist mit Händen greifbar, dass diese im gemeinen Recht entwickelten Tatbestände der Gemeinschaftlichkeit im Kern nahezu unverändert bis

267 Siehe konkret S 55 bei FN 218; S 58 bei FN 239; S 60 bei FN 251.

268 So wurde beklagt, dass das Schrifttum anfangs mit nichtssagenden Definitionszirkeln operierte (*Mittermaier*, Edition von Urkunden 27f).

269 Siehe dazu *Mittermaier*, Edition von Urkunden 26f, und *Huggenberger*, Urkundenedition 10.

270 Dazu näher samt Nachweisen unten S 69 bei und in FN 298.

in das heutige österreichische Verfahrensrecht fortwirken. Teilweise werden sie ausdrücklich im Gesetzestext mit dem Begriff der Gemeinschaftlichkeit etikettiert; dies gilt für die zweit- und drittgenannte Kategorie, die sich in den Tatbeständen des § 304 Abs 2 ZPO (Bekundung gegenseitiger Rechtsverhältnisse und Errichtung im Interesse) wiederfindet. Teilweise sind diese gemeinrechtlichen Tatbestände in der ZPO aber auch anzutreffen, ohne dass der Gesetzeswortlaut von Gemeinschaftlichkeit spricht; dann allerdings bezeichnet immerhin die Lehre dies als Anwendungsfall des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel: So bildet die letztgenannte Kategorie (bei Gericht vorgelegte Urkunden) den Tatbestand des § 302 ZPO, welcher von der einhelligen Auffassung²⁷¹ als Ausdruck eben dieses beweisrechtlichen Prinzips gedeutet wird.

Die rechtsgeschichtliche Spurensuche fördert an dieser Stelle noch eine weitere wesentliche Erkenntnis zutage: Anders als dies für die heutige Rechtslage teilweise vertreten wird²⁷², bestand zwischen den Tatbeständen der beiden mit dem Kriterium der Gemeinschaftlichkeit operierenden Regelungsfragen (**Zurückziehung eines Beweisanbots** einerseits und **Mitwirkungspflicht** andererseits) ursprünglich sehr wohl eine **dogmatische Verbindung**: Denn wie die eben freigelegten historischen Quellen belegen, waren eben jene Tatbestände, die sich heute einerseits in § 302 ZPO (*ratione usus*) und andererseits in § 304 Abs 2 ZPO (*ratione materiae* und *ratione constitutioni instrumenti ad utilitatem communem*) wiederfinden, in der gemeinrechtlichen Lehre Unterkategorien ein und desselben Tatbestands. Spätestens mit diesem historischen Befund erscheint es somit jedenfalls legitim, die Behandlung dieser beiden, in der heutigen Dogmatik nicht mehr unmittelbar miteinander verknüpften Regelungsfragen zusammenzuziehen. Freilich wird im Folgenden besonderes Augenmerk darauf zu richten sein, ob auch der Systematik und Struktur des geltenden Verfahrensrechts noch nach wie vor eine solche Verschränkung inhärent ist²⁷³.

Es ist schon angeklungen (oben S 62), dass die von den gemeinrechtlichen Juristen eingeführte, gegenüber dem römischen Recht gravierend erweiterte Auslegung des Gemeinschaftlichkeitsbegriffes keineswegs einhellig begrüßt wurde. Die **Bedürfnisse und das Rechts-**

271 Nachweise oben S 15 bei und in FN 60.

272 Nachweise oben S 11 FN 47.

273 Dazu vor allem unten § 5 III.A.3; S 267 ff.

gefühl der Praxis schienen jedoch eindringlich nach einer großzügigeren Bejahung von Vorlagepflichten zu verlangen. So sahen es selbst jene Autoren, die das neue und weite Verständnis der Gemeinschaftlichkeit ablehnten, indem sie die strengen römischrechtlichen Schranken weiterhin als maßgebend betrachteten und nicht zu überschreiten suchten, ein, dass es im Ergebnis unbefriedigend war, die Vorlagepflicht im Prozess allein vom Miteigentum an der Urkunde oder von einem schuldrechtlichen Anspruch auf Vorlage abhängig zu machen²⁷⁴. Die Urkundenedition hatte sich nämlich nach wohl einhelliger Auffassung gut bewährt, indem sie »das Schiffllein schon manchen Prozesses durch die erzwungene Urkundenvorlegung aus dem unsicheren Fahrwasser der Zeugenaussagen und Parteieneide in den sicheren Hafen der durch die Urkunde begründeten objektiven Wahrheit vor Anker geführt« hatte²⁷⁵. Dementsprechend bemühte man bisweilen einigermaßen kreative Konstruktionen, um das erwünschte Resultat einer weitreichenden Vorlagepflicht zu erreichen und dabei dennoch gleichzeitig die selbst hochgehaltenen strengen Anforderungen des römischen Rechts erfüllen zu können. *Demelius*²⁷⁶ etwa versuchte, mit einem regelrechten Kunstgriff den Einsatzbereich der Vorlagepflicht zu vergrößern: Auf den Eigentumserwerb an Urkunden könnten – so führte er aus – die Grundsätze des Rechtserwerbs durch Vertreter angewendet werden, so dass über Eigentum oder Miteigentum an einer Urkunde der Wille des Errichters entscheide; jede Urkunde trage somit von ihrer Errichtung her die Widmung zu Eigentum in sich, sei es für den Errichter allein, sei es für eine oder sei es für mehrere Personen. Maßgebend sei somit der Wille des Urkundenverfassers, der entweder ausdrücklich oder aus den Umständen bei der Errichtung erklärt werden könne. So gelang es *Demelius* also immerhin jene Fälle befriedigend im Sinne einer Vorlagepflicht lösen, in denen der *Errichter im Interesse des anderen Teils* tätig geworden war und diesem dadurch Miteigentum verschafft hatte.

Wohl dasselbe Ziel, wenngleich auf einem anderen Weg, verfolgte *Mittermaier*: Auch er sah den in den römischrechtlichen Quellen auftauchenden Gemeinschaftlichkeitstatbestand auf die Fälle des

274 Siehe etwa *Demelius*, Exhibitionspflicht 274, der den »Anforderungen des heutigen Urkundenwesens« eben erst dann zu entsprechen glaubte, wenn sein – im Folgenden sogleich darzustellender – Kunstgriff angewendet wurde.

275 *Heldmann*, ZZP 26, 407 (414).

276 Exhibitionspflicht 272.

Miteigentums beschränkt²⁷⁷, in den nunmehr im gemeinen Recht unter dem Gemeinschaftlichkeitsbegriff neu subsumierten Fällen bejahte er aber dennoch eine Vorlagepflicht, weil hier immerhin ein *rechtliches Interesse* vorlag, welches für die actio ad exhibendum hinreichend war; die Kategorie der Gemeinschaftlichkeit an sich hielt er aber für »unnötig«²⁷⁸.

Bedenkt man den vom gemeinen Recht vollzogenen Auslegungswandel hinsichtlich des Gemeinschaftlichkeitsbegriffs, dann drängt sich noch eine weitere Schlussfolgerung geradezu auf: Erst das im gemeinen Recht aufgekommene, über den Miteigentumstatbestand hinausgehende Verständnis der Gemeinschaftlichkeit machte den Weg frei, diese neue Kategorie nicht nur in Bezug auf Urkunden (*documenta*), sondern auch im Bezug auf andere, nämlich persönliche Beweismittel einzusetzen. Bislang, das heißt nach römischrechtlichem Verständnis, war es ja nicht denkbar gewesen, die Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels anzunehmen, wenn an diesem kein (Mit-)Eigentum bestehen konnte; so schieden insbesondere Zeugen und Sachverständige infolge ihrer Rechtspersönlichkeit als Anwendungsfall aus. Und in der Tat finden sich in den römischrechtlichen Quellen – soweit überblickbar – keine Hinweise darauf, dass persönliche Beweismittel als gemeinschaftlich behandelt worden wären²⁷⁹. Aus der Warte des gemeinen Rechts hingegen war die **Ausdehnung der Gemeinschaftlichkeitslehre auf Zeugen** wohl eine ganz logische und unvermeidbare Konsequenz; zwar kam sie freilich nicht in sämtlichen von der Doktrin gebildeten Fallgruppen in Betracht, man hatte aber keinerlei Schwierigkeiten, etwa die »Production« im Sinne einer Vorlegung bei Gericht ebenso in Bezug auf Zeugen anzunehmen²⁸⁰. Davon zeugt der oft und intensiv diskutierte Rechtssatz *testes et documenta per productionem fiunt communia*²⁸¹. Er wurde in der Folge ebenso auf **Sachverständige**²⁸² und den Beweis durch **Augenschein**²⁸³ zur Anwendung gebracht.

277 Nachweise oben S 62 FN 259.

278 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 28.

279 Mit diesem negativen Befund für den Zeugenbeweis etwa *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (391f), und *Renaud*, AcP 44, 147 (172).

280 Explizit etwa *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (392).

281 Zu diesem etwa *Spangenberg*, AcP 5, 415 (418); *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (383ff); *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (110); *Bolgiano*, ZCivRPr 17, 169 (169); *Hesse*, AcP 23, 1 (1ff); *Renaud*, AcP 44, 147 (147); *Mittermaier*, Edition von Urkunden 27. Siehe dazu auch eingehend sogleich im Text.

282 Explizit *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (393); *Bayer*, Vorträge⁸ 934.

283 *Bayer*, Vorträge⁸ 934.

b. *Auf Rechtsfolgenebene*

Die im gemeinen Recht stark diskutierte und weiterentwickelte Beweis­theorie hatte den Einsatzbereich der Gemeinschaftlichkeit jedoch nicht nur auf Tatbestandsebene ausgebaut, sondern ihr ebenso hinsichtlich der Rechtsfolgen **neue Akzente** hinzugefügt. Es ging nicht mehr allein darum, ob der Gegner verhalten war, ein Beweismittel vorzulegen; auch andere Regelungsprobleme des Beweisrechts versuchte man, mithilfe des Kriteriums der Gemeinschaftlichkeit in den Griff zu bekommen.

Als einen neuen Aspekt der Gemeinschaftlichkeit diskutierte man ausgiebig, ob ein vom Beweisführer »produciertes« Beweismittel tatsächlich auch der Beweisführung des Gegners dienen konnte, ob es also gleichermaßen die Überzeugung des Gerichts vom Gegenteil der vom Beweisführer behaupteten Tatsache herbeiführen konnte. Man berief sich hier ebenfalls auf die mit der »Production« bewirkte, so genannte **Gemeinschaftlichkeit des Inhalts** und erlaubte dem Gericht, das Beweismittel auch zum Nachteil des Beweisführers zu verwerten²⁸⁴. Aus heutiger Sicht liegt in der Verwertbarkeit eines Beweismittels zugunsten und zulasten des Beweisführers freilich eine Selbstverständlichkeit,

284 Zu Urkunden *Mittermaier*, AcP 16, 84 (105); *Renaud*, AcP 44, 147 (152 ff); *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (115 f); *Hagemann*, Practische Erörterungen VII 304 (304); zu Zeugenaussagen *Spangenberg*, AcP 5, 415 (418); *Mittermaier*, aaO 105; *Renaud*, aaO 166; für sämtliche Beweismittel: *Bayer*, Vorträge⁸ 933 f; *Bolgiano*, ZCivRPr 17, 169 (169); explizit gegen eine Herleitung dieser Rechtsfolge aus der Gemeinschaftlichkeit jedoch *Ullmann*, Zivilprozeßrecht² 423. Man berief sich dabei auf die Quellenstelle *Paulus* D 16.3.26.2 (*Linde*, ZCivRPr 6, 383 [386 f]), wonach der Inhalt eines Briefes sowohl als Beweis für die Behauptungen des ihn vorlegenden Empfängers als auch für jene des Verfassers als Beweis dienen kann. Hinsichtlich der prozessualen Details, wann die Verwertung eines solchen Beweismittels zum Vorteil des Gegners zulässig war, entbrannte eine überaus angeregte (aus heutiger Warte allerdings wohl nur als Beleg für den damaligen Stellenwert dieser beweisrechtlichen Themen relevante) Kontroverse über die Reichweite des Gemeinschaftlichkeit: Manche Autoren ließen – als Ausnahme vom Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz – eine Verwertung der vom Gegner angebotenen Beweise zugunsten der Partei nur dann zu, wenn die Partei hinsichtlich der zu beweisenden Tatsachen den Beweis zumindest angetreten hatte, wengleich sie ihn nicht vollständig führen konnte (*Spangenberg*, aaO 419 f); andernfalls, so wurde argumentiert, drohe dem Gegner eine »Ungerechtigkeit«, weil er infolge des ausgebliebenen Beweisantritts der Partei ja »auf einen solchen Angriff nicht vorbereitet war« (*Hesse*, AcP 23, 1 [16]). Andere ließen es bereits genügen, wenn (zur Wahrung der Beweisfrist; vgl dazu sogleich im Text S 70 bei FN 301) die Beweisanrettung erfolgt war, mochte diese völlig erfolglos geblieben sein (*Linde*, aaO 400 f).

die gar nicht mehr mit dem Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit in Verbindung gebracht wird²⁸⁵, dennoch ist ein kurzes Innehalten bei diesem mittlerweile in Vergessenheit geratenen Aspekt der Gemeinschaftlichkeit für das Verständnis der geltenden Rechtslage keineswegs nutzlos: Denn in eben diesem Regelungszusammenhang wurde – soweit überblickbar – erstmals die **Einschränkung** aufgestellt, dass auf eine selbst angebotene Urkunde nicht mehr ohne weiteres **einseitig verzichtet** werden durfte²⁸⁶. Drohten nämlich (zufolge der Gemeinschaftlichkeit) negative Ergebnisse aus der Würdigung der eigenen Urkunde, war es für den Beweisführer freilich verlockend, diesem Nachteil durch ein Fallenlassen des Beweismittels entkommen zu wollen.

Das eigene Beweisanbot konnte sich aber nicht bloß wegen der damit grundsätzlich eröffneten (faktischen) Verwertungsmöglichkeit zum Vorteil Gegners als eine Gefahr entpuppen, sondern noch viel mehr auch deswegen, weil aus der Vorlage des Beweismittels zudem schwerwiegende Schlüsse im Hinblick auf die **Beweiskraft** gezogen wurden. Man knüpfte dazu an eine Konstitution *Justinians*²⁸⁷ aus dem Jahr 537 an²⁸⁸: Nach dieser war der *Schriftvergleich* anhand einer vom Gegner vorgelegten Urkunde jedenfalls statthaft; der Gegner konnte sich dem nicht widersetzen, weil er die Echtheit der selbst vorgelegten *Urkunden* nicht bestreiten durfte. Aus dieser Quellenstelle extrahierte man den allgemeinen Gedanken, dass eine Partei die Beweiskraft von Urkunden, auf die sie sich zum Zweck der eigenen Beweisführung berufen hatte, nicht in Abrede stellen konnte²⁸⁹. Diesen Rechtssatz übertrug man in der Folge auf die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines *Zeugen*; er sollte sogar dann eingreifen, wenn sich die Partei des Zeugen nur in einem früheren Prozess bedient hatte²⁹⁰ (es sei denn, es konnte eine

285 Dazu schon oben S 7 bei FN 34 mit Nachweisen.

286 Zur damaligen Diskussion eingehend *Renaud*, AcP 44, 147 (160 ff mwN). Siehe auch *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (387 f); *Bolgiano*, ZCivRPr 17, 169 (169 f). Besonders deutlich tritt der Zusammenhang zwischen diesen beiden Regelungsfragen ferner etwa bei *Mittermaier*, AcP 16, 84 (105), zutage.

287 Novella 49,2,1: »Cui enim ipse credidit et quod protalit [is contra quem] et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset [accusandum] neque prohibeat comparisonem litterarum ad eum fieri, licet contingat esse documentum manu cuiuscumque conscriptum. Non enim ipse sibi resistit et quae affirmavit haec accusabit.«

288 *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (384); *Hesse*, AcP 23, 1 (2 f); *Renaud*, AcP 44, 147 (149).

289 *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (385, 388 und 392 f); *Renaud*, AcP 44, 147 (149 ff).

290 Siehe etwa *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (392); *Hesse*, AcP 23, 1 (6).

danach entstandene Feindschaft oder Bestechung dargelegt werden²⁹¹). Man verpackte diesen Gedanken in den griffigen Rechtssatz, dass mit der »Production« eines Beweismittels dessen Gemeinschaftlichkeit eintrete (*testes et documenta per productionem fiunt communia*)²⁹², so dass dessen *Echtheit/Glaubwürdigkeit* gleichsam als *anerkannt* zu gelten habe²⁹³. Teilweise wurde die Vorlage der Urkunde auch explizit als ein *Geständnis* des Beweisführers über den darin verbrieften Inhalt betrachtet²⁹⁴; eine Zurückziehung des Beweismittels hatte demzufolge einen *Widerruf des darin liegenden Geständnisses* bedeutet²⁹⁵.

Die Kategorie der Gemeinschaftlichkeit wurde von den gemeinrechtlichen Juristen somit auch als nützliches Werkzeug eingesetzt, um die starren Beweisregeln etwas zu verfeinern. Im Einzelnen war angesichts der regen Diskussion freilich wiederum umstritten, wie der Begriff der »Production« in diesem Zusammenhang auszulegen war, welcher konkrete Moment hierfür also maßgebend sein sollte: Manche wollten die Gemeinschaftlichkeit erst mit *Vorlegung* der Urkunde (*Realproduction*²⁹⁶) bzw nach der Abhörung des Zeugen zu bejahen²⁹⁷; andere bereits mit der *Bezugnahme* zum Zwecke der Beweisführung²⁹⁸.

Wesentlich erscheinen die damit aufgezeigten (neuen) Aspekte der Gemeinschaftlichkeit nun vor allem im Hinblick auf die zum geltenden Recht bereits eingangs²⁹⁹ aufgezeigte Unklarheit über den Nutzen der Zurückziehung des eigenen Beweisanbots. Wie schon dargelegt wurde, besteht ja schließlich für den Gegner des Verzichtenden stets die Möglichkeit, eben jenen Zeugen, auf den verzichtet wurde, selbst anzubieten bzw die Vorlage der Urkunde des Verzichtenden zufolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) zu beantragen; trotz des Verzichts ist das Beweismittel für den Gegner des Verzichtenden also keineswegs verloren. Der Verzicht bzw – genauer gesagt – die Einschränkung seiner

291 Vgl *Renaud*, AcP 44, 147 (150) mwH.

292 Kritisch zu dieser Schlussfolgerung aber *Hesse*, AcP 23, 1 (2 und 7: In dieser Konstitution stehe »nicht eine Sylbe von Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel«).

293 Explizit *Mittermaier*, AcP 16, 84 (105), und *Renaud*, AcP 44, 147 (151). Siehe auch *Bolghiano*, ZCivRPr 17, 169 (170).

294 *Bolghiano*, ZCivRPr 17, 169 (177).

295 In diesem Sinn explizit etwa *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (383).

296 *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (383); *Bolghiano*, ZCivRPr 17, 169 (184).

297 *Hesse*, AcP 23, 1 (9 ff); *Bolghiano*, ZCivRPr 17, 169 (177).

298 Zu dieser Diskussion samt Nachweisen siehe *Hesse*, AcP 23, 1 (7); *Renaud*, AcP 44, 147 (151).

299 Dazu schon oben S 16f zum Urkundenbeweis und S 18 zum Zeugenbeweis.

Zulässigkeit steht damit im Verdacht der **Funktionslosigkeit**. Die vorstehend dargelegten Zusammenhänge erlauben aber meines Erachtens das damit verbundene methodische Dilemma zumindest aus der Warte des gemeinen Rechts aufzulösen. Zwar finden sich zu dieser Problematik der drohenden Funktionslosigkeit im gemeinen Recht – soweit überblickbar – ebenso wenig konkrete Stellungnahmen (was angesichts der Dichte und Intensität der seinerzeitigen Diskussion durchaus überrascht). Eine plausible Lösung scheint aber dennoch greifbar: Zum einen könnte relevant gewesen sein, dass im gemeinen Zivilprozess sowohl dem Beweisführer als auch dem Gegner für die Führung des (Gegen-)Beweises – im Gegensatz zur heutigen Rechtslage (vgl § 275 ZPO³⁰⁰) – ganz generell eine **Beweisfrist** gesetzt wurde, nach deren Ablauf die Bezeichnung neuer Beweismittel unzulässig war³⁰¹. Damit wäre nun in der Tat nicht ausgeschlossen gewesen, dass der Beweisführer durch Zurückziehung des eigenen Beweisanbots auch seinem Gegner die Beweisführung mit Hilfe dieses Beweismittels endgültig abschneidet, nämlich immer dann, wenn die Zurückziehung erst nach Ablauf der dem Gegner des Verzichtenden gesetzten Beweisfrist erfolgt und ein eigenes Beweisanbot somit bereits präkludiert gewesen wäre³⁰².

300 Danach kann die Aufnahme angebotener Beweise nur dann verweigert werden, wenn bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Zweifel darüber besteht, dass durch das Beweisanbot der Prozess verschleppt werden soll, und die Aufnahme der Beweise die Erledigung des Prozesses erheblich verzögern würde.

301 Siehe etwa nur *Osterloh*, Lehrbuch I 361f; *Renaud*, Lehrbuch² 256ff; *Bayer*, Vorträge⁸ 926 (insb 929). Heute wird unter der Beweisbefristung hingegen etwas anderes verstanden, nämlich dass das Gericht für die Aufnahme *eines bereits angebotenen Beweises* eine Frist setzt (siehe bloß *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 279 ZPO Rz 1f). Diese Beweisbefristung setzt einen Antrag voraus sowie, dass der Beweisaufnahme ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen steht, die Ausführbarkeit einer Beweisaufnahme zweifelhaft ist, oder die Beweisaufnahme außerhalb des Geltungsgebietes der ZPO erfolgen soll. Wird kein Antrag auf Fristsetzung gestellt, muss das Gericht das *Ergebnis der Beweisaufnahme abwarten, wie lange diese auch dauern mag*.

302 Diesen Gedanken verfolgen auch *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (130f), *Hesse*, AcP 23, 1 (10), und *Strippelmann*, Beweis durch Schrift-Urkunden II 91f. Ersterer verneint aber die Geltung von Beweisfristen im gemeinen Recht, Letzterer gelangt zum gegenteiligen Ergebnis, weil er annimmt, dass dem Gegner in einem solchen Fall (Zurückziehung des Beweisanbots durch den Beweisführer nach Ablauf der Beweisfrist für den Beweisgegner) die »Restitution nicht versagt werden kann«; in diesem Punkt aA wohl *Bayer*, Vorträge⁸ 934. Mangels sonstiger Stellungnahmen zu dieser Frage lässt sich allerdings kaum feststellen, ob *Hesse* diesbezüglich eine Mindermeinung vertreten hat.

Zum anderen und vor allem ist zu bedenken, dass das gemeine Recht mit **starrten Beweisregeln** operierte, ihm also eine freie Beweiswürdigung durch das Gericht weitgehend fremd war. Die Frage, ob ein Beweismittel nach wie vor als vom Beweisführer im förmlichen Sinne »produciert« anzusehen war oder infolge einer wirksamen Zurückziehung des Beweisanbots eben nicht mehr, erlangte in diesem normativen Umfeld – wie eben zuvor dargelegt – für die eigene Beweisführung tatsächlich ganz entscheidende Bedeutung: War das Beweismittel nach wie vor als vom Beweisführer »produciert« anzusehen und stützten die Ergebnisse aus der Beweisaufnahme aber die Behauptungen des Gegners, galt der Beweis automatisch als erbracht (voller Beweis)³⁰³; der Beweisführer hatte keinerlei Möglichkeit mehr, das Gericht mithilfe weiterer Beweise dennoch von der Richtigkeit seiner Behauptung zu überzeugen. In Ermangelung einer freien Beweiswürdigung im gemeinen Recht war es also höchst bedeutsam, ob der Verzicht des Beweisführers als wirksam anzusehen war oder nicht, denn davon hing unmittelbar die Beweiskraft des Beweismittels ab. Die Beschränkungen der Möglichkeit zur Zurückziehung des eigenen Beweisanbots scheinen somit also jedenfalls zumindest im gemeinen Recht vom methodischen Makel der Funktionslosigkeit frei gewesen zu sein. Der Frage, inwiefern dies auf die geltende Rechtslage, die ja bekanntlich die starren Beweisregeln überwunden hat, übertragen werden kann, wird noch nachzugehen sein³⁰⁴.

Der Beleg dafür, dass ein Fallenlassen des Beweismittels in der Tat nicht uneingeschränkt zulässig sein durfte, wurde aus einer konkreten Quellenstelle hergeleitet, welche (im Hinblick auf die späteren Überlegungen) durchaus erwähnenswert erscheint³⁰⁵: Man berief sich dazu auf § 28 des **Reichsdeputationsabschieds von 1600**, welcher die Hinterlegung der Ergebnisse aus einer Beweissicherung (*ad perpetuam rei memoriam*) regelte; danach durfte die hinterlegte Schriftrolle (*Rotul*) nicht willkürlich zurückgefordert werden, sondern eben nur mit Einwilligung des Gegners.

303 Deutlich in diesem Sinne etwa § 442 der Großherzoglich Badischen Proceßordnung von 1832; dazu siehe unten § 3 I.C.7; S 83 f. Siehe ferner auch Art 375 der Bayerischen Prozessordnung 1869; dazu unten § 3 I.C.2.b; S 76 ff.

304 Unten § 5; S 253 ff.

305 Dazu (mit wörtlicher Wiedergabe der Quellenstelle) *Hesse*, AcP 23, 1 (8).

Es setzte sich somit die Auffassung durch, dass die einseitige Zurückziehung eines Beweisanbots, also ein Fallenlassen des Beweismittels, nur beschränkt zulässig war³⁰⁶, wofür sich die Kategorie der Gemeinschaftlichkeit wiederum als ein taugliches Differenzierungskriterium anbot. Überaus kontrovers war jedoch, **ab welchem Moment** »der Produzent seinem Gegner die Vortheile aus der Gemeinschaftlichkeit [des Beweismittels] durch [dessen] Fallenlassen nicht mehr zu entziehen« vermochte³⁰⁷. Dazu wurden – nachdem die Diskussion rund um alle Fragen der Gemeinschaftlichkeit ja lange Zeit en vogue war³⁰⁸ – verschiedenste Standpunkte eingenommen. Aus den zahlreichen Stellungnahmen sind hier vor allem folgende Ansätze hervorzuheben: Für *Urkunden* wurde von manchen auf die so genannte »Realproduction«, also die *tatsächliche Vorlegung* bei Gericht abgestellt; andere konkretisierten dies dahin, dass maßgebend sei, ob die Urkunde *Teil der Gerichtsakten* geworden ist, weil der Beweisgegner ab diesem Zeitpunkt die Befugnis hatte, sich auf das Beweismittel zu berufen³⁰⁹. Wieder andere hielten schon die (*förmliche*) *Bezugnahme* auf die Urkunden zum Zweck der Beweisführung für entscheidend³¹⁰. Betreffend den *Zeugenbeweis* wurde angenommen, dass der Beweisführer den eigenen Zeugen nur solange fallen lassen konnte und dadurch die Nachteile nur solange abzuwenden vermochte, bis der Richter im Stande war, die Ergebnisse der Beweisführung zu prüfen, mit anderen Worten bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Zeuge einvernommen wurde³¹¹.

Aus Sicht des **heutigen Beweisrechts** mag die im gemeinen Recht intensiv geführte Diskussion zu den beiden zuletzt besprochenen Regulationsfragen vielleicht obsolet erscheinen. Der Abschied von den starren

306 Dies wurde selbst von jenen anerkannt, die es – entgegen der damals herrschenden Auffassung – ablehnten, dies mit dem Rechtsinstitut der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in Verbindung zu bringen; so etwa *Hesse*, AcP 23, 1 (8f: allgemeiner Rechtsgrundsatz).

307 *Renaud*, AcP 44, 147 (160f).

308 Vgl schon oben S 61.

309 In diesem Sinn *Hesse*, AcP 23, 1 (10ff), und *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (117ff). Ablehnend gegenüber diesem Ansatz, im Kern aber wohl doch sehr ähnlich *Renaud*, AcP 44, 147 (161), der es als entscheidend ansah, dass das Stadium erreicht ist, in welchem »das Beweismaterial als ein von der Partheien-Willkür unabhängiges der richterlichen Prüfung unterbreitet ist und demnach ein Fallenlassen eines Beweismittels durch eine Partei insofern an der Actenlage nichts zu ändern vermag [...]«.«

310 *Renaud*, AcP 44, 147 (151); *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (393ff, insb 397) mwH.

311 *Renaud*, AcP 44, 147 (172ff).

Beweisregeln und die Rückkehr zur (bereits im römischen Recht entwickelten³¹²) freien Beweiswürdigung haben den vielen feinsinnigen Differenzierungen zu einer abgestuften, von der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels abhängigen Beweiskraft den Anwendungsbereich genommen; heute hat das Gericht bei seiner Überzeugungsbildung die Ergebnisse der gesamten Verhandlung zu berücksichtigen (*Verhandlungswürdigung*³¹³; § 272 ZPO), so dass es sich verbietet, ihm hinsichtlich der Beweiskraft eines Beweismittels feste Regeln an die Hand zu geben, die an Kriterien wie etwa die zu einem bestimmten Zeitpunkt eintretende Gemeinschaftlichkeit anknüpfen. Allerdings wird sich noch zeigen, dass die Reminiszenz an die einschlägigen Forschungen der gemeinrechtlichen Juristen doch immerhin hilft, mittlerweile vielleicht nicht mehr ganz offensichtliche Zusammenhänge freizulegen und so weitere Konturen des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zutage zu fördern. Darauf wird zurückzukommen sein³¹⁴.

3. Resümee

Als Resümee zeigt sich, dass sich die voranstehende rechtshistorische Expedition ins gemeine Recht sicherlich nicht als unverhältnismäßig detailliert erweist, zumal die heutige Lehre von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel dort ihre Wurzeln findet. Die einschlägige Diskussion unter den gemeinrechtlichen Juristen hatte sich an einer Fehlinterpretation einzelner römischrechtlicher Quellen zum Urkundenbeweis entsponnen und avancierte offensichtlich zu einem regelrechten literarischen Modetrend. Rasch erhielt sie eine gewisse Eigendynamik, koppelte sich von den römischrechtlichen Quellen weitgehend ab und mündete schließlich in der sehr extensiven Auslegung des Gemeinschaftlichkeitsbegriffs; um diesen Begriff herum entwickelte sich eine beweisrechtliche Systematik von Tatbeständen und Rechtsfolgen mit einem überaus breiten Anwendungsbereich.

Ausgehend vom Urkundenbeweis hatten sich in der gemeinrechtlichen Dogmatik zunächst die folgenden vier Fallgruppen der Gemeinschaftlichkeit herausgebildet: (a) Miteigentum, (b) Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses, (c) Urkundenerrichtung im beider-

312 Nachweise oben S 61 FN 253.

313 Siehe bloß *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² Vor § 266 ZPO Rz 5.

314 Dazu insbesondere unten § 5 III.B; S 269 ff.

seitigen Interesse und (d) Vorlegung/Production bei Gericht. Diese Erweiterung des Gemeinschaftlichkeitsbegriffs brachte auch die Ausdehnung seines Anwendungsbereichs auf andere Beweismittel (über den Urkundenbeweis hinaus) mit sich.

Als bemerkenswert lässt sich dabei zweierlei festhalten: Zunächst wird klar, dass die heute nicht mehr bewusst miteinander in Verbindung gebrachten Erscheinungsformen der Gemeinschaftlichkeit (eingeschränkte Zurückziehung von Beweisanboten einerseits und Mitwirkungspflicht andererseits) in ein und demselben Rechtsgedanken des gemeinen Rechts wurzeln. Dass die heutige Zivilverfahrensdogmatik in beiden Zusammenhängen auf den Terminus der Gemeinschaftlichkeit rekurriert, ist also keineswegs nur die zufällige Verwendung ein- und derselben Begrifflichkeit für unterschiedliche Rechtsideen. Ferner ist herauszustreichen, dass die im gemeinen Recht formulierten Unterkategorien der Gemeinschaftlichkeit allesamt in den Tatbeständen des geltenden Rechts fortwirken, wenngleich sie heute teilweise nicht mehr mit dem Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit in Verbindung gebracht werden (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO). Die Ergebnisse dieser Reise zu den Ursprüngen der Gemeinschaftlichkeit vermögen daher bei der Auslegung des geltenden Verfahrensrechts fraglos nützliche Hilfe zu leisten.

C. Partikularrechte und Kodifikationen

1. Vorbemerkungen

Die im gemeinen Recht entwickelten Grundsätze der Beweislehre wurden in den Partikularrechten weitgehend übernommen³¹⁵. Allerdings präsentieren die einzelnen Verfahrensordnungen eine überaus breite Palette an **äußerst unterschiedlichen Ausgestaltungen der Gemeinschaftlichkeit**, und zwar sowohl was den Tatbestand, als auch was die Rechtsfolgen betrifft. Diese Vielfalt ist zweifellos dem Umstand geschuldet, dass die im gemeinrechtlichen Schrifttum ambitioniert geführte Kontroverse bis zuletzt offensichtlich zu keiner einhellig oder auch nur überwiegend anerkannten Sichtweise geführt hatte. So spiegelte sich wohl nahezu das gesamte Meinungsspektrum des gemeinen

315 Dies stellt explizit etwa *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (384), fest. Siehe dazu im Einzelnen auch die nachstehende Darstellung.

Rechts in den einschlägigen Bestimmungen der Partikulargesetzgebungen wieder. Aus den zahlreichen Verfahrensordnungen sind im Folgenden nur einige wenige herauszugreifen, die besonders geeignet erscheinen, für das Verständnis des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel im geltenden österreichischen Verfahrensrecht Aufschluss geben zu können.

2. Bayerisches Recht

a. *Codex juris Bavarici judiciarii*

Der Codex juris Bavarici judiciarii von 1753 atmete den Geist der gemeinrechtlichen Doktrin von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel überaus spürbar: Darin war sowohl eine Einschränkung für die Zurückziehung von Beweisanboten statuiert, als auch Vorlagepflichten des Beweisgegners und Dritter hinsichtlich von Urkunden. Gerade jene Details, die im gemeinen Recht umstritten waren, wurden in den eher allgemein gehaltenen Regeln aber weitgehend offen gelassen.

Der **Verzicht** auf den angebotenen *Urkundenbeweis* war insofern eingeschränkt, als »dasjenige, was Originali vel Copia schon einmal bey Gericht zum Beweis übergeben worden [war], von dem Producenten ohne Bewilligung des Gegentheils nicht wiederum zurück genommen werden [konnte], sondern [es] dient[e] auch diesem [...] allenfalls zur Gegenprob« (Cap 11 § 5)³¹⁶. Damit trat die Gemeinschaftlichkeit von *Urkunden* also erst mit jenem Zeitpunkt ein, in dem die Urkunde Teil des Akteninhalts geworden war; die bloße Bezugnahme war nicht ausreichend³¹⁷. Deutlich wird darin ferner, dass die Beschränkung der Zulässigkeit des Fallenlassens auch den Zweck verfolgte, dem Gegner die Möglichkeit zu sichern, das Beweismittel auch für die eigene Beweisführung (»zur Gegenprob«) nutzen zu können.

Beim *Zeugenbeweis* durfte der Beweisführer »von der vorgeschlagenen Gezeugenschaft vor beschehener Realproduction allzeit wiederum, nachhero aber ohne Bewilligung des Gegentheils nicht mehr abstehen, es seye denn, daß er zugleich von dem Beweis völlig abstehen woll[t]e« (Cap 10 § 9). Eine Antwort auf die Frage, was unter Realproduction eines Zeugen zu verstehen ist, blieb das Gesetz jedoch schuldig.

³¹⁶ Wiedergegeben etwa bei *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (404).

³¹⁷ Mit demselben Befund *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (405).

Die **Mitwirkungs-/Vorlagepflichten** hinsichtlich von *Urkunden* waren sehr weitreichend: Der »*Kläger* war schuldig, alle in Händen habende Briefschaften ohne Unterschied, ob er sie selbst in dem Proceß für sich gebrauchen wolle, oder nicht, dem Beklagten zu seiner Defension, und damit er seine Exceptiones daraus beweisen möge, auf Begehren zu ediren, ausgenommen wenn selbe zu sein des Klägers eigener Schand gereichen [...].« Dagegen war »der *Beklagte* dem Kläger Documenten zu ediren nicht schuldig, außer wenn selbe dem letzteren zugehörig, oder wenigst gemeinschaftlich seynd, oder wo er solche zum Beweis seiner Replik nöthig hat, oder wo es sonst der Richter für billig zu seyn finden würde. Desgleichen mag auch ein *dritter Briefsinhaber* zu Edition nicht angehalten werden, wenn er nicht dem anrufenden Theil zugehörig, oder wenigst gemeinschaftlich ist« (Cap 11 § 6).

Betreffend die Urkundenvorlagepflicht hatte die Kategorie der Gemeinschaftlichkeit also ebenfalls im Gesetz Fuß gefasst, jedoch hier wiederum ohne dass ihr eine exakte Kontur verliehen worden wäre; wann eine Urkunde als gemeinschaftlich zu betrachten war, ließ das Gesetz offen.

b. *Prozessordnung von 1869*

In der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern aus dem Jahr 1869 wurden die einschlägigen Bestimmungen des Codex juris Bavarici iudiciarii etwas konkreter gefasst³¹⁸. Jeder Partei stand »das Recht zu, von ihr vorgeschlagene **Beweis- oder Gegenbeweismittel wieder fallen zu lassen**; [waren] aber Urkunden mitgetheilt, [waren] Zeugen oder Sachverständige als solche der Gegenpartei bereits bekannt gegeben, oder [war] ein Augenschein bereits begonnen, so [konnte] auf diese Beweismittel einseitig nicht mehr verzichtet werden« (Art 337). Besonders erwähnenswert ist – vor dem Hintergrund der schon zum gemeinen Recht angestellten Überlegungen zur ratio der beschränkten Möglichkeiten der Zurückziehung³¹⁹ – ferner die folgende Bestimmung: »Wer eine Urkunde zum Beweise für sich [...] vorlegt, erkennt damit die Aechtheit der ganzen Urkunde an« (Art 375).

318 Teilweise wiedergegeben etwa bei *Huggenberger*, Urkundenedition 14 f; ferner online abrufbar unter <<https://ia600407.us.archive.org/33/items/prozessordnungioogergoog/prozessordnungioogergoog.pdf>>.

319 Oben S 71.

Hatte »eine Partei eine Urkunde als Beweismittel bezeichnet und der Gegenpartei mitgeteilt, ohne sie in der Sitzung zur Vorlage zu bringen, so [konnte] die Gegenpartei welche diese Urkunde als Beweismittel für sich benützen [wollte], von ihr deren **Herausgabe verlangen**.« Außerdem konnte »jede Partei die Herausgabe einer zum Beweise oder zur Schriftvergleichung erforderlichen Urkunde von der Gegenpartei, wie auch von dem Dritten Besitzer verlangen, wenn ihr das Eigenthum oder Miteigenthum an der Urkunde [zustand], oder die Urkunde *ihrem Inhalte nach eine gemeinschaftliche*« war. Kraft gesetzlicher Definition galten als dem Inhalte nach gemeinschaftlich »Urkunden für die Personen, in deren Interesse sie errichtet oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet [waren]. In diesem Sinn [waren] namentlich die über ein Rechtsgeschäft gepflogenen schriftlichen Verhandlungen unter den Beteiligten gemeinschaftliche Urkunden« (Art 386). Verweigerte eine Partei die Herausgabe der Urkunde »ohne hinreichenden Grund, so [war] der angegebene Inhalt als wahr [...] anzunehmen.« (Art 389 Abs 1).

An den Bestimmungen der Bayerischen Prozessordnung 1869 fällt zunächst auf, dass sich die Bestimmung betreffend die **Zurückziehung des Beweisanbots** (»Fallenlassen«) *im allgemeinen Teil des Beweisrechts* findet; gegenüber dem Codex juris Bavarici iudiciarii, welcher Derartiges nur für den Urkundenbeweis vorgesehen hatte, wurde also der Anwendungsbereich dieser Regel auf alle Beweismittel erweitert und eine *abstrahierende Regelung* festgeschrieben. Zudem findet sich – was soweit überblickbar eine Seltenheit darstellte – die ausdrückliche Bestimmung, dass mit der Vorlage einer Urkunde deren *Echtheit vom Beweisführer anerkannt* wird; dies bestätigt die schon zum gemeinen Recht aufgestellte Vermutung³²⁰ über die eigentliche Stoßrichtung der Beschränkung der Möglichkeiten, das selbst vorgelegte Beweismittel wieder fallen zu lassen: Diese Restriktion diene dazu, die starre Beweisregel des Art 375 nicht ins Leere laufen zu lassen; denn danach war die Echtheit der Urkunde ja nur solange zugestanden, als die Urkunde als vom Beweisführer vorgelegt anzusehen war. Wäre die Zurückziehung des Beweisanbots uneingeschränkt möglich gewesen, hätte der Beweisführer damit die sich aus der Beweisregel ergebende (und möglicherweise zu seinen Lasten wirkende) Echtheitsvermutung jederzeit

320 Oben S 71.

beseitigen können. Es liegt sohin die Schlussfolgerung überaus nahe, dass die Beschränkung des »Fallenlassens« eben verhindern sollte, dass der Urkundenvorleger die Vermutung der Echtheitsanerkennung einseitig wieder beseitigen konnte.

Was die **Vorlagepflichten** betrifft, schränkte die Bayerische Prozessordnung 1869 den Anwendungsbereich ein: Die umfassende Vorlagepflicht des Klägers, wie sie der Codex juris Bavarici iudiciarii kannte, wurde beseitigt und durch konkrete Vorlagetatbestände ersetzt. Hier ist bemerkenswert, dass die *Bezugnahme* auf eine Urkunde als Vorlagetatbestand anerkannt war, sich dieser Tatbestand aber – in Abkehr zum gemeinrechtlichen Satz *testes et documenta per productionem fiunt communia*³²¹ – vom Gemeinschaftlichkeitsbegriff losgelöst hatte. Dies entspricht im Übrigen exakt der Systematik der geltenden heimischen ZPO³²². Zudem findet sich noch eine weitere Parallele zum geltenden österreichischen Recht: Die Formulierung der Gemeinschaftlichkeitsdefinition ist dem § 304 Abs 2 ZPO nahezu ident.

3. Sächsische Prozessgesetze

Verhältnismäßig konkrete Vorschriften zur Möglichkeit, das **Beweisangebot zurückzuziehen**, enthielten die sächsischen Prozessgesetze³²³: Nach manchen Verfahrensordnungen (Gothaische Gerichts- und Prozeßordnung von 1776 sowie Altenburger Prozeßordnung von 1744) durfte der Beweisführer die angebotenen *Zeugen* bloß »vor ihrer Vorladung fallen lassen«; andere erlaubten die Zurückziehung solange, als die Zeugen »zur Abhör noch nicht vereidet« waren. Für *Urkunden* war grundsätzlich die »Production« als entscheidender Moment festgeschrieben; vereinzelt wurde in den Prozessgesetzen aber auch bereits auf die »Induction der Urkunde«, also wohl auf die Bezugnahme abgestellt.

321 Zur Subsumtion der Bezugnahme auf ein Beweismittel unter diesen Rechssatz im gemeinen Recht oben S 72 bei FN 310.

322 Dazu näher unten § 4 III.B.5; S 212 ff.

323 Dazu und zum Folgenden näher samt Nachweisen *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (402).

4. Österreichische Allgemeine Gerichtsordnung

Die österreichische AGO von 1781³²⁴ folgte bekanntlich noch weitgehend dem Modell des gemeinen Prozesses³²⁵. Umso mehr überrascht es, dass sie **keinerlei ausdrückliche Erwähnung gemeinschaftlicher Beweismittel** enthielt. Überhaupt kannte die AGO **keine Urkundenvorlagepflicht**³²⁶.

Dennoch wendete das Schrifttum³²⁷ das Gemeinschaftlichkeitskriterium an – und das offensichtlich sogar mit einer gewissen Selbstverständlichkeit –, indem man der Auffassung war, »daß aus denselben von einem Theile gebrauchten Beweismitteln auch der Gegner den Beweis oder Gegenbeweis [...] herstellen [konnte]. Durch die Production [wurden] die Beweismittel beiden Theilen gemeinschaftlich (probationes fiunt communes). Die Zeugen und die Urkunden, auf welche sich der Kläger in einigen [gemeint wohl: »eigenen«] Umständen oder Behauptungen [berufen hatte, mussten] auch dem Geklagten zur Widerlegung derselben [...] dienen.« Es stand »nun dem [Beweisführer] nicht mehr frey [...], jene Zeugen, von denen er vielleicht eine ungünstige Aussage besorgt[e], zum Nachteil des [Beweisgegners] **fallen zu lassen.**«

Auffällig ist hier, dass die gemeinrechtliche Rechtsidee von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel ohne jeglichen Anhaltspunkt im positiven Recht weiter am Leben gehalten wurde. Allerdings beschränkte sich ihr Einsatzgebiet auf die Frage der Zulässigkeit der Zurückziehung eines Beweisanbots; da ganz generell keine Pflicht zur Vorlage von Urkunden und noch viel weniger von anderen Beweismitteln mehr vorgesehen war, konnte dort das Gemeinschaftlichkeitskriterium auch nicht relevant werden.

Für die Zurückziehung eines Beweisanbots wurde der verhältnismäßig **strenge Standpunkt** vertreten, schon allein die **Berufung** auf ein Beweismittel ziehe dessen Gemeinschaftlichkeit nach sich und beseitige die Möglichkeit, das Beweisanbot fallen zu lassen. Im Anwendungsbereich der AGO war dies für Urkunden möglicherweise mit dem Umstand zu erklären, dass alle Urkunden sogleich mit der Behauptung

324 Allgemeine Gerichtsordnung für Böhmeim, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob, und unter der Ennß, Steyrmarkt, Kärnten, Krain, Görz, Gradiska, Triest, Tyrol und die Vorlanden, JGS 13/1781.

325 Siehe bloß *Fasching*, Lehrbuch² Rz 34 mwH.

326 Mit diesem Befund auch *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (107).

327 *Pratobovera*, Materialien II 74 f.

jener Tatsachen, welche durch sie erwiesen werden sollten, vorgelegt werden mussten³²⁸. An die Berufung auf eine Urkunde war demnach also die sofortige Vorlagepflicht gekoppelt, weshalb es wohl angezeigt erschien, die Wirkungen der üblicherweise erst mit der Vorlage eintretenden Gemeinschaftlichkeit schon an die Berufung auf die Urkunde zu knüpfen; andernfalls – so wohl das dahinter stehende Argument – hätte sich der Beweisführer durch Nichtentsprechung einen Vorteil verschaffen können. Darin liegt sicherlich ein Gedankengang, der für das geltende österreichische Verfahrensrecht von Interesse sein könnte: Auch hier ergibt sich ja – wie schon erwähnt³²⁹ – aus der unbedingten Vorlagepflicht nach § 304 Abs 1 Z 1 ZPO zumindest mittelbar die Rechtsfolge, dass auf eine Urkunde bereits dann nicht mehr verzichtet werden kann, sobald auf sie zum Zwecke der Beweisführung Bezug genommen wurde; zudem wird auch heute eine sofortige, das heißt durch das Beweisanbot (Bezugnahme) ausgelöste Vorlagepflicht angenommen³³⁰.

Soweit überblickbar brachte die **Allgemeine Gerichtsordnung für Westgalizien von 1796 (WGO)** keine relevanten Abweichungen in den hier interessierenden Bereichen.

5. Preußische Allgemeine Gerichtsordnung

Die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793³³¹ war vom *Untersuchungsgrundsatz* beherrscht³³² und hatte der *Wahrheitsermittlung* besonders hohen Stellenwert beigemessen³³³; der Richter sollte im unmittelbaren persönlichen Verkehr mit den Parteien das wahre Sachverhältnis aufklären³³⁴. Dementsprechend fielen die **Mitwirkungspflichten** sehr **umfassend** aus. In der für die preußischen Gesetzeswerke bekannten Ausführlichkeit schrieb die preußische AGO daher auch eine Urkundenvorlagepflicht fest. Die Parteien

328 *Pratobovera*, Materialien IV 107 f; *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (405 f).

329 Oben S 16 f mit Nachweisen.

330 Darauf wird zurückzukommen sein; dazu unten § 5 III.A; S 264 ff.

331 Online abrufbar etwa unter <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Allgemeine-GerichtsordnungPreussen1795_Teil1.pdf>.

332 Siehe nur *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (107).

333 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 44 FN 21 und 75 f: »im löblichen Streben nach der höchstmöglichen Wahrheit«, »bewunderungswürdig«.

334 Vgl überblicksweise zur Charakteristik der preußischen AGO etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 11 Rz 26.

und auch Dritte waren ganz generell verpflichtet, »alle in ihren Händen befindlichen, zur Aufklärung der Sache dienenden Urkunden [...] dem Gerichte vorzulegen« (X. Theil § 89) – und zwar sowohl auf Antrag, als auch von Amts wegen. Dieser Verpflichtung hatte »jeder ohne allen Unterschied und ohne Ausnahme, der eine zur Aufklärung streitiger That-sachen dienende Urkunden in Händen hat, er sey Kläger oder Beklagter, oder eine dritte in den Prozeß gar nicht verwickelte Person, Folge zu leisten« (X. Theil § 91). Die Vorlagepflicht wurde damit gleichsam als eine Staatsbürgerpflicht betrachtet³³⁵, welche bloß von einer Ausnahme durchbrochen war: Die Privatkorrespondenz einer Partei war nur dann vorzulegen, wenn sie zwischen den Parteien über das streitige Geschäft geführt worden ist oder wenn sie zwischen der Partei und einem Dritten stattgefunden hat, der von beiden Parteien *gemeinschaftlich* als Mäkler bzw Vermittler gebraucht worden ist (X. Theil § 92a).

Während also eine in diesem Umfang zur damaligen Zeit³³⁶ vermutlich ganz einmalige Mitwirkungspflicht für Parteien und Dritte festgeschrieben war, wurde gleichzeitig explizit normiert, allein der Umstand, dass die Urkunde gerade von einer Partei vorgelegt worden ist, lasse **keine zwingenden Schlüsse auf die Echtheit** der Urkunde zu (X. Theil § 89)³³⁷. Bereits der Umstand, dass der preußische Gesetzgeber gerade dies ausdrücklich betont hatte, legt den Schluss nahe, dass damals eigentlich die gegenteilige Rechtsauffassung vorgeherrscht haben musste, wonach demjenigen, der eine Urkunde vorlegte, unterstellt wurde, er erkläre sie damit für echt. Eine solche Konsequenz wurde – wie schon erwähnt – in der Tat im gemeinen Recht vertreten³³⁸ und war auch in vielen Prozessordnungen des Partikularrechts positiviert³³⁹. Nachdem nun aber in der preußischen AGO eine ganz

335 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 75; *Langenbeck*, Beweisführung III 711; *Dilcher*, AcP 158, 469 (484).

336 Für die heutige Zeit siehe aber etwa das Schweizer Recht; dazu unten § 3 II.B; S 94 ff.

337 »Wenn [eine einschränkende Erklärung über die Echtheit/Richtigkeit] bei der Vorlegung des Dokumentes, oder sonst bei der Instruktion der Sache geschehen ist, so soll ein solches Dokument wider den Producenten bloß um deßwillen, weil es von ihm beigebracht worden, nichts beweisen; sondern es soll lediglich darauf ankommen: was dasselbe an und für sich, ohne Rücksicht, wer es producirt habe, für einen Beweis bewirken könne.«

338 Oben S 71.

339 Siehe ferner auch Art 375 der Bayerischen Prozessordnung 1869 (dazu oben § 3 I.C.2.b; S 76 ff) und § 442 der Großherzoglich Badischen Proceßordnung von 1832 (unten S § 3 I.C.7; S 83 f).

umfassende Vorlagepflicht angeordnet war, kam es somit häufig auch *gegen den Willen des Urkundeninhabers zur Vorlage*. Für die vermutete (und wohl im Rechtsempfinden fest verwurzelte) Echtheitsanerkennung betreffend die selbst vorgelegten Urkunden fehlte in solchen Fällen freilich jede Rechtfertigung; eben aus diesem Grund dürfte gesetzlich explizit festgeschrieben worden sein, dass der Vorlage per se kein zwingender Beweiswert zukommen sollte³⁴⁰. Wesentlich erscheinen diese Überlegungen deswegen, weil sie erneut den schon aufgedeckten³⁴¹ *Zusammenhang zwischen Urkundenvorlage und vermutetem Echtheitsanerkennnis* erkennen lassen.

Dies leitet unmittelbar zu der Frage über, ob bzw bis zu welchem Zeitpunkt ein selbst angebotenes **Beweismittel fallen gelassen** werden konnte. Dazu sind in der preußischen AGO – soweit sich dies angesichts ihres stattlichen Umfangs überblicken lässt – **keinerlei Regelungen** enthalten. Auch dies steht jedoch bei näherer Überlegung mit der hier vertretenen Sichtweise völlig in Einklang, wonach den Verzichtbeschränkungen die Funktion zukam, die Wirksamkeit der starren Regeln zur Beweiskraft abzusichern. Denn nachdem unter dem Regime des preußischen Verfahrensrechts eine ganz *umfassende Mitwirkungspflicht* statuiert war und aus der Vorlage eines Beweismittels daher Schlüsse auf dessen Beweiskraft unzulässig waren, knüpften an das Beweisanbot ohnehin keine für den Beweisführer nachteiligen Konsequenzen; es drohte daher auch keine Gefahr, dass er diese durch Verzicht/Zurückziehung auszuhebeln versuchen könnte. Beschränkungen der Möglichkeit zum Verzicht erübrigten sich damit.

Bemerkenswert ist schließlich, dass die preußische AGO einen völligen **Gleichlauf** zwischen der Mitwirkungspflicht Dritter im Rahmen der **Urkundenvorlagepflicht** und der **Zeugnispflicht** vorgesehen hat: Wie erwähnt waren Dritte ebenso wie die Partei ganz generell

340 Explizit in diesem Sinn auch die Regelung des Württembergischen »Edikts vom 31. Dezember 1818 betreffend die Rechtspflege in den untern Instanzen« (wiedergegeben bei *Linde*, ZCivRPr 6, 383 [408]): »Eben deswegen hängt es zwar immer noch von der Willkür einer Parthei ab, einmal angezeigte Beweismittel, welche noch nicht durch reale Production gemeinschaftlich geworden sind, wieder fallen zu lassen. Aber wenn deren Benutzung [...] Aufklärung über die streitigen Thatsachen erwarten läßt, und wenn der Richter dieselben selbst beizuschaffen vermag; so hat er solche von Amtswegen zu benutzen. [...] Jedoch sind dann *diese Beweismittel auch nicht als Producte des Beweisführers zu betrachten*; sondern dieser kann sich gegen dieselben eben so [...] aller Einwendungen bedienen.«

341 Siehe eingehend schon oben S 71 mwH.

verpflichtet, »alle in ihren Händen befindlichen, zur Aufklärung der Sache dienenden Urkunden [...] dem Gerichte vorzulegen« (X. Theil § 89); eine Ausnahme bestand nur hinsichtlich der Privatkorrespondenz (X. Theil § 92a). An diese Regelung knüpfte man beim Zeugenbeweis an, indem die Aussagepflicht nur für Tatsachen aufgehoben wurde, welche dem Zeugen durch »eine solche Privatcorrespondenz, zu deren Edirung er nach § 92a. nicht verbunden seyn würde,« bekannt geworden waren (X. Theil § 180 Z 8).

6. Bremer Gerichtsordnung

Nach der Gerichtsordnung der freien Hansestadt Bremen von 1820³⁴² konnte der Beweisführer »die gewählten **Beweismittel jederzeit fallen lassen**, solange dieselben nicht gemeinschaftlich geworden waren.« Dies geschah »bei Urkunden durch deren Uebergabe im Gerichte und bei Zeugen durch deren Sistierung«, das heißt durch deren Stelligmachen (IV. § 178). Diese Regelung scheint insofern einer besonderen Erwähnung wert, weil sie *abstrahierend* von »Beweismitteln« spricht und sich auch **im allgemeinen Teil der beweisrechtlichen Vorschriften** findet.

Überraschend ist ferner, dass die Bremer Gerichtsordnung zwar die Möglichkeit des Beweisantritts durch »Editionsgesuch« ausdrücklich erwähnte, jedoch keinerlei Konkretisierung vornahm, wann sich hierbei tatsächlich eine Pflicht zur **Urkundenvorlage** ergab (IV. § 197).

7. Badische Proceßordnung

An der Großherzoglich Badischen Proceßordnung von 1832 ist bemerkenswert, dass sie verhältnismäßig detaillierte Bestimmungen zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Gemeinschaftlichkeit enthält³⁴³. Dem Beweisführer stand »das Recht zu, ein bereits vorgeschlagenes Beweismittel wieder **fallen zu lassen**, so lange dasselbe noch nicht gemeinschaftlich geworden« war (§ 411). Urkunden wurden durch Vorlegung »in der Art gemeinschaftlich, daß der Beweisführer zwar auch nach der Vorlegung auf deren Gebrauch wieder verzichten

342 Online abrufbar etwa unter <<http://digital.staatsbibliothek-berlin.de/dms/werkansicht/?PPN=PPN654468273>>.

343 Dazu und zum Folgenden näher samt Nachweisen *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (406 f).

[konnte], nicht aber zum Nachtheil der Gegenparthei, für die sie ungeachtet jenes Verzichts vollkommen [!] beweisen« (§ 442). »Der Zeuge wurde beiden Partheien gemeinschaftlich von dem Zeitpunkte an, wo der Gegner seine Erklärung auf die Beweisanretung abgegeben [hatte], ohne Einreden der Unzulässigkeit des Zeugen vorzubringen« (§ 483). »Der Beweisführer [konnte] den gemeinschaftlich gewordenen Zeugen bis zur Abhör, und selbst noch nach dessen Vernehmung über die allgemeinen Fragen [...] wieder aufgeben. Sein Gegner [hatte] jedoch das Recht, denselben für sich [...] abhören zu lassen« (§ 485).

Eine **Urkundenvorlagepflicht** bestand nur dann, wenn die Urkunde im (Mit-)Eigentum stand oder sie »in der Absicht verfertigt« worden war, »um als Beweismittel über das im Streite liegende thatsächliche oder rechtliche Verhältnis zu dienen« (§ 786)³⁴⁴. Im Zusammenhang mit der Vorlagepflicht wurde der Begriff der Gemeinschaftlichkeit vom Gesetz jedoch nicht eingesetzt.

Wiederum³⁴⁵ fällt auf, dass zu Lasten des Beweisführers infolge der Urkundenvorlage (implizit) eine Echtheitsanerkennung unterstellt wurde: Berief sich der Gegner auf diese Urkunde, verschaffte sie ihm »vollen Beweis« – und zwar selbst dann, wenn der Gegner auf sie wieder verzichtet hatte (vgl § 442). In der Badischen Proceßordnung findet sich somit ein besonders deutlicher Beleg für den schon zuvor³⁴⁶ dargelegten Gedankengang: Die Einschränkung der Verzichtsmöglichkeiten verfolgte gerade den Zweck, den Gegner des Verzichtenden **davor zu schützen, dass der Beweisführer durch Zurückziehung des Beweisanbots die Beweiskraft der Urkunde (mittelbar) minderte**, weil infolge der Zurückziehung kein Echtheitsanerkennntnis hinsichtlich des Beweismittels mehr zu vermuten war.

8. Hannoverische Proceßordnung

Die allgemeine bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover von 1850 ist zunächst schon deswegen erwähnenswert, weil sie ursprünglich Grundlage für den Entwurf einer »allgemeinen ZPO für

344 Dazu *Mittermaier*, Edition von Urkunden 78; *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (108).

345 Vgl schon oben zur Bayerischen Prozessordnung 1869 S 77 bei FN 320; ausdrücklich gegenteilig aber die preußische AGO (oben S 81 bei FN 337).

346 Siehe insbesondere oben S 71 (zum gemeinen Recht) und S 77 (zur Bayerischen Prozessordnung 1869).

die deutschen Bundesstaaten« sein sollte und in der Folge (mittelbar) auch die **Entwürfe für die dZPO prägte**³⁴⁷. Von Interesse scheint sie zudem, weil sie sich, was den von ihr gewählten Einsatz des Gemeinschaftlichkeitskriteriums betrifft, von den anderen historischen Verfahrensgesetzen in gewissen Aspekten abhebt.

Für Urkunden war in der Hannoverischen Proceßordnung eine ganz **generelle Vorlagepflicht** vorgesehen³⁴⁸. Jede Partei war, »ohne Unterschied der Parteirolle, zur Vorlegung der in ihrem Besitze befindlichen, bezüglich der zu beweisenden Thatsachen erheblichen Urkunden auf Antrag des Proceßgegners verpflichtet«; ausgenommen war nur »die von der Partei mit solchen Personen gepflogenen Correspondenz, welche, wenn sie darüber zum Zeugnisse vorgeschlagen würde, [...] das Zeugniß verweigern dürfen«; ebenso wenig erstreckte sich die Vorlagepflicht »auf bloße Privataufzeichnungen, [...] insofern darin nicht Schuldscheine, Quittungen und zum Zwecke eines künftigen Beweises niedergeschriebene Urkunden eingetragen sein sollten« (§ 311). Verweigerte eine Partei die Vorlage grundlos, hatte dies »zur Folge, daß der Inhalt der vorzulegenden Urkunde, nach Angabe des Beweisführers [...] für erwiesen angenommen« wurde (§ 314). Daneben bestand noch eine *unbedingte Vorlagepflicht* (§ 318), wenn der »Rechtsgrund zur Vorlegung in einem Eigenthums- (Miteigenthums-) oder Obligationsverhältnisse beruht[e]« sowie hinsichtlich gemeinschaftlicher Urkunden. Die **Gemeinschaftlichkeit** einer Urkunde war nach der gesetzlichen Definition anzunehmen, »wenn die Urkunde in Beziehung auf einen Antragsteller betreffendes Geschäft errichtet ist; oder in Handels- und Geschäftsbüchern besteht, welche zur Aufzeichnung der in Folge des Geschäfts geleisteten Zahlungen oder Lieferungen bestimmt sind; oder endlich die mit dem Antragsteller über die fragliche Angelegenheit gepflogene Correspondenz betrifft« (§ 319 Abs 2).

Die Rechtslage zur Urkundenvorlagepflicht nach der Hannoverischen Proceßordnung lässt sich also dahin charakterisieren, dass im *Grundsatz* eine umfassende Vorlagepflicht bestanden hat, welche durch *Ausnahmen* durchbrochen war; zu diesen Ausnahmen bestanden wiederum *Gegenausnahmen*, die insbesondere durch die *Gemeinschaftlichkeit* der Urkunde ausgelöst wurden. Eben diese **besondere**

347 Dazu näher etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 5 Rz 1 ff.

348 Der hier relevante Gesetzeswortlaut ist teilweise wiedergegeben etwa bei *Huggenberger*, Urkundenedition 20 f.

Regelungstechnik, die durchaus heraussticht, wird – wie noch zu zeigen sein wird – auch in der geltenden österreichischen ZPO zum Einsatz gebracht³⁴⁹.

Von Interesse ist die Hannoverische Proceßordnung auch im Hinblick auf die Bedeutung der beschränkten Möglichkeiten zur **Zurückziehung eines Beweisanbots**. Für *Urkunden* wurde angeordnet, dass diese nach *Vorlage*, »selbst wenn der Beweisführer sie später fallen läßt, auch zu Gunsten des Gegners« beweisen (§ 305 Abs 3). Beim Zeugenbeweis war normiert, dass die »Beweisanretung [...] die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels [begründet], so daß die Gegenseite die Abhörung eines vorgeschlagenen Zeugen bez. die Benutzung seiner Aussage zu ihren Gunsten verlangen kann«; unter der Beweisanretung war die *Benennung des Zeugen* zu verstehen (§ 255). Dasselbe war für *Sachverständige* angeordnet (§ 275 Abs 5).

Nicht ganz klar scheint hier auf den ersten Blick wiederum, welche **Funktion** diesen Einschränkungen der Möglichkeit zur Zurückziehung eines Beweismittels zugedacht war: Nach dem Gesetzeswortlaut sollte sichergestellt werden, dass die Urkunden trotz des Fallenlassens auch »zugunsten des Gegners beweisen« bzw die Benutzung einer Zeugenaussage auch zu Gunsten des Gegners des Verzichtenden verlangt werden kann. Prima vista scheint die Stoßrichtung der einschlägigen Regelungen also gewesen zu sein, dem Gegner des Verzichtenden die Verwertung des konkreten Beweismittels an sich zu sichern. Hinsichtlich von *Urkunden* ist diese Sichtweise durchaus nachvollziehbar: Zwar war, wie erwähnt, eine allgemeine Urkundenvorlagepflicht statuiert, doch bestanden zahlreiche Ausnahmen; eine unbedingte Herausgabepflicht infolge Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung war – anders als in der österreichischen ZPO (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO)! – nicht vorgesehen. Es war also keineswegs gesichert, dass der Gegner des Verzichtenden die Vorlage der Urkunde nach dem Verzicht dennoch hätte jedenfalls verlangen können, so dass es möglicherweise deswegen nützlich erschien, die Möglichkeit zur Zurückziehung des Beweisanbots nach Vorlegung der Urkunde abzuschneiden.

Dunkel ist hingegen die Funktion der Bestimmung zum *Zeugen- und Sachverständigenbeweis*: Die für den Eintritt der Gemeinschaftlichkeit maßgebende Beweisanretung bestand in der Benennung von Namen,

349 Dazu unten S 98 sowie auch § 4 I; S 103 ff.

Stand und Wohnort des Zeugen/Sachverständigen (§ 255 Abs 1; § 275 Abs 5). Ab diesem Moment konnte für den Gegner des Verzichtenden mithin keine Schwierigkeit bestehen, eben diesen Zeugen/Sachverständigen selbst als Beweismittel anzubieten, also eine »Abhörnung zu seinen Gunsten« zu verlangen. Will man diese Bestimmungen nicht dem Schicksal der Funktionslosigkeit preisgeben, so scheint hier meines Erachtens – ein weiteres Mal – eine Auslegung angezeigt, wonach die Einschränkung der Möglichkeit zur Zurückziehung des Beweisanbots die durch das Beweisanbot begründete besondere *Beweiskraft* des Beweismittels *sichern* sollte. Ein solches Verständnis scheint ohne weiteres durch den Wortlaut gedeckt, weil dieser davon spricht, dass der Gegner des Verzichtenden die »Abhörnung zu seinen Gunsten« verlangen kann.

9. Bagatellverfahrensgesetz – am Vorabend der ZPO

Das österreichische Bagatellverfahrensgesetz wurde im Jahr 1873 verabschiedet³⁵⁰. Zu diesem Zeitpunkt hatte man die Unzulänglichkeiten der österreichischen AGO bereits seit Langem erkannt und eine umfassende Reform des Zivilverfahrens in Angriff genommen³⁵¹. Die Erfahrungen, die man mit der Reform der besonderen Verfahrensarten, wie insbesondere auch des Bagatellverfahrens, erwerben konnte, waren in der Folge ein wesentlicher Gewinn und Erfolgsfaktor für die Arbeiten an der ZPO. Man geht deshalb wohl nicht fehl, dem Bagatellverfahrensg im Hinblick auf die bereits angelaufenen Reformbestrebungen gleichsam die Funktion eines **Testballons für die Praxistauglichkeit** bestimmter Regelungskonzepte zuzuschreiben.

In diesem Kontext ist auch die **Urkundenvorlagepflicht** des Bagatellverfahrensg zu betrachten: Wie nämlich die Materialien³⁵² zu diesem Gesetz herausstreichen, war bis zu dessen Inkrafttreten die »in den anderen Prozeßgesetzen sehr entwickelte Lehre über die prozessualistische Verpflichtung zur Urkundenedition [...] in den österreichischen Gerichtsordnungen ganz vernachlässigt«; die österreichische

350 Gesetz vom 27. April 1873, über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (Bagatellverfahren), RGBl 66.

351 Zum geschichtlichen Überblick siehe etwa bloß *Fasching*, Lehrbuch² Rz 35.

352 Motive zur RV 221 BlgAbgH VII. Session 1907.

AGO enthielt ja keine derartigen Vorschriften³⁵³. Das Inkrafttreten des BagatellverfahrensG markiert für den österreichischen Rechtsbereich also gewissermaßen die *Geburtsstunde* der Urkundenvorlagepflicht. Ausweislich der Materialien zur ZPO³⁵⁴ hat die einschlägige Bestimmung des § 38 Abs 1 BagatellverfahrensG dann auch für die heute geltende Urkundenvorlagepflicht der ZPO unmittelbar Pate gestanden. Sie wies den folgenden Wortlaut auf:

»Wenn der Beweisführer behauptet, daß sich eine für die Beweisführung erhebliche Urkunde im Besitze der Gegenpartei befinde, so hat der Richter derselben, insoweit sie genügende Gründe dagegen nicht geltend zu machen vermag, die Vorlage der Urkunde aufzutragen.«

Dass die Urkundenvorlagepflicht gerade im Bagatellverfahren erstmals im heimischen Prozessrecht Fuß gefasst hatte, dürfte freilich von deren positiven Wirkungen auf die *Verfahrensbeschleunigung* herrühren³⁵⁵. In der Folge war allerdings kaum zu rechtfertigen, weshalb eine solche Vorlagepflicht nicht auch in den sonstigen Verfahrensarten gesetzlich anerkannt wurde – dies vor allem in Anbetracht des Umstandes, dass ein solches Instrument zur Verfahrensbeschleunigung ja als umso wichtiger und unerlässlicher einzustufen sein sollte, je höher der Streitwert ausfällt. Es schien dem Gesetzgeber somit geradezu ein logischer Schritt, ein gleichartiges Institut im allgemeinen Prozessrecht zu installieren³⁵⁶. So öffnete sich das Tor, durch welches die Urkundenvorlagepflicht Eingang in die ZPO fand.

Bedeutsam, weil im Folgenden für das **Verständnis der Gesetzes-systematik der geltenden ZPO** hilfreich, ist dabei die **Adaptierung**, die dieser sondergesetzlichen Mitwirkungspflicht bei ihrer Transplantation in die ZPO widerfahren ist: Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorbildregelung für die heutige Urkundenvorlagepflicht keine konkreten Einschränkungen durch Ausnahmetatbestände vorgesehen hatte,

353 Vgl oben § 3 I.C.4; S 79.

354 Materialien CPG I 310; *Bajons*, NZ 1991, 51 (53).

355 »Der Mangel gesetzlicher Bestimmungen über die Editionsspflicht müßte sich aber in dem auf Schleunigkeit berechneten Bagatellverfahren besonders fühlbar machen« (Motive zur RV 221 BlgAbgH VII. Session 1909). Zu diesem Zusammenhang zwischen Urkundenvorlagepflicht und Verfahrensbeschleunigung siehe auch näher unten § 4 II.A.4; S 126 ff.

356 Eingehend Materialien CPG I 310.

sondern den Vorlageauftrag grundsätzlich hinsichtlich jeder Urkunde zuließ, sofern der Gegner »genügende Gründe dagegen nicht geltend zu machen vermag.« Nachdem somit *grundsätzlich eine allgemeine Vorlagepflicht* angeordnet war, bedurfte es keines Rekurses auf das Tatbestandsmerkmal der Gemeinschaftlichkeit; dass das BagatellverfahrensG diesen Begriff nicht kennt, erweist sich daher als in keiner Weise aussagekräftig für die Auslegung des geltenden Rechts. Mit der Regierungsvorlage zur ZPO wurde die Vorlagepflicht dann durch konkrete **Weigerungsgründe** eingeschränkt³⁵⁷. Es besteht demnach also im *Grundsatz* immer noch eine *allgemeine Vorlagepflicht*, doch wird diese nun durch mehrfache konkrete *Ausnahmen* durchbrochen. Hier erst kommt die Kategorie der **Gemeinschaftlichkeit** ins Spiel, und zwar in Gestalt von *Gegenausnahmen*. Diese Genesis der Vorlagepflicht erklärt die im rechtshistorischen Vergleich etwas ungewöhnliche Funktionsweise bzw Stellung des Gemeinschaftlichkeitskriteriums in der Systematik der heutigen österreichischen ZPO: Während das Gemeinschaftlichkeitskriterium in früheren Verfahrensordnungen durchwegs als das Tatbestandsmerkmal eingesetzt wurde, welches die Vorlagepflicht erst begründet, war dies in der ZPO nicht erforderlich bzw nicht möglich, weil hier die ganz generell eingreifende Vorlagepflicht des BagatellverfahrensG fortgeschrieben wurde. In der ZPO fand sich für das Gemeinschaftlichkeitskriterium sozusagen »nur« ein Platz als Gegenausnahme, also gewissermaßen erst auf der dritten Prüfungsstufe. Auf dieses gesetzlich vorgegebene Prüfungsschema wird noch zurückzukommen sein³⁵⁸.

Bestimmungen betreffend die Möglichkeit, ein Beweisanbot wieder **zurückzuziehen**, enthielt das BagatellverfahrensG nicht. Auch den **Materialien zur ZPO** lässt sich kein konkreter Hinweis entnehmen, woher diese Regelung übernommen wurde³⁵⁹. Ihre Erörterung wird daher im Rahmen der Analyse des geltenden Rechts erfolgen³⁶⁰.

357 Mit anderem Befund in diesem Punkt aber wohl *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 252, nach der die Editionsspflicht des BagatellverfahrensG in den ursprünglichen Entwurf der ZPO unverändert übernommen worden sei.

358 Unten § 4 I.; S 103 ff.

359 Die Erläuterungen zum Urkundenbeweis erwähnen die einschlägige Bestimmung (§ 314 RV ZPO) nicht einmal (Materialien CPG I 308 ff); hinsichtlich des Zeugenbeweises finden sich zwar knappe Ausführungen, doch wird nicht gesagt, auf welchem historischen Vorbild sie beruhen (Materialien CPG I 319).

360 Unten § 5; S 253 ff.

II. Kursorischer Rechtsvergleich

A. Deutschland

Angesichts der Verwandtschaft mit den deutschen Verfahrensgesetzen³⁶¹ verspricht auch ein knapper rechtsvergleichender Blick zu den nördlichen Nachbarn die Chance auf aufschlussreiche Erkenntnisse bei der Auslegung der österreichischen Bestimmungen³⁶² und soll daher nicht verabsäumt werden. Allerdings muss sogleich ein Caveat anschließen, denn bei aller Ähnlichkeit zur deutschen Rechtslage bestehen im hier interessierenden Zusammenhang doch einige **wesentliche Unterschiede**, so dass bei einem Rekurs auf die dort vorgebrachten Argumente zumindest Vorsicht einzumahnen ist³⁶³. Generell kann vorausgeschickt werden, dass die dZPO – zumindest in ihrer Stammfassung (siehe sogleich) – dem Ziel der **Wahrheitserforschung** im Vergleich zum österreichischen Verfahrensrecht tendenziell geringeren Stellenwert beimisst und dem **Verhandlungsgrundsatz** stärkeres Gewicht zukommt³⁶⁴. Da diese verfahrensrechtlichen Maximen stark auf den Grundsatz vor der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel ausstrahlen, ist daher gerade im hier interessierenden Zusammenhang bei rechtsvergleichenden Bezügen Vorsicht walten zu lassen³⁶⁵.

Als Ausfluss der ihr zugrunde liegenden liberalen Einstellung verpflichtet die dZPO die Parteien im Vergleich zur österreichischen Situation nur sehr zurückhaltend zu Beiträgen bei der Sachverhaltserforschung; für **Mitwirkungspflichten** der Parteien bietet das deutsche Verfahrensrecht dementsprechend nur einen eher tristen Lebensraum³⁶⁶: Der Gegner ist zur Urkundenvorlage nur dann verpflichtet,

361 Zum historischen Einfluss der dZPO bzw der aus ihrer praktischen Verwendung gezogenen Lehren siehe etwa nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 35; *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 22 f.

362 *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 31.

363 Auf diese Unterschiede weist etwa auch *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (284), in einem ähnlichen Zusammenhang hin.

364 Siehe etwa *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 269. Dabei ist allerdings herauszustreichen, dass allein die Betonung der Verhandlungsmaxime keineswegs zwingend mit dem Ziel der Wahrheitserforschung in Widerspruch steht; dazu *Stürner*, Aufklärungspflicht 42; *derselbe*, ZZP 98, 237 (254); *Rassi*, ZZP 121, 165 (187 mwH); *Stadler*, FS Beys II 1625 (1629 f); siehe dazu auch noch näher unten S 160 FN 641 mwH.

365 Ebenso *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 37.

366 Vgl mit ähnlichem Befund etwa auch *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel 113; *derselbe*, ÖJZ 2001, 281 (292 FN 141); *Rassi*, ZZP 121, 165 (185).

wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann (§ 422 dZPO), und ferner dann, wenn er im Prozess zur Beweisführung darauf Bezug genommen hat (§ 423 dZPO). Auch die Materialien³⁶⁷ sprechen im Hinblick auf das dem Gesetzgeber vorgeschwebte Rangverhältnis eine deutliche Sprache; danach dürfe das »Streben [...] nach materielle Wahrheit nicht dazu führen, daß in das freie Verfügungsrecht des Inhabers von Urkunden eingegriffen wird – und ein solcher ungerechtfertigter Eingriff würde vorliegen, wenn die Vorlegung von Urkunden erzwungen werden könnte, auf deren Einsicht nur der Inhaber, nicht auch der Gegner ein Recht hat.« Im Gegensatz zur heimischen Rechtslage besteht also grundsätzlich *keine allgemeine Vorlagepflicht* über Antrag einer Partei³⁶⁸. So formulierte der BGH³⁶⁹ den allgemeinen Rechtsatz, dass keine Partei gehalten sei, dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt³⁷⁰. Mit einer 2002 in Kraft getretenen Verfahrensrechtsreform³⁷¹ hat der deutsche Gesetzgeber diese strikte Position allerdings einigermaßen aufgeweicht. Seitdem kann das Gericht immerhin *von Amts wegen* anordnen, dass eine Partei die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine (!) Partei bezogen hat, vorlegt; um die Vorlagepflicht auszulösen, genügt es also – nota bene! –, wenn *irgendeine* Partei auf die Urkunde Bezug genommen hat³⁷². Was hier freilich einigermaßen verwundert, ist, dass der deutsche Gesetzgeber die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorlagepflicht über Antrag mit den Möglichkeiten von *Amts wegen* nicht harmonisiert hat³⁷³.

Im direkten Vergleich zur österreichischen Rechtslage und vor dem Hintergrund der rechtshistorischen Analyse ist vor allem auffallend,

367 Hahn, Materialien CPO 325.

368 Diesen Unterschied streicht etwa Klicka, JBl 1992, 231 (232), explizit heraus; siehe ferner etwa Gottwald, BeitrZPR V, 19 (31). Dazu, also zur Statuierung einer allgemeinen Urkundenvorlagenpflicht, die lediglich durch Ausnahmen und Gegen ausnahmen begrenzt wird, eingehend unten § 4 III.A; S 171 ff.

369 II ZR 159/89 in NJW 1990, 3151 (3151) = ZJP 104, 208 mit krit Anm Stürner.

370 Gottwald, BeitrZPR V 19 (30). Kritisch aber etwa Stadler in Musielak, ZPO^{II} § 142 Rz 4 (dieser »viel beschworene Satz« sei »in die Mottenkiste zu verbannen«).

371 Konkret durch das ZPO-RG (dBGBl I 2001 S 1887); in Kraft getreten am 1.1.2002. Dazu näher etwa Stadler, FS Beys II 1625 (1638 ff).

372 Stadler, FS Beys II 1625 (1638); dieselbe in Musielak, ZPO^{II} § 142 Rz 4.

373 Kritisch diesbezüglich auch Stadler; FS Beys II 1625 (1639 f); dieselbe in Musielak, ZPO^{II} § 142 Rz 7.

dass die dZPO die Kategorie der »gemeinschaftlichen« Beweismittel heute³⁷⁴ mit keinem Wort mehr erwähnt. Zudem findet sich in der dZPO selbst auch nur ein einziger Tatbestand, der mit der **Gemeinschaftlichkeit** der Beweismittel in Verbindung gebracht werden kann³⁷⁵, nämlich die *Bezugnahme* auf die Urkunde. Blickt man allerdings zurück zur Stammfassung der CPO 1877 und folgt dem nunmehr anzutreffenden Verweis ins materielle Recht (§ 422 dZPO), wird sogleich erkennbar, dass der deutsche Verfahrensgesetzgeber die Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel keineswegs aufgegeben hat, sondern der entsprechende Tatbestand lediglich **ins materielle Recht übersiedelt** wurde: Nach § 810 BGB (welcher in seinem Tatbestand dem § 387 Z 2 CPO 1877 entspricht) kann vom Urkundenbesitzer die Gestattung der Einsicht verlangt werden, wenn die Urkunde im Interesse des Anspruchstellers errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

Diese vom BGB aufgestellten Tatbestände decken sich fast wortgleich mit der **Legaldefinition der gemeinschaftlichen Urkunden** nach § 304 Abs 2 ZPO. Im unmittelbaren **Vergleich zur österreichischen Rechtslage** scheint die deutsche Regelung dennoch in dreierlei Hinsicht auffällig bzw unerwartet: (a) Zum ersten fällt auf, dass der BGB-Wortlaut wiederum gänzlich darauf verzichtet, diese Fallgruppen mit dem *Etikett der Gemeinschaftlichkeit* zu versehen³⁷⁶. (b) Zweitens ist nach deutscher Rechtslage bei Verwirklichung eines Gemeinschaftlichkeitstatbestands – was nach dem Bisherigen in der Tat überraschen sollte – primär ein *materiellrechtlicher* Anspruch auf Einsichtnahme vorgesehen, der als *gesetzliches Schuldverhältnis* eingeordnet wird³⁷⁷; das deutsche *Verfahrensrecht* knüpft dann lediglich an diesen materiell-

374 Anders war dies allerdings noch in der Stammfassung der CPO 1877, die hier nur kursorische Erwähnung finden soll. Siehe sogleich im Text.

375 Dazu Oben S 60 bei und in FN 251 samt Nachweisen.

376 Das Attribut der Gemeinschaftlichkeit taucht zwar im Gesetzestext auf, jedoch bloß im Hinblick auf den Vermittler, nicht aber als Eigenschaftsumschreibung eines Beweismittels. Anders noch die Vorgängerbestimmung des § 387 Z 2 in der Stammfassung CPO 1877.

377 *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 1.

rechtlichen Anspruch an und geht damit konstruktiv genau den umgekehrten Weg wie das österreichische Recht (vgl. Art XLIII EGZPO). Aus dieser unterschiedlichen Regelungskonstruktion ergibt sich per se freilich noch kein inhaltlicher, sondern lediglich ein formaler Unterschied³⁷⁸. Entscheidend ist ja allein, in welchem Umfang letztlich vom Gegner eine Mitwirkung an der eigenen Beweisführung verlangt werden kann. Dies leitet über zur dritten Besonderheit gegenüber der heimischen Rechtslage: (c) Während § 304 Abs 2 ZPO den Tatbestand der gemeinschaftlichen Urkunden offen anlegt (argumento: »insbesondere«)³⁷⁹, sind die Tatbestände des § 810 BGB *abschließend* definiert³⁸⁰; scheidet die Subsumtion, dann scheidet ein Einsichtnahme-/Vorlage-recht grundsätzlich aus³⁸¹. In diesem Zusammenhang ist allerdings in Erinnerung zu rufen, dass das BGB abgesehen von diesen (üblicherweise der Gemeinschaftlichkeit zugeordneten) Fällen noch weitere, ganz umfangreiche materiellrechtliche Auskunftspflichten statuiert³⁸². Diese weit über die österreichische Rechtslage hinausgehenden **materiellrechtlichen Mitwirkungspflichten kompensieren also gleichsam den engen Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 810 BGB**. Hinzu kommt, dass die deutsche Rechtsprechung in Einzelfällen zudem auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) rekurriert, um so eine Vorlage-/Mitwirkungspflicht selbst da zu begründen, wo sie sich aus den gesetzlichen

378 So explizit auch *Gottwald*, BeitrZPR V 19 (32). Zwar wirft *Lent*, ZJP 67, 344 (354), ein, dass sich der Inhalt der materiellen Pflicht (§ 810 BGB) nicht mit jenem der prozessualen Pflicht (§ 422 dZPO) decke, weil hier die Vorlegung *gegenüber dem Gericht* erfolgen müssen, dort hingegen *gegenüber dem anderen Teil*. Dieser Unterschied sollte meines Erachtens aber nicht überbewertet werden, zumal die Vorlagepflicht freilich in beiden Fällen demselben rechtlichen Interesse dient und lediglich an die Erfordernisse der jeweiligen Situation angepasst ist. Zur dogmatischen Einordnung der Vorlagepflicht gegenüber dem Gericht auch unten S 115 bei und in FN 475. Siehe dazu näher *Kawano*, FS Henckel 409 (insb 421), der diesen Unterschied auch anspricht und dafür plädiert, die Normen des Verfahrensrechts dahin zu interpretieren, dass sie die Prozessparteien untereinander verpflichten.

379 Nachweise unten S 178 FN 703.

380 Darin liegt eine wesentliche Abweichung zur Vorgängerbestimmung des § 387 Z 2 in der Stammfassung CPO 1877.

381 Protokolle BGB II 774 f; *Marburger* in Staudinger, BGB (2009) § 810 Rz 12; *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 4.

382 So vor allem als Vorbereitung zur Durchsetzung erbrechtlicher (§§ 2011, 2012, 2027, 2028, 2057, 2127, 2130, 2314 BGB) und unterhaltsrechtlicher (§ 1605, 1580 BGB) Ansprüche. Vgl die weiteren Hinweise dazu bei *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 161 FN 523 und 185.

Tatbeständen nicht ergibt³⁸³. Nachdem in § 422 dZPO gleichsam ein Einfallstor für materiellrechtliche Pflichten ins Prozessrecht eröffnet wurde, könnte dem *materiellen Recht* sogar *generell die Funktion eines Ventils für prozessual nicht befriedigend zu lösende Situationen* beigemessen werden: Wie erwähnt³⁸⁴ dominiert ja die Verhandlungsmaxime das deutsche Zivilverfahrensrecht, womit in gewissen Situationen eine geringere Bedeutung der Wahrheitserforschung als Prozesszweck einhergeht³⁸⁵. Aus österreichischer Sicht kann man sich dann wohl schwerlich des Eindrucks erwehren, dass die auffallend vielfältigen Möglichkeiten des materiellen Rechts und dessen extensive Auslegung sozusagen als *Korrektiv für die gewissermaßen etwas laxe Ausrichtung der dZPO in Richtung der Wahrheitserforschung* eingesetzt werden³⁸⁶.

Für die Zulässigkeit der **Zurückziehung eines Beweisanbots** finden sich in der dZPO ebenfalls konkrete Regelungen: Nach *Vorlegung* einer Urkunde kann der Beweisführer nur mit Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten (§ 436 dZPO). Auf einen *Zeugen*, den die Partei vorgeschlagen hat, kann verzichtet werden; der Gegner kann aber verlangen, dass der erschienene Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, dass sie fortgesetzt werde (§ 399 dZPO). Dasselbe gilt für *Sachverständige* (§ 402 dZPO). Auffällig ist, dass für den *Augenscheinsbeweis* keine entsprechende Einschränkung besteht.

B. Schweiz

Ganz anders als die dZPO misst das Schweizer Zivilverfahrensrecht – welches hier nur ganz cursorisch diskutiert werden kann – der *Wahr-*

383 Darauf weist konkret etwa *Gottwald*, BeitrZPR V 19 (32 f), hin; siehe ferner *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 2 je mwH.

384 Oben S 90 bei und in FN 364 mwN.

385 Zum dogmatischen Verhältnis von Verhandlungsmaxime und Prozesszweck der Wahrheitserforschung eingehend unten § 4 ILB.5; S 158 ff.

386 Vgl auch *Gottwald*, BeitrZPR V 19 (35), der einräumt, dass die engen prozessualen Mitwirkungspflichten erst durch den Einsatz von Gegengewichten »erträglich« werden (zum Beispiel durch Reduktion der Anforderungen an die Substantiierungspflicht, Beweiserleichterungen durch Beweismaßsenkung, Anscheinsbeweis oder Beweislastumkehr); wengleich sich *Gottwald* damit nur auf innerprozessuale Instrumente bezieht, wird doch klar, dass auch er die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer solchen Korrektur anerkennt.

heitserforschung besonders hohen Stellenwert bei³⁸⁷. Dies äußert sich nicht zuletzt in einer ganz **generellen Mitwirkungspflicht** von Parteien und Dritten bei der Beweiserhebung (Art 160 Abs 1 SchwZPO): Jedermann hat als Partei oder als Zeuge wahrheitsgemäß auszusagen und Urkunden herauszugeben; ausgenommen hievon ist nur die anwaltliche Korrespondenz, soweit sie die berufsmäßige Vertretung einer Partei oder einer Drittperson betrifft. Eine Partei kann die Mitwirkung in bestimmten Fällen verweigern (Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit; Strafbarkeit wegen Verletzung eines Geheimnisses; bei gesetzlich geschützten Geheimnissen, wenn das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt; Art 163 SchwZPO). Das Kriterium der *Gemeinschaftlichkeit* spielt für die Mitwirkungspflichten in der SchwZPO somit keinerlei Rolle.

Bestimmungen betreffend die Möglichkeit, auf ein bereits angebotenes Beweismittel zu **verzichten**, enthält die SchwZPO nicht. Dementsprechend findet sich in diesem Zusammenhang ebenso wenig eine Anknüpfung an Gemeinschaftlichkeitstatbestände. Allerdings könnte die Schweizer Rechtslage für das Verständnis der Gemeinschaftlichkeit im österreichischen Verfahrensrecht dennoch in gewisser Hinsicht aufschlussreich sein. Die Schweizer Situation erinnert nämlich in diesem Punkt an die preußische AGO: Dort war der Wahrheitserforschung ebenfalls ganz besonderes Gewicht beigelegt. Die AGO war daher vom Untersuchungsgrundsatz und von umfassenden Mitwirkungspflichten geprägt³⁸⁸; und auch dort fehlten Bestimmungen, die die Möglichkeit zur Zurückziehung eines Beweisanbots beschränkten, gänzlich. Wie herausgearbeitet wurde³⁸⁹, war dies wohl damit zu erklären, dass derartige Restriktionen wegen der umfassenden Mitwirkungs-/Vorlagepflicht verzichtbar erschienen; unter diesen Umständen bestand nämlich keine Rechtfertigung, aus einem Beweisanbot des Beweisführers Schlüsse auf die Beweiskraft des Beweismittels zu Lasten des Beweisführers zu

387 Dies zeigt sich zunächst schon darin, dass Beweisaufnahmen meist von Amts wegen erfolgen können: Art 181 Abs 1 (Augenschein); Art 183 Abs 1 (Sachverständige); Art 192 Abs 1 SchwZPO (Beweisaussage der Parteien). Ferner in all jenen Fällen, in denen der Sachverhalt von Amts wegen festzustellen ist (Art 153 Abs 1 iVm Art 247 Abs 2 SchwZPO). Fener kann das Gericht von Amts wegen selbst dann Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art 153 Abs 2 SchwZPO).

388 Dazu oben § 3 I.C.5; S 80 f samt Nachweisen.

389 Oben S 82.

ziehen. Es drohte somit keine Gefahr, dass der Beweisführer diese durch Verzicht/Zurückziehung auszuhebeln versuchen könnte.

Es mag prima vista eine kühne Parallele sein, das Regelungsmodell der AGO mit jenem der SchwZPO zu vergleichen. Allerdings ist es wohl kein bloßer Zufall, dass da wie dort in eben demselben prozessualen Umfeld (= umfassende Mitwirkungspflicht) gänzlich auf die Restriktion der Möglichkeit zur Zurückziehung des eigenen Beweisanbots verzichtet wird³⁹⁰. Darin liegt vielleicht noch kein Beleg für die Richtigkeit des oben entwickelten Gedankengangs, doch kann er immerhin nicht von vornherein als unplausibel abgetan werden.

III. Synopsis und Würdigung

Macht man sich daran, die Ergebnisse der rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Analyse auszuwerten, lassen sich einige für das Verständnis des geltenden österreichischen Verfahrensrechts durchaus aufschlussreiche und gewinnbringende Erkenntnisse festhalten. Ganz wesentlich und deshalb voranzustellen ist sicherlich der Befund, dass sich die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel überaus weit zurückverfolgen lässt. Die ersten Spuren dieser Rechtsidee wehte bereits das römische Recht durch die (prozess)rechtswissenschaftliche Literatur. Erst die gemeinrechtliche Doktrin bot ihnen fruchtbaren Humus und züchtete die sich daraus entwickelnde beweisrechtliche Theorie zu üppiger Blüte heran – und letztlich sogar zu einem gewissen Wildwuchs. Auch in den Partikulargesetzgebungen war die Gemeinschaftlichkeit weiterhin fest verwurzelt und wurde kultiviert. Mit der Abkoppelung vom gemeinrechtlichen Prozess kamen dann vermehrt Variationen in der Ausgestaltung dieser Rechtsidee auf³⁹¹. Von wenigen Ausnahmen abgesehen,

390 Einzuräumen ist freilich, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Schweizer Verfahrensrecht und der preußischen AGO besteht: Die SchwZPO kennt keine starren Beweisregeln, sondern folgt dem Grundsatz der *freien Beweiswürdigung* (Art 157 SchwZPO); ein Beweisanbot muss daher keineswegs zwingend die volle Beweiskraft des Beweismittels bewirken. Auf diesen Aspekt wird noch bei der Erörterung der österreichischen Rechtslage einzugehen sein; dazu insbesondere unten § 5 III.B; S 269.

391 Bildlich (und im Einklang mit den hier verwendeten botanischen Metaphern) etwa *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (102): »Auswüchsige Überbleibsel einer hie und da in einer Partikulargesetzgebung noch fortlebenden Untersuchungsmaxime.«

lässt sich der Gedanke der Gemeinschaftlichkeit in **sämtlichen der untersuchten Verfahrensordnungen** nachweisen. Dies natürlich in unterschiedlicher Intensität; so waren seine Konturen bisweilen nur sehr unscharf ausgebildet³⁹², und in manchen Fällen wurde (und wird auch heute noch) der Begriff der Gemeinschaftlichkeit vom Gesetzgeber nicht einmal in den Mund genommen, wenngleich das dahinter stehende Konzept sehr wohl im Gesetz verwirklicht wurde/ist³⁹³. Damit ist jedenfalls kaum zu bestreiten, dass sich diese Rechtsidee fast nahtlos durch die gesamte **Tradition des mitteleuropäischen Verfahrensrechts** zieht.

Fast nahtlos deswegen, weil durchaus **Ausnahmen** bestanden haben und bestehen, die völlig ohne Verwendung der Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit auskommen. Es sind dies die heutige SchwZPO und zuvor schon die preußische AGO; das sind gerade jene Verfahrensordnungen, die sich dadurch auszeichnen, dass sie eine ganz *umfassende Vorlagepflicht* der Parteien zur Wahrheitsermittlung umgesetzt haben³⁹⁴. Hier erscheint der Einsatz des Gemeinschaftlichkeitskriteriums in der Tat nicht dringend erforderlich, und zwar weder für die Regelung der Vorlagepflichten, noch im Bereich der Zurückziehung von Beweisanboten: Ersteres, weil es eben angesichts einer generellen Vorlagepflicht überflüssig war/ist, mithilfe des Gemeinschaftlichkeitskriteriums konkrete Tatbestände zu definieren. Und Zweiteres könnte wohl damit begründet werden, dass wegen der umfassenden Vorlagepflicht auch Restriktionen bei der Zurückziehung von Beweisanboten verzichtbar sind; unter diesen Umständen besteht nämlich kaum eine Rechtfertigung, aus einem Beweisanbot des Beweisführers Schlüsse auf die Beweiskraft des Beweismittels zu Lasten des Beweisführers zu ziehen. Es droht somit keine Gefahr, dass der Beweisführer solche Beweiskraftregeln durch Verzicht/Zurückziehung auszuhebeln versuchen könnte, weshalb kein Bedarf zu sehen ist, ihn dabei einzuschränken.

Gewissermaßen einen **Sonderfall** bildet unter diesem Aspekt die **österreichische ZPO** (gemeinsam mit der hannoverischen Proceßordnung 1850³⁹⁵): Zwar ist auch hier eine *allgemeine Vorlagepflicht* festge-

392 Vgl etwa die Regelungen des Codex juris Bavarici iudiciarii, die völlig offen lassen, wann eine gemeinschaftliche Urkunde vorliegt bzw wann die »Realproduction« eines Zeugen anzunehmen; oben § 3 I.C.2.a; S 75 f.

393 So etwa in der dZPO und im BGB; dazu oben § 3 II.A; S 90 ff.

394 Zur preußischen AGO oben § 3 I.C.5; S 80 ff und zur SchwZPO oben § 3 II.B; S 94 f je mit Nachweisen.

395 Zu dieser oben § 3 I.C.8; S 84 ff

schrieben³⁹⁶, *dennoch* hat das *Gemeinschaftlichkeitskriterium* im Gesetz Fuß gefasst. Zu erklären ist dies wohl damit, dass – in Verfolgung der *Kleinschen* Vorstellungen von einer Pflicht der Prozessparteien zur *gegenseitigen Unterstützung*³⁹⁷ – gewissermaßen ein gesetzgeberischer Trick eingesetzt wurde, um der allgemeinen Vorlagepflicht ganz besondere Durchschlagkraft zu verschaffen: Das Kriterium der Gemeinschaftlichkeit wurde dazu herangezogen, um als Gegenausnahmetatbestand die *Ausnahmen von der allgemeinen Vorlagepflicht zu reduzieren* und so den Einsatzbereich der Vorlagepflicht noch mehr auszudehnen; diese Regelungstechnik wird sogleich näher zu beleuchten sein³⁹⁸.

Wenngleich damit feststeht, dass die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel wohl zum Kreis der ältesten, noch fortlebenden Rechtsideen des Verfahrensrechts gezählt werden kann, so muss doch im selben Atemzug auch eingeräumt werden, dass es an sich keine Urform der Gemeinschaftlichkeit gibt, an der man – gewissermaßen wie am Urmeterstab in Paris – anlegen könnte, um festzustellen, wie sie denn in ihrer reinen Form beschaffen sein müsste. Dementsprechend bewegen sich die **Formen ihrer konkreten Ausgestaltungen** in einem sehr breiten Feld. Besonders weit und bunt ist die Palette an **Tatbeständen**, die sich im Laufe der Zeit herausgebildet haben: So werden Beweismittel als gemeinschaftlich angesehen, die im *Miteigentum* stehen oder wenn es zur *Production*³⁹⁹ bzw zur *Realproduction*⁴⁰⁰ gekommen ist; ferner liegt Gemeinschaftlichkeit vor infolge einer *Berufung*⁴⁰¹ bzw einer (förmlichen) *Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung*⁴⁰². Konkret für Urkunden wird darauf abgestellt, ob darin ein *gegenseitiges Rechtsverhältnis*

396 Unten S 171 bei und in FN 682 mit Nachweisen.

397 Nachweise oben S 31 FN 125 f.

398 Unten § 4 I; S 103 ff.

399 Zum Rechtssatz »testes et documenta per productionem fiunt communia« siehe die Nachweise oben S 66 FN 281. An die so genannte Production knüpfte man vor allem im gemeinen Recht an (S 63), sowie nach den Sächsischen Prozessgesetzen (dazu § 3 I.C.3; S 78). Gleiches wurde für die AGO vertreten (S 79 bei FN 327).

400 Cap 10 § 9 Codex juris Bavarici iudicarii; zu diesem oben § 3 I.C.2.a; S 75 f. Ferner siehe die Nachweise S 69 FN 296.

401 Art 386 der Bayerischen Prozessordnung 1869: »Urkunde als Beweismittel bezeichnet und der Gegenpartei mitgeteilt«; näher dazu wiederum oben § 3 I.C.2.a; S 75 f.

402 Siehe die Nachweise oben S 69 FN 298 und S 72 FN 310. Ferner § 304 Abs 1 Z 1 ZPO und § 423 dZPO, wo der Tatbestand allerdings nicht als Fall der Gemeinschaftlichkeit anlegt ist; dazu eingehend später § 4 III.B.5; S 212 ff.

*beurkundet*⁴⁰³ ist, ob sie ob sie Teil von *Handels- oder Geschäftsbüchern*⁴⁰⁴ sind, ob sie *im Interesse des Gegners errichtet*⁴⁰⁵ wurden, ob sie *vorgelegt*⁴⁰⁶ wurden, oder ob sie bereits *Teil der Gerichtsakten*⁴⁰⁷ geworden sind. Beim Zeugen ist etwa der Moment seiner *Benennung*⁴⁰⁸, seiner *Vorladung*⁴⁰⁹, seine *Vereidigung*⁴¹⁰, sein *Erscheinen bei Gericht*⁴¹¹ bzw seine *Sistierung*⁴¹² oder der *Beginn seiner Vernehmung*⁴¹³ relevant gewesen.

Fast ebenso stark variieren die **Rechtsfolgen**, welche an die Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels geknüpft wurden: Ursprünglich (im römischen Recht) diente dieses Kriterium nur der Lösung der Frage, ob die *Vorlage* des Beweismittels verlangt werden kann; dann wurde es auch herangezogen, um zu beantworten, ob ein Beweismittel ebenso *gegen den Beweisführer verwertet* werden kann, sowie ob das *Beweisanbot zurückgezogen* werden darf⁴¹⁴.

Und schließlich zeigt sich, dass die dem Gemeinschaftlichkeitskriterium zugeordnete **systematische Stellung** eine ganz unterschiedliche sein kann: Zwar lässt sich wohl sagen, dass diese Kategorie ganz überwiegend im *Verfahrensrecht* beheimatet war und ist; allerdings findet sich auch eine sehr prominente Ausnahme, welche die Tatbestände der Gemeinschaftlichkeit (nur) im *materiellen Recht* festschreibt (§ 810 BGB). Sind die einschlägigen Bestimmungen im Verfahrensrecht beheimatet, dann können sie entweder als Regelung nur für *einzelne Beweismittel* aufgestellt sein oder auch pauschal im *allgemeinen Teil* des Beweisrechts zum Einsatz kommen⁴¹⁵. Ein systematischer Unterschied

403 § 304 Abs 2 ZPO und § 810 BGB. Ferner Art 386 der Bayerischen Prozessordnung 1869 (zu dieser oben § 3 I.C.2.b; S 76 ff) und § 319 der Hannoverischen Proceßordnung (zu dieser oben § 3 I.C.8; S 85 ff).

404 § 319 der Hannoverischen Proceßordnung (zu dieser oben § 3 I.C.8; S 84 ff).

405 § 304 Abs 2 ZPO und § 810 BGB. Ferner Art 386 der Bayerischen Prozessordnung 1869; zu dieser oben § 3 I.C.2.b; S 76 ff.

406 § 305 Abs 3 der Hannoverischen Proceßordnung (zu dieser oben § 3 I.C.8; S 84 ff).

407 Nachweise oben S 72 FN 309.

408 Art 337 der Bayerischen Prozessordnung von 1839 (zu dieser oben § 3 I.C.2.b; S 77 ff); § 255 der Hannoverischen Proceßordnung (zu dieser oben § 3 I.C.8; S 84 ff).

409 So die Gothaische Gerichts- und Prozeßordnung von 1776 sowie Altenburger Prozeßordnung von 1744; siehe oben § 3 I.C.3; S 78.

410 So in den Sächsischen Prozessgesetzen; dazu oben § 3 I.C.3; S 78.

411 So etwa § 345 ZPO und § 399 dZPO.

412 IV. § 178 der Bremer Gerichtsordnung; zu dieser oben § 3 I.C.6; S 83.

413 So wiederum § 345 ZPO und § 399 dZPO.

414 Dazu oben § 3 I.B.2.b; S 67 ff mit Nachweisen.

415 So zum Beispiel in der Bremer Gerichtsordnung (oben § 3 I.C.6; S 83) und in der Bayerischen Prozessordnung 1869 (oben § 3 I.C.2.b; S 77 ff).

liegt auch darin, in welcher Funktion bzw Prüfungsstufe das Kriterium der Gemeinschaftlichkeit eingesetzt wird: Während ihm in den allermeisten⁴¹⁶ der einbezogenen Rechtsordnungen die Funktion zugeschrieben wurde, eine Vorlagepflicht zu begründen, ist dies in der österreichischen ZPO gerade nicht der Fall; hier greift dieses Kriterium erst auf der Stufe der Gegenausnahmen⁴¹⁷.

Hat man sich damit die Vielfalt der Erscheinungsformen und Ausprägungen dieser Rechtsidee nochmals vergegenwärtigt, könnte es vielleicht schwer fallen, nicht zu resignieren, wenn es darum geht, aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich konkrete Regelmäßigkeiten herzuleiten, um sich daran bei der Auslegung der geltenden Rechtslage anzuhalten. Mitzunehmen ist aber immerhin die Erkenntnis, dass aus dieser Warte für die Möglichkeiten der Ausgestaltung des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit ein überaus weiter Spielraum eingeräumt werden muss. Ergeben sich also beim Verständnis des heutigen Verfahrensrechts Zweifelsfragen, stellt ein Blick in benachbarte und historische Rechtsordnungen für deren Lösung kaum Schranken auf – was aber freilich keineswegs bedeutet, dass diese Rechtsordnungen nicht zumindest als Ideengeber fungieren und so wertvolle Impulse geben können.

Was konkret den Aspekt der **Mitwirkungspflicht** betrifft, entsteht tatsächlich der Eindruck, dass die Suche nach einer wertungsmäßigen Verwandtschaft all jener Tatbestände, die als Unterfälle der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel betrachtet werden, vergebens sein könnte. Schon früh wurde nämlich im Schrifttum der Verdacht geäußert⁴¹⁸, dass man im gemeinen Recht dazu übergegangen war, ein **Beweismittel bloß deswegen als gemeinschaftlich zu bezeichnen, weil man es für sachgerecht hielt, dessen Vorlage einer Partei auftragen zu können**; gemeint war damit also, dass nicht die Gemeinschaftlichkeit zur Mitwirkungspflicht führt, sondern umgekehrt für die Begründung bzw Rechtfertigung einer als sinnvoll empfundenen Mitwirkungspflicht das konturlose Gemeinschaftlichkeitskriterium missbraucht wurde. In diesem Sinne wurde konkret beklagt⁴¹⁹, dass der Gemeinschaftlichkeitsbegriff »bis zur Ungebühr ausgedehnt« wurde und man

416 Eine Ausnahme bildet die Hannoverische Proceßordnung (oben § 3 I.C.8; S 84 ff).

417 Dazu schon oben S 89 sowie auch eingehend unten § 4 I.B; S 108 ff.

418 *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 38.

419 Wiederum *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 38.

Gemeinschaftlichkeit schon dann bejahte, wenn das Beweismittel »durch irgendeine Beziehung Mehreren von Nutzen seyn könnte, jedes, an dem Mehrere auch nur das entfernteste Interesse hätten, so daß es wenig bedurfte, ein [Beweismittel], mochte auch nicht das geringste Recht, auch kein rechtlich begründetes Interesse einem streitenden Theile auf dasselbe zustehen, zu einem *documentum commune* umzuschaffen.« Am Ende der rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichen- den Analyse kann somit in der Tat kaum gezeugnet werden, dass die verschiedenen, heute bekannten Gemeinschaftlichkeitstatbestände ursprünglich aus **keiner greifbaren wertungsmäßigen Verwandtschaft** ähnlich gelagerter Situationen hergeleitet wurden, sondern in der Tat bloß das gemeinsame Schicksal teilen, dass hinsichtlich des Beweismittels eine prozessuale Mitwirkungspflicht für sachgerecht empfunden wurde, ohne dass hierfür eine sonstige Rechtfertigung zur Stelle war. Das Fehlen einer solchen wertungsmäßigen Verwandtschaft der einzelnen Tatbestände in der Rechtshistorie kann aber freilich nicht von vornherein dazu verleiten, den Versuch aufzugeben, für den im heutigen positiven Recht verankerten Gemeinschaftlichkeitsbegriff ein Verständnis zu entwickeln, dass auf einer gemeinsamen Wertung aller davon erfassten Tatbestände beruht.

Für den zweiten Aspekt der Gemeinschaftlichkeit, nämlich die **Beschränkung der Möglichkeiten zur Zurückziehung eines Beweisanbots**, lässt sich aus der vorstehenden Analyse in diesem Abschnitt hingegen eine konkrete und auch für die Auslegung des heutigen Rechts durchaus hilfreiche Aufhellung mitnehmen. Für das geltende Recht hat sich die Frage nach der teleologischen Stoßrichtung solcher Beschränkungen ja bisher als einigermaßen aufklärungsbedürftig erwiesen⁴²⁰. Anhand mehrerer historischer Stellen konnte nun immerhin gezeigt werden, dass Verfahrensrechtssysteme mit *starrten Beweisregeln* dem formellen Umstand, von wem ein Beweisanbot ausging (*Production*), **Bedeutung hinsichtlich der Beweiskraft** dieses Beweismittels beigemessen haben⁴²¹. Die Echtheit/Glaubwürdigkeit der eigenen Urkunden/Zeugen galt als anerkannt und konnte nicht in Frage gestellt werden. Der Umstand, ob ein Beweismittel nach wie vor als vom

420 Für den Urkundenbeweis siehe oben S 16 f; zum Zeugenbeweis oben S 18 f je mit Nachweisen.

421 Zur Bayerischen Prozessordnung 1869 S 77; zur preußischen AGO oben S 81 f; zur Badischen Gerichtsordnung 1820 oben S 84 je mWH.

Beweisführer im förmlichen Sinne angeboten bzw »produciert« anzusehen war oder – infolge einer wirksamen Zurückziehung des Beweis-anbots – eben nicht mehr, hatte somit ganz entscheidende Bedeutung: Solange das Beweismittel als vom Beweisführer »produciert« galt und die Ergebnisse aus der Beweisaufnahme die Behauptungen des Gegners stützten, war der Beweis automatisch erbracht und konnte auch nicht mehr entkräftet werden (*voller Beweis*). Nach dem Verständnis der formellen Beweistheorie hatte der Beweisführer nur die Chance, dieser strengen Konsequenz dadurch zu entkommen, dass er sein Beweisangebot wieder zurückzog. In diesem Licht kam den Beschränkungen der Möglichkeit zur Zurückziehung des eigenen Beweis-anbots also eine wichtige Funktion zu; sie verhinderten, dass die Beweisregel von der Anerkennung der Echtheit/Glaubwürdigkeit des eigenen Beweismittels ins Leere laufen konnte. Ob und inwieweit dieser Gedankengang auch für die Auslegung des geltenden Rechts fruchtbar gemacht werden kann, wird freilich noch zu erörtern sein.

§ 4

Gemeinschaftlichkeit und Mitwirkungspflicht

Beim Versuch, den Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel dogmatisch einzuordnen, muss – wie nun schon wiederholt und deutlich hervorgekommen ist – nach zwei Erscheinungsformen differenziert werden: Zu trennen ist zwischen der **Mitwirkungspflicht** einerseits und den Beschränkungen der Möglichkeit zur **Zurückziehung eines Beweisanbots** andererseits. Nachdem die einschlägigen Bestimmungen der ZPO keine beweismittelübergreifenden Regelungen im allgemeinen Teil des Beweisrechts aufstellen, sondern diese spezifisch hinsichtlich der einzelnen Beweismittel vorgenommen werden⁴²², empfiehlt es sich, auch die folgenden Überlegungen diesem System folgen zu lassen.

I. Allgemeines und Prüfungsschema

A. Terminologisches

Bevor sogleich die konkreten Bestimmungen der ZPO zu den einzelnen Beweismittelarten speziell im Hinblick auf das ihnen zugrunde liegende Prüfungsschema ausgewertet werden, erscheinen ein paar knappe Klarstellungen terminologischer Natur hilfreich.

1. Pflicht oder Last zu Mitwirkung?

Im Rahmen dieser Arbeit wurde bisher relativ unbedarft stets der von der *Pflicht* einer Partei zur Mitwirkung bzw Vorlage gesprochen. Dies war

⁴²² Siehe schon oben § 1 II.A; S 12 ff.

gewissermaßen voreilig, solange noch keine Überlegungen dazu angestellt wurden, ob es sich dabei nicht möglicherweise um eine (bloße) *Last* der Partei handelt⁴²³. Die Frage, wie die exakte **Grenzziehung** zwischen diesen beiden Kategorien zu erfolgen hat bzw welche Kriterien dabei maßgebend sind, scheint in der Literatur etwas vernachlässigt. Es finden sich dazu bloß wenige grundsätzliche und konkrete Stellungnahmen. Zumeist behandelt man diese Problematik nur im Rahmen der Behauptungs- und Beweislast, wo betont wird, dass die einschlägigen Regeln zwar Pflichten der Parteien schaffen, diese jedoch *keine Pflichten im Rechtssinn* darstellen und daher *nicht unmittelbar erzwingbar* sind⁴²⁴. Soweit man eine abstrahierende, über das Beweisrecht hinausgehende Definition sucht, findet man Formulierungen, wonach unter der Prozesslast all jene Fälle zu verstehen sind, in denen die Passivität einer Partei kraft Gesetzes bewirkt, dass die Partei in bestimmter Weise prozessual zu »benachteiligen« ist⁴²⁵; andere⁴²⁶ sprechen von *Risikozuweisungen*, die *ohne Verhaltensbewertung* an den Tatbestand der Risikobewältigung anknüpfen und einsetzen, wenn Umstände zu bewerten sind, die weder von der einen noch von der anderen Seite zu vertreten sind. Als Kern der allermeisten dieser Ansätze vermag man wohl herauszufiltern, dass es sich bei Lasten um Verhaltensanordnungen handeln soll, deren Inhalt – zum Unterschied von den Pflichten im Rechtssinn – eben *nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt* werden kann⁴²⁷.

Vermutlich am eingehendsten und meines Erachtens sehr überzeugend hat sich *Lent* mit der Abgrenzung befasst; er streicht zunächst heraus, dass eben dieses häufig herangezogene Kriterium der zwangsweisen Durchsetzbarkeit *nicht* aussagekräftig sei⁴²⁸: Denn der Zwang, der zur Durchsetzung von *Pflichten* eingesetzt werde (Geldstrafen und Haft

423 Die Unterscheidung zwischen prozessualen Pflichten und Lasten dürfte im Kern auf *Bülow*, ACP 62, 1 (11 ff und 27 ff) zurückgehen; dazu samt weiteren Nachweisen zur historischen Genese dieser Kategorienbildung *Stürner*, Aufklärungspflicht 71 ff.

424 Siehe etwa *Fasching*, Lehrbuch² Rz 876 (zur Behauptungslast).

425 In diesem Sinn wohl etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 2 Rz 11. Siehe dazu die Nachweise bei *Hippel*, Wahrheitspflicht 309 ff FN 47, der sich selbst allerdings kritisch im Hinblick auf diese Kategorienbildung äußert (aaO 317 ff: »typische Fehlabbstraktion«). Ferner in diesem Sinn wohl zB auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 114 Rz 39 zur Behauptungslast.

426 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 329 FN 1.

427 Konkret in diesem Sinn für die Urkundenvorlagepflicht etwa *Neumayr/Resch*, JBl 2012, 627 (633).

428 *Lent*, ZZP 67, 344 (348 ff); ihm folgend *Stürner*, Aufklärungspflicht 81 f. Anders aber etwa *Rassi*, ZZP 121, 165 (167).

als Beugestrafen) unterscheide sich genau genommen nicht von jenen anderen (prozessualen) Nachteilen, die an die Nichterfüllung von *Lasten* knüpfen. In beiden Situationen würden Nachteile angedroht, um ein bestimmtes Verhalten der Partei zu erreichen; ein grundsätzlicher Unterschied sei deshalb nicht zu erkennen⁴²⁹. Letztlich könne das **charakteristische Merkmal der Lasten** nur darin gesehen werden, dass ihre Nichtbeachtung von der Rechtsordnung nicht in derselben Art gemissbilligt werde wie die Verletzung einer Pflicht im Rechtssinn⁴³⁰, sie also **nicht als rechtswidrig** einzustufen sei und daher **keine schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit** auslösen könne. Was speziell die von den Parteien abverlangte Mitwirkung⁴³¹ und insbesondere die Pflicht zur Urkundenvorlage⁴³² betrifft, geht *Lent* daher von echten Pflichten aus.

Lents Standpunkt scheint konsequent sowie ausgewogen und überzeugt daher meines Erachtens; er wurde weitgehend übernommen⁴³³. In der Tat wird man daher die prozessualen **Mitwirkungspflichten** einer Partei als **Pflichten im Rechtssinn** anzusehen haben, deren Verletzung grundsätzlich **schadenersatzpflichtig** machen kann. Unter anderem hat sich auch *Bienert-Nießl*⁴³⁴ der Auffassung *Lents* im Ergebnis angeschlossen. Allerdings dürfte die von ihr konkret gelieferte Begründung meines Erachtens nicht exakt den Kern der Sache treffen. Sie stützt sich nämlich in erster Linie auf das – auch von *Lent*⁴³⁵ ins Treffen geführte – Argument, dass bei Lasten die Sanktion infolge einer Verletzung immer nur jene Partei treffen könne, welche die Verhaltensanordnung aus der Obliegenheit/Last nicht beachtet habe; bei der Verletzung von prozessualen Mitwirkungspflichten sei es aber – so *Bienert-Nießl* – keineswegs ein Automatismus, dass dadurch allein die pflichtvergessene Partei

429 So im Ergebnis implizit wohl auch *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 50, der ausdrücklich von prozessualen Pflichten spricht, die nicht zwangsweise durchgesetzt werden können.

430 In diesem Sinn auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 2 Rz 14.

431 *Lent*, ZZP 67, 344 (344 und 350).

432 *Lent*, ZZP 67, 344 (352). Ebenso *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 2 Rz 15.

433 Etwa *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht 14 ff.; *Stürner*, Aufklärungspflicht 82 ff.; *Kawano*, FS Henckel 409 (413). Anders aber (für eine bloße Obliegenheit) *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage 335; *Neumayr/Resch*, JBl 2012, 627 (633); *Oberhammer* in Kralik/Rechberger, Konfliktvermeidung 31 (70 f); diesem folgend *Rassi*, ZZP 121, 165 (167 f); ferner wohl auch OGH 9 Ob 12/05p in SZ 2005/73 = JBl 2005, 738 = EvBl 2005/175 und *Dilcher*, AcP 158, 469 (476 ff).

434 Auskunftspflichten 329 ff.

435 ZZP 67, 344 (347).

belastet wird, sondern es könne als deren Folge ebenso der Gegner der mitwirkungspflichtigen Partei belastet sein, weil ja das Gericht die Nichtbeachtung frei zu würdigen habe (§ 307 Abs 2 ZPO). Ein solcher Gedankengang greift aber wohl etwas zu kurz: Zwar trifft es zu, dass die Verletzung der Mitwirkungspflicht durch die nicht beweisbelastete Partei nicht zwingend zu ihren Lasten ausschlagen muss, doch ist dies auch gar nicht unbedingt erforderlich; generell genügt für die Annahme einer Obliegenheit nämlich bereits, dass bei Nichtbeachtung die Gefahr eines Nachteils besteht (hier konkret die erhöhte Gefahr einer negativen Würdigung durch das Gericht), weil bereits darin eine Sanktion für die Verletzung der Obliegenheit erblickt werden kann⁴³⁶.

Es lässt sich meines Erachtens das **Fazit** ziehen, dass die in dieser Arbeit bisher verwendete Bezeichnung der prozessualen Verhaltensanordnungen infolge Gemeinschaftlichkeit als Mitwirkungspflicht ihre rechtliche Qualifikation zutreffend wiedergibt; die eingangs gewählte Terminologie kann daher beibehalten werden. Für die hier interessierenden Fragen rund um den Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz kommt aber dieser Einordnung (Pflicht im Rechtssinn oder bloße Prozesslast) wohl ohnehin kaum entscheidende Bedeutung zu⁴³⁷.

2. »Recht auf Passivität«

Im Zusammenhang mit der Prüfung von Mitwirkungspflichten wird häufig – gleichsam infolge eines Perspektivenwechsels – die Frage nach dem Recht auf (prozessuale) Passivität⁴³⁸ gestellt. Dieses Schlagwort, das sich als prägnanter Begriff für den **Gegenpol zur Mitwirkungspflicht**

436 Belegen lässt sich dieses Argument durch einen Blick ins materielle Recht: So zieht etwa auch die Verletzung der Annahmepflicht des Käufers nach herrschender Auffassung als widrige Folge im Sinne des § 1419 ABGB den Übergang der Preisgefahr nach sich (statt aller *Koziol* in KBB, ABGB⁴ § 1419 Rz 4); auch hier erhöht sich also lediglich das Risiko für den Adressaten der Obliegenheit durch deren Verletzung, keineswegs müssen ihn aber zwingend reale Nachteile treffen.

437 In diesem Sinn auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 329. Aus diesem Grund schien es auch legitim, diese Frage gleichsam etwas peripher unter dem Titel »Terminologisches« abzuhandeln.

438 Diese Formulierung hat sich sowohl in der österreichischen als auch in der deutschen Diskussion eingebürgert: Siehe bloß etwa bloß *Stürner*, Aufklärungspflicht 58; *derselbe*, ZZZ 98, 237 (246); *Klicka*, JBl 1992, 231 (231); *Rassi*, ZZZ 121, 165 (165). Vgl auch schon die etwas dramatischer gewählte Ausdrucksweise bei *Klein* (Nachweise oben S 9 bei FN 40), der die Frage stellt, ob eine Partei zusehen dürfe, wie der Gegner »angesichts des Ufers ertrinkt« bzw »verblutet«.

eingebürgert hat, greift meines Erachtens genau genommen jedoch etwas zu kurz. Soll der Beweisgegner an der Wahrheitserforschung mitwirken, kann von ihm nämlich nicht nur ein aktives Tun, sondern ebenso ein bloßes Dulden (zum Beispiel: Untersuchung seiner Liegenschaft) gefordert sein. Ebenfalls ist denkbar, dass einer Mitwirkungspflicht ja gerade auch dadurch bewusst entsprochen werden kann, dass sich die verpflichtete Partei passiv verhält, nämlich immer dann, wenn ihrem Schweigen von Gesetzes wegen ein bestimmter Mitteilungswert beigelegt ist. So kann die Pflicht zur Mitwirkung an der Wahrheitsermittlung wohl ohne weiteres dadurch erfüllt werden, dass sich die Partei passiv verhält und die vom Gegner behaupteten Tatsachen nicht bestreitet, so dass diese als zugestanden angesehen werden können (§ 267 ZPO); in diesen Fällen wird die **Mitwirkungspflicht durch die Passivität also nicht verletzt**, sondern in einer bequemen Form erfüllt⁴³⁹.

Setzt man die Negation einer Mitwirkungspflicht mit dem Recht auf Passivität gleich, könnte dies also Missverständnisse hervorrufen, weil damit der Aspekt einer Mitwirkung durch bloße Duldung (*»Pflicht zur Passivität«*) oder durch »mitwirkende Passivität« vernachlässigt wird.

Ferner ist in diesem Zusammenhang herauszustreichen, dass eine Verletzung der Mitwirkungspflicht freilich nicht allein dadurch erfolgen kann, dass der Beweisgegner sich passiv verhält bzw eine Beweisaufnahme nicht duldet. Gleichermäßen denkbar – und in praxi wohl auch gar nicht selten – sind Konstellationen, in denen er sogar **durch aktives Tun die Beweisführung erschwert** bzw verhindert, zum Beispiel indem er Beweismittel verbringt, vernichtet oder unbrauchbar macht. In der Literatur entsteht bisweilen der Eindruck, man habe solche Situationen als eigene Fallgruppe innerhalb der Mitwirkungspflichten zu behandeln⁴⁴⁰. Meines Erachtens erscheint dies aber nicht zwingend notwendig. Es bedarf nämlich wohl keiner vertieften Darlegung, dass wenn infolge einer Mitwirkungspflicht schon passives Verhalten des Beweisgegners unstatthaft ist, dies selbstverständlich umso mehr für aktives Tun gelten muss, welches denselben Erfolg herbeiführt⁴⁴¹. Eigenständige Bedeutung erlangt die Frage nach der Zulässigkeit einer Beweisvereitelung durch aktives Tun wohl erst und *nur dann, wenn keine Mitwirkungspflicht* besteht, also ein Recht auf Passivität angenommen

439 Dazu *Hippel*, Aufklärungspflicht 310 f.

440 *Klicka*, JBl 1992, 231 (232: »spezielle Gruppe«).

441 In diesem Sinn wohl auch *Lorenz*, ZZZ 111, 35 (58), und *Rassi*, ZZZ 121, 165 (193 bei FN 191).

werden kann; hier ist dann in der Tat separat zu prüfen, ob die aktive Vereitelung/Erschwerung einer Beweisführung unzulässig ist.

Die hier interessierende Gemeinschaftlichkeit von Beweismitteln greift – wie schon hervorgekommen ist – bereits auf der Ebene der Mitwirkungspflichten ein (als Tatbestand einer Gegenausnahme). Darüber hinaus – wenn also keine Mitwirkungspflicht besteht, somit ein Recht auf Passivität zu bejahen ist und die Frage, ob Beweisvereitelung durch aktives Tun zulässig ist, separat zu prüfen wäre – wird das Gemeinschaftlichkeitskriterium demnach nicht mehr relevant. Im Rahmen der folgenden Überlegungen kann die Differenzierung zwischen aktiver und passiver Beweisvereitelung daher außer Betracht bleiben. Diese fraglos spannende Problematik muss einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben.

B. Prüfungsschema für prozessuale Mitwirkungspflichten und Einordnung der Gemeinschaftlichkeit

Widmet man sich den Konsequenzen der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels auf die prozessualen Mitwirkungspflichten, läuft die entscheidende Regelungsfrage, wie schon herausgearbeitet wurde, darauf hinaus, inwieweit der Gegner⁴⁴² der beweisbelasteten

442 Es besteht grundsätzlich *kein* Bedarf, Mitwirkungspflichten jener **Partei** zu prüfen, die **selbst behauptungs- bzw beweisbelastet** ist; *Klicka*, JBl 1992, 231 (231). Siehe ferner auch schon *Heldmann*, ZZP 26, 407 (429). Unter Umständen könnte sich hier gewissermaßen aber dennoch die Frage nach der Reichweite der Mitwirkung der beweisbelasteten Partei stellen, wenn diese nämlich selbst ein Interesse daran hat, die Offenlegung der von ihr behauptungs- und beweispflichtigen Tatsachen zu verweigern. In diesem Zusammenhang wurde gefordert, auch der beweisbelasteten Partei den Schutz ihrer *Geheimsphäre* (zu diesem mitwirkungshemmenden Faktor eingehend unten § 4 II.B.2; S 138 ff) nicht ganz zu versagen, und daher die Möglichkeit eines partiell geheimen, also die nicht beweisbelastete Partei teilweise ausschließenden Erkenntnisverfahrens diskutiert (*Stürmer*, Aufklärungspflicht 223 ff; *derselbe*, JZ 1985, 453 [458 f: »Geheimverfahren«] mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das Schweizer und das US-amerikanische Recht). Wie *Stürmer* als geistiger Vater dieses Konzepts selbst einräumt, sprechen schon *prima vista* zahlreiche grundlegende Einwände gegen dieses Modell; insbesondere im Hinblick auf die tragenden Prozessgrundsätze des Rechts auf beiderseitiges Gehör und Parteiöffentlichkeit erscheint seine Verwirklichung problematisch; gegen diese Möglichkeit nach österreichischer Rechtslage auch *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (91) mwH. Jüngst mit guten Argumenten für die Zulässigkeit eines in-Camera-Verfahrens aber *Schneider*, ÖJZ 2013, 149 (insb 151 ff).

Partei⁴⁴³ nach prozessualen Regeln – allenfalls auch parallel zu materiellrechtlichen Ansprüchen⁴⁴⁴! – zur **Vorlage von Beweismitteln** (bei den körperlichen Beweismitteln: Urkunden, Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen) oder durch **sonstige**⁴⁴⁵ **Mitwirkung** (bei den Vernehmungsbeweisen) dazu verpflichtet ist, die Beweisaufnahme zu ermöglichen. Noch abstrakter formuliert geht es im Kern um einen Aspekt der Pflicht der Parteien, überhaupt *an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken*. Dies wurde zutreffend und wohl ohne jede Übertreibung als eine *zentrale rechtspolitische Grundfrage des Zivilprozesses* bezeichnet⁴⁴⁶, zugleich aber auch als eines seiner *großen ungelösten Strukturprobleme*⁴⁴⁷. In jüngerer Zeit haben Teile des Schrifttums⁴⁴⁸ für die – im Wege einer Gesamtanalogie gebotene – **Anerkennung einer allgemeinen Pflicht** des Verfahrensgegners plädiert,

443 Bisweilen nicht ganz einfach zu beantworten ist die Frage der **Passivlegitimation** für den Vorlageauftrag. Voraussetzung eines Vorlageauftrags ist ganz allgemein, dass sich die vorzuliegende Urkunde »in den Händen des Gegners befindet« (§ 303 Abs 1 ZPO). Der antragsstellende Beweisführer hat die Umstände darzulegen, welche »den Besitz der Urkunde seitens des Gegners wahrscheinlich machen« (§ 303 Abs 2 Satz 2 ZPO). Daraus ist abzuleiten, dass der Gegner im »Besitz« der Urkunde sein muss; betont wird in diesem Zusammenhang allerdings, dass »Besitz« hier nicht im technischen Sinn zu verstehen ist, sondern bloß gefordert ist, dass der Gegner zur Vorlage faktisch in der Lage ist (*Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 303 ZPO Rz 19). Zu diesem Erfordernis näher siehe auch unten S 111 FN 456.

444 Zu diesen oben § 2 II.B; S 41 ff.

445 Zu denken wäre beispielsweise an die schon angesprochene (oben S 21 bei und in FN 85) Entbindung des Zeugen von seinen Verschwiegenheitspflichten.

446 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 303 ZPO Rz 3.

447 *Gottwald*, BeitrZPR V 19 (21). Gleicher Auffassung, wenngleich etwas zurückhaltender formulieren auch *Schrutka*, ZdZP 17, 189 (193: »heikle Frage«), und *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² Vor § 266 ZPO Rz 3 (»nicht völlig abgeklärt«). Siehe auch *Rassi*, ZZP 121, 165 (188 f: noch nicht »umfassend und systematisch durchdrungen gelöst«), sowie *Oberhammer* in Kralik/Rechberger, Konfliktvermeidung 31 (60) konkret im Hinblick auf die mit der Frage nach der Mitwirkung eng zusammenhängende (vgl oben S 29 bei und in FN 114 mWH) Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht.

448 Für den österreichischen Rechtsbereich tiefgehend und aufschlussreich in erster Linie zuletzt *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten, insb 358 ff; ihr folgend *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² Vor § 266 ZPO Rz 3; *Rassi*, ZZP 121, 165 (185, 195 und 202). Wohl auch schon in diesem Sinne *Oberhammer*, ZZP 113, 295 (109 FN 56), und *Klicka*, JBl 1992, 231 (234: »beinahe komplettes System an Rechtsvorschriften [...], um die Beweismittel zur Sachverhaltsermittlung weitestgehend zu nutzen«). Zur Analogiebasis im Einzelnen – insbesondere § 178 Abs 1, § 184 Abs 1, § 258 Abs 2 ZPO – eingehend oben S 29 ff mWH.

grundsätzlich alle in seinen Händen bzw in seiner Sphäre⁴⁴⁹ befindlichen Beweismittel nutzbar zu machen; freilich sei aber keine absolute Geltung dieses Prinzips anzunehmen, sondern es werde durch zahlreiche Ausnahmen relativiert, welche das Ergebnis einer vom Gesetzgeber abstrakt vorgenommenen Interessenabwägung darstellen⁴⁵⁰.

Diese Auffassung von einer generellen Mitwirkungspflicht, die nicht unwidersprochen geblieben ist⁴⁵¹, überzeugt meines Erachtens (was die nachfolgenden Überlegungen noch bestätigen werden). Hat man nun speziell den Aspekt der Gemeinschaftlichkeit im Rahmen der Mitwirkung im Fokus, empfiehlt es sich, den Ansatz noch etwas zuzuspitzen und strukturell zu verfeinern; dies wird es erleichtern, die

449 Die Möglichkeit zu einem Vorlageauftrag wird grundsätzlich auch dann bejaht, wenn zwar nicht der Gegner selbst das Beweismittel in Händen hat, sich dieses jedoch in den Händen einer Person befindet, der sie der Gegner anvertraut hat und die sie in seinem Namen innehat (*Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 358 FN 114; Fragenbeantwortung JMVBl 1897/44, 60; *Klein/Engel*, Zivilprozeß 352; *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 303 ZPO Rz 21). Demnach genügt also bereits **Verfügungsgewalt des Gegners über das Beweismittel** (*Bienert-Nießl*, aaO; *Kodek*, aaO mit Hinweis auf OGH 2 Ob 1025/37 in SZ 19/325), damit ihm ein Vorlageauftrag erteilt werden kann. Verweigert in einer solchen Situation der für den Gegner verwahrende Dritte die Herausgabe an den vorlagepflichtigen Gegner, dann ist nicht gegen den verwahrenden Dritten gem § 308 ZPO vorzugehen, sondern das Verhalten des Gegners gemäß § 307 Abs 2 ZPO zu würdigen, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, ob dieser ausreichende (zumutbare) Schritte gesetzt hat, den Verwahrer zur Vorlage der Urkunde zu bewegen. Wenn der Gegner die Urkunde allerdings weder selbst hat, noch in seinem Auftrag von einem Dritten verwahren lässt, kann er nicht gem §§ 303 f ZPO zur Vorlage verhalten werden, und zwar selbst dann nicht, wenn er die Urkunde bei dem Dritten beschaffen könnte; es trifft den Gegner also **keine Verschaffungspflicht**. Vielmehr muss in einer solchen Situation der Beweisführer gem § 308 ZPO unmittelbar gegen den Dritten vorgehen (*Kodek*, aaO). Dazu eingehend im Zusammenhang mit Aufsichtsratsprotokollen *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 (63 f). Siehe auch oben S 109 FN 443.

450 In diesem Sinn schon im Jahre 1827 treffend *Blattner*, Edition von Urkunden 9 (Die Mitwirkungspflicht »tritt so oft ein, als höhere gesetzgeberische Motive, oder Grund-Prinzipien des Rechts es vorsehen, daß das Recht eines jeden Einzelnen an den in seiner Verwahrung oder seinem Eigenthume befindlichen Urkunden höheren Rücksichten weichen« muss). Ferner *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (287); *derselbe* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 305 ZPO Rz 2; *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (197). Zur verwandten (vgl oben S 90 f) Bestimmung des § 810 BGB *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 819 Rz 1. Ferner *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 359 ff, die in diesem Zusammenhang die bisweilen im Einzelfall unbefriedigenden Ergebnisse einer solchen vom Gesetzgeber pauschal gelösten Interessenabwägung zur Sprache bringt; *Kodek*, aaO Rz 3, hält dies jedoch durch den Vorteil der Rechtssicherheit für aufgewogen.

451 Dagegen vor allem *Fasching* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² Einl II/1 Rz 18.

je nach Beweismittelart durchaus unterschiedlich ausgestalteten Mitwirkungspflichten einander gegenüber zu stellen und im Hinblick auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen miteinander zu vergleichen. Ausgangspunkt ist, wie gesagt, der **Grundsatz**, dass jede Partei eine *allgemeine (prozessuale) Pflicht zur Mitwirkung* an der Wahrheitsermittlung trifft.

Diese allgemeine Mitwirkungspflicht kann aber, wie ebenfalls schon betont wurde, bisweilen eingeschränkt sein, wenn andere Interessen (zum Beispiel der Schutz der Individualsphäre) das ihr zugrunde liegende Prozessziel der Wahrheitserforschung in den Hintergrund treten lassen; diese **Ausnahmen** vom Grundsatz der Mitwirkungspflicht sind konkret in Gestalt von *Weigerungsgründen* im Gesetz festgeschrieben⁴⁵². Die Nichtmitwirkung des Gegners darf bei Bestehen eines Verweigerungsgrundes vom Gericht nicht negativ gewürdigt werden⁴⁵³.

In bestimmten Fällen ist die Mitwirkungspflicht jedoch unbedingt – bzw wie bisweilen⁴⁵⁴ formuliert wird: »absolut« – ausgestaltet, also gleichsam gegen die Ausnahmetatbestände immunisiert. Es liegt dann eine **Gegenausnahme** vor. Genau eine solche Gegenausnahme ist nun insbesondere in Form der unbedingten Vorlagepflichten infolge einer **Gemeinschaftlichkeit** des Beweismittels vorgesehen⁴⁵⁵.

452 Zur Auslegung und zum Anwendungsbereich einzelner Tatbestände siehe etwa *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 (64 ff).

453 Rechtsprechung zu dieser Frage existiert – soweit überblickbar – nur für den Fall, dass der Gegner des Beweisführers den Zeugen nicht von einer Verschwiegenheitspflicht entbindet: In diesen Konstellationen hat der OGH (1 Ob 254/99f in JBl 2000, 657 mit Anm *Jabornegg*) den Standpunkt eingenommen, dass die unterlassene Mitwirkung des Gegners (= Nichtentbindung des Zeugen) nicht zu seinem Nachteil gewürdigt werden darf; dies dürfte auch der wohl überwiegenden Auffassung entsprechen (*Arnold*, Entscheidungsanmerkung zu VwGH 86/05/0046, AnwBl 1987, 145; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 984/1; *Moritz*, Darf die Nichtentbindung von einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht der Beweiswürdigung unterzogen werden? ÖGZ 1986, 14; *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 [64 f]; aA jedoch *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² § 305 ZPO Rz 17).

454 *Kodek* in *Fasching/Konecny*; *Zivilprozeßgesetze*² § 303 ZPO Rz 2; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 359; *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (198).

455 Teilweise wird allerdings vertreten, dass selbst bei gemeinschaftlichen Urkunden die Vorlagepflicht *durch Verschwiegenheitspflichten beschränkt* werden kann. *Fasching* (Lehrbuch² Rz 958) formuliert wörtlich: »Besteht eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht für die beurkundeten Tatsachen, dann wird diese unbedingte Vorlagepflicht [gemeint: für gemeinschaftliche Urkunden] *fallweise beschränkt*: Ist ein Dritter durch diese Pflicht geschützt, dann kann die Vorlage der Urkunde verweigert werden.« Folgt man dieser Auffassung, könnte also selbst bei Gemeinschaftlichkeit der Urkunde ein Vorlageverweigerungsrecht in Anspruch genommen werden,

Damit zeigt sich, dass den Bestimmungen der österreichischen ZPO zur Frage der Mitwirkungspflichten im Grundsatz ein Prüfungsschema nach dem Modell von **Regel-Ausnahme-Gegenausnahme** inhärent ist⁴⁵⁶. Hierin liegt – nota bene! – ein Befund der keineswegs selbstverständlich ist und in anderen (historischen und heutigen) Verfahrensrechtsordnungen durchaus auch anders ausfällt⁴⁵⁷. Da dies im Gesetz nicht immer in voller Deutlichkeit zutage tritt, erscheint es umso wichtiger, die einschlägigen Bestimmungen mithilfe dieses Rasters einzuordnen und auszulegen.

Sollen nun die Voraussetzungen und Wirkungen der **Gemeinschaftlichkeit** im Hinblick auf die prozessualen Mitwirkungspflichten von Beweismitteln ergründet werden, bewegt man sich demnach auf der **Ebene der Gegenausnahme**. Denn liegt nämlich die hier interessierende Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels vor, führt dies ja dazu, dass die Mitwirkungspflicht absolute Wirkung erlangt; es greift also – wie schon erwähnt – eine Gegenausnahme zu den Ausnahmen von der allgemeinen Mitwirkungspflicht. Soll nun deren Anwendungsbereich und Stellenwert bestimmt werden, verbietet es sich freilich, mit den Überlegungen erst auf dieser letzten Stufe des Prüfungsschemas anzusetzen und nur die Gegenausnahme isoliert zu betrachten. Vielmehr muss zuvor ebenso Klarheit über den Anwendungsbereich der *Grundregel* und der *Ausnahmen* hiezu bestehen. Um Voraussetzungen und Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels für die Mitwirkungspflicht erörtern, ist es also geboten, gewissermaßen etwas weiter auszuholen und als Vorfrage zunächst die Analogiebasis für die *Grundregel* der allgemeinen prozessualen Mitwirkungspflicht auszuleuchten, um deren Reichweite konkretisieren zu können. In einem zweiten Schritt ist sodann herauszuarbeiten, in welchen Konstellationen Weigerungsgründe eingreifen, wann also *Ausnahmen* von der Mitwirkungspflicht als Grundregel vorgesehen sind. Erst die daraus gewonnen Erkenntnisse werden eine taugliche dogmatische Basis bilden, um die Voraussetzungen und Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels harmonisch in das Gesamtsystem des Beweisrechts einzugliedern.

▷▷ wenn eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht besteht und diese dem Schutz eines Dritten dient; die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels hätte dann nicht mehr den Stellenwert eine Gegenausnahme. Soweit Überblickbar ist die zitierte Auffassung allerdings vereinzelt geblieben.

456 Siehe auch schon *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 (62).

457 Vgl zu dieser Sonderkonstellation in der ZPO schon oben S 100 f.

II. Tangierte Regelungsprinzipien und Interessen

Die im Gesetz jeweils vorgesehenen Ausnahmen und Gegenausnahmen sind freilich nichts anderes als ein Ausdruck dafür, welchen Interessen und Prozesszielen⁴⁵⁸ der Gesetzgeber im Konfliktfall den Vorzug eingeräumt hat. Es handelt sich dabei naturgemäß um eine **typisierte Abwägung**, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass sowohl der Tatbestand der Ausnahmen (§ 305 Z 5 ZPO) als auch der Tatbestand der Gemeinschaftlichkeit⁴⁵⁹ offen formuliert sind. Im Folgenden sollen nun die gesetzlichen Regelungen zu Ausnahmen und Gegenausnahmen in Bezug auf die einzelnen Beweismittel erörtert werden. Um diese richtig würdigen zu können, ist es hilfreich, schon zuvor jene Regelungsprinzipien und Prozessmaximen⁴⁶⁰, die von den einschlägigen Regelungen tangiert sein können, namhaft zu machen, um sich so einen Überblick zu verschaffen⁴⁶¹ und die Sinne für die anstehende Analyse zu schärfen. Eine solche langsame und schrittweise Annäherung empfiehlt sich auch deshalb, weil der Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel – wie sogleich erkennbar werden wird – am Schnittpunkt eines sehr **vielschichtigen Prinzipienkonflikts** angesiedelt ist⁴⁶². Will man nicht Gefahr laufen, einzelne Wertungsgesichtspunkte zu übergehen, so ist es nützlich, sich schon vorweg möglichst alle tangierten Bauprinzipien des Prozessrechts in Erinnerung zu rufen bzw bewusst zu machen. Nachdem die Zahl der potenziell Einfluss nehmenden Faktoren prima vista durchaus umfangreich ausfällt, ist eine Gliederung sinnvoll, die danach differenziert, ob der jeweilige Gesichtspunkt die

458 Dass hinter einer prozessualen Regelung freilich auch eine Mehrzahl verschiedener Prozessziele stehen kann, betont etwa *Gaul*, AcP 168, 27 (3), ganz zutreffend; auch dabei sei die Abwägung und Ergründung der maßgebenden Wertungen entscheidend.

459 Siehe dazu unten S 178 bei und in FN 703 f samt Nachweisen.

460 Zur Begrifflichkeit der Prozessmaxime, insbesondere zu deren Abgrenzung gegenüber Prozesszielen *Leipold*, FS Fasching 329 (330 f).

461 Den Wert der Prozessgrundsätze als Hilfe zur Orientierung innerhalb der Vielzahl prozessualer Regeln betont etwa auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 636, explizit. Relativierend aber etwa *Gaul*, AcP 168, 27 (34 f): »Die Gefahr, daß man aus dem jeweils zugrunde gelegten Zweck des Zivilprozesses als Einrichtung die Einzelheiten abzuleiten und damit prozessuale Probleme zu lösen sucht, ist groß, und nur wenige zentrale Fragen des Prozeßrechts lassen sich unmittelbar zum Prozeßzweck in Beziehung setzen [...].«; siehe auch *denselben*, aaO 62.

462 So explizit auch *Blattner*, Edition von Urkunden 4.

Mitwirkungspflicht fördert (sogleich Punkt A) oder ob er ihr im Wege steht (unten Punkt B; S 131 ff).

A. Mitwirkungsfördernde Faktoren

1. Wahrheitsfindung als Prozesszweck

In jeder Hinsicht zentral für nahezu alle Fragen rund um das Verständnis beweisrechtlicher Bestimmungen (und deshalb hier an den Beginn zu stellen) ist die Maxime der Wahrheitserforschung im Zivilprozess. Dies gilt erst recht für die prozessuale Mitwirkungspflicht⁴⁶³ und ganz besonderes auch für die hier interessierende Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel⁴⁶⁴.

Den Ausgangs- und Angelpunkt hierfür sieht man üblicherweise im so genannten **Justiz(gewährungs)anspruch** (auch: Rechtspflegeanspruch), der jedem Privatrechtssubjekt das subjektive öffentliche Recht gegen den Staat auf Tätigwerden der Gerichte zubilligt⁴⁶⁵; er wurde in Österreich (erst⁴⁶⁶) durch das Recht auf ein faires Verfahren in Art 6 EMRK, welcher im Verfassungsrang steht⁴⁶⁷, verankert⁴⁶⁸. Mit dem Recht auf ein *fares und effektives Verfahren* ist freilich – nota bene! – nicht unbedingt die Garantie einer absolut richtigen Entscheidung gleichzusetzen⁴⁶⁹. Was aber jedenfalls aus dem Justizgewährungsanspruch

463 Siehe bloß *Klicka*, JBl 1992, 231 (231); *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (292).

464 So bringen etwa die Gesetzesmaterialien (Materialien CPG I 309) und *Mittermaier*, Edition von Urkunden 76, die Urkundenvorlagepflicht ausdrücklich mit dem Prozesszweck der Wahrheitsfindung in Zusammenhang. Zum gemeinen Recht etwa schon *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (402), nach dem »der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel [...] auf der Idee [beruht], den Sieg des materiellen Rechts zu ermitteln«.

465 Siehe bloß *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² Einl I Rz 59; *derselbe*, Lehrbuch² Rz 9; *Stürner*, Aufklärungspflicht 31 ff; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 3 Rz 1 f je mwH.

466 *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht³ Rz 13 mwH.

467 BGBl 1964/59.

468 *Ballon*, ZZP 96, 409 (462 ff); *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² Einl I Rz 61; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 3 Rz 4.

469 Ein solcher Anspruch, der über die Ausübung der Rechtspflege hinausgeht und zudem – bei Vorliegen einer objektiv günstigen Rechtslage – auch das Recht auf eine für den Rechtssuchenden günstige Entscheidung mit sich brächte, wäre nur im Rahmen des so genannten *Rechtsschutzanspruchs* gesichert, welcher aber nach heute herrschender Ansicht nicht anerkannt ist. Siehe nur *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² Einl I Rz 59; *derselbe*, Lehrbuch²

folgt, ist immerhin die **Ausrichtung des Zivilprozesses auf die Wahrheitsfindung**⁴⁷⁰. Oft wird auch formuliert, der Zivilprozess habe das Ziel einer *richtigen Entscheidung*, also einer Entscheidung auf möglichst vollständiger und richtiger Tatsachengrundlage⁴⁷¹: Als richtig könne eine Entscheidung nur dann zu betrachten sein, wenn sie nicht nur rechtsrichtig im Sinne einer fehlerfreien Subsumtion ist, sondern zudem auch auf der Grundlage des tatsächlichen historischen Geschehens fußt; soll der Zivilprozess diesen Zweck gerecht werden, müsse er auf die Wahrheitserforschung ausgerichtet sein.

Neben dem Justizgewährungsanspruch der Privatrechtssubjekte werden aber auch **öffentliche Interessen** als Zweck der Wahrheitsfindung – und somit (implizit) auch als Zweck der hierfür eingesetzten Mitwirkungspflichten – angeführt⁴⁷²: Denn nicht nur die Parteien selbst haben ein Interesse an einem richtigen Urteil, sondern ebenso für den Staat stellt sich eine unrichtige Entscheidung als nachteilig dar, weil sie das Vertrauen der Rechtsadressaten in die Rechtspflege beschädigt und so das von der Rechtsordnung im Allgemeinen und vom Verfahrensrecht im Besonderen verfolgte Ziel der Herstellung eines dauerhaften **Rechtsfriedens**⁴⁷³ gefährdet wird. Es besteht demnach also auch ein unmittelbares öffentliches Interesse an materiell richtigen Entscheidungen⁴⁷⁴, die Mitwirkung der Parteien bei der Wahrheitserforschung dient seiner Verfolgung daher gleichermaßen. Diese Auffassung spiegelt sich wohl recht anschaulich dort wieder, wo betont wird, die Mitwirkungspflicht bestehe nicht nur gegenüber dem Gegner, sondern ebenso gegenüber dem Gericht⁴⁷⁵.

»» Rz 7; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 13 aE; ebenso für den deutschen Rechtsbereich *Stürner*, Aufklärungspflicht 31 FN 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 3 Rz 4 je mwH. Siehe aber anders etwa *Kralik*, ZZZ 74, 2 (18f).

470 Siehe die Nachweise sogleich in FN 471 ff.

471 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 652; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 178 Rz 1; *Bienert-Nießl*, Auskunftslichten 276; *Störmer*, JuS 1994, 334 (335); *Bernhardt*, FS Rosenberg 9 (11).

472 Dazu *Bernhardt*, FS Rosenberg 9 (11 f, 24 f und 29 f); ferner *Olzen*, ZZZ 98, 403 (414 und 419 mwH).

473 Zu diesem Zweck des Verfahrensrechts siehe bloß *Fasching*, Lehrbuch² Rz 46 ff; *derselbe* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² Einl I Rz 13; *Gaul*, AcP 168, 27 (59) je mwH.

474 Dies wurde für die Hochblüte des Liberalismus noch in Abrede gestellt (vgl *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 5), später jedoch selbst für den deutschen Rechtsbereich anerkannt (*Anhalt*, aaO 49 mwH).

475 *Olzen*, ZZZ 98, 403 (419).

Die damit vorgegebene Zielsetzung der Wahrheitserforschung liegt unbestrittenermaßen auch der österreichischen ZPO zugrunde und wird mit einer Reihe von verschiedenen Instrumenten verfolgt⁴⁷⁶. Zur näheren dogmatischen Begründung dieses einhellig anerkannten Prozesszwecks wird im Einzelnen mit recht unterschiedlichen Akzenten gearbeitet: Man beruft sich teilweise auf den verfassungsrechtlichen *Gleichheitsgrundsatz*⁴⁷⁷, auf ein so genanntes *Recht auf Beweis*⁴⁷⁸ bzw auf *Wahrheitsprüfung*⁴⁷⁹, auf den *Anspruch auf effektiven Rechtsschutz*⁴⁸⁰ oder auch auf das Gebot der prozessualen *Waffengleichheit*⁴⁸¹. Im Kern dürften

476 Nämlich durch die *materielle Prozessleitungsbefugnis* des Gerichts (§ 182 ZPO; dazu schon *Klein*, JBl 1890, 533 [533 f] = *derselbe*, Pro futuro 21 ff; ferner *Schumacher*, Richterliche Anleitungspflichten 14; zustimmend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 345), die schon besprochene (oben S 29 f) *Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht* der Parteien (§ 178 Abs 1 ZPO), generell dadurch, dass die Durchführung eines *Beweisverfahrens* vorgesehen ist, durch die *freie Beweiswürdigung* (§ 272 ZPO; vgl nur *Oberhammer*, ZZP 113, 295 [326]: Die freie Beweiswürdigung ist der beste Weg der Wahrheitsfindung im Prozess) sowie im *Berufungsgrund des Stoffsammlungsmangels* (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO). Und ferner zeigen schließlich die *Wiederaufnahmsgründe* im Fall einer Unvollständigkeit der dem Gericht des Hauptprozesses vorliegenden Sachgrundlage – konkret: § 530 Abs 1 Z 7 ZPO (Kenntniserlangung von neuen Tatsachen oder das Auffinden von Beweismitteln, deren Vorbringen und Benützung im früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde) und § 531 ZPO (Ausführung der iSd § 279 Abs 2 ZPO ausgeschlossenen Beweise) – dass dem Streben nach »Richtigkeit und Wahrheit« einer Entscheidung sogar gegenüber der Forderung nach Rechtsfrieden und Rechtssicherheit Vorrang zukommen kann (*Fasching*, Lehrbuch² Rz 2061; *Jelinek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² § 530 ZPO Rz 142).

477 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 283.

478 Dieses subjektive, sich aus dem materiellen Justizgewährungsanspruch ergebende Recht des Beweisführers sei gleichsam die Kehrseite der prozessualen Wahrheitspflicht; *Habscheid*, ZZP 96, 306 (306 ff); *Prütting* in *MünchKomm-ZPO*⁴ § 284 Rz 18; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (285 mwH). Ferner *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² § 284 Rz 51; *Störmer*, JuS 1994, 334 (335). Vgl aber Art 153 der SchwZPO, wo als Inhalt des Rechts auf Beweis angeführt wird, dass jede Partei das Recht hat, »dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht *angebotenen* tauglichen Beweismittel abnimmt.«

479 *Störmer*, Aufklärungspflichten 21 und 35. Anschaulich führt bereits im Jahre 1827 *Blattner*, Edition von Urkunden 9 FN 8, zum so genannten *favor probationis* aus: »Der Staat erleichtert mir den Beweis meiner von ihm garantierten Rechte. Er bietet mir die Hand, wenn ich zu diesem Zwecke meine bürgerliche Freiheit brauche. Er untersucht auf meine Bitte, Wahrheit und Unwahrheit.«

480 *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² § 448 Rz 22.

481 Dabei soll das Gebot der Waffengleichheit, das als eine besondere Ausprägung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf ein faires Verfahren (Art 6 MRK) zu verstehen ist, nicht nur in einem formellen Sinn (so aber wohl *Fasching*, FG *Fasching* 3 [3 ff]), also nicht bloß im Hinblick auf eine formale Gleichheit der prozessualen Rechtsstellung verstanden werden, sondern es verlangt ebenso nach einer

diese im Schrifttum verwendeten unterschiedlichen Etikettierungen für den hier interessierenden Zusammenhang aber nur in unwesentlichen Nuancen voneinander abweichen⁴⁸². Relevant scheint vor allem der Gedanke zu sein, dass die **Wahrheitsprüfung grundsätzlich umfassend** zu erfolgen hat, weil ja das ihr zugrunde liegende Recht auf Gewährung von Rechtsschutz **von beiden Streitteilen gleichermaßen in Anspruch genommen** wird. Wäre der Prozesszweck der Wahrheitsfindung also in seiner reinsten Form verwirklicht, so wäre damit im Beweisverfahren sicherzustellen, dass jeder Partei möglichst *alle* Informationen und Beweismittel verfügbar sein müssen⁴⁸³, mögen sich diese auch in den Händen bzw in der Sphäre des Gegners befinden⁴⁸⁴. Insofern erweist sich der Prozesszweck der Wahrheitsfindung für die hier konkret zur Diskussion stehenden Fragen rund um die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in der Tat als höchst bedeutsam, und zwar sowohl was den Aspekt der Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei betrifft, als auch im Hinblick auf die – später zu behandelnde⁴⁸⁵ – Wirksamkeit des Verzichts auf ein ursprünglich angebotenes Beweismittel.

▷> Sicherung der *materiellen Chancengleichheit* bei der gerichtlichen Durchsetzung der subjektiven Rechte. Auf dieser Basis könne die Forderung aufgestellt werden, dass einer Partei auch jene Beweismittel, die der Gegner in Händen hat, im Prozess zum Beweis ihres eigenen Vorbringens zur Verfügung stehen sollen. Es sei daher geboten, ein Ungleichgewicht der materiellen Chancen zu beheben, was die österreichischen Verfahrensgesetze unter anderem durch die Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei verfolgen (*Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 278 ff mwH). Dementsprechend werden auch konkret die Urkundenvorlagepflichten als eine Konsequenz dieser Anforderung verstanden (*Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze³ § 304 ZPO Rz 15; derselbe Gedanke findet sich bereits bei *Mittermaier*, Edition von Urkunden 17f). Nach *Leipold* in Stein/Jonas, ZPO²¹ § 448 Rz 22, und zustimmend *Oberhammer*, ZZP 113, 295 (309 FN 56) je mwH, ist dieser Begründungsansatz jedoch unzureichend.

482 So etwa *Oberhammer*, ZZP 113, 295 (309 FN 56). Im Einzelnen kann aber der zur Begründung herangezogene Prozesszweck sehr wohl auf die gebotene Ausgestaltung der Wahrheitserforschung ausstrahlen. So zieht etwa der Bericht des *dbMJ*, Reform der Zivilgerichtsbarkeit 166 f (zitiert nach *Gaul*, AcP 168, 27 [37]) daraus die meines Erachtens sehr scharfsinnige Folgerung: »Sieht man den Hauptzweck der Prozesses etwa in der Bewahrung der Rechtsordnung, so drängt sich der Schluß auf, daß die Rechtsordnung bei der gerichtlichen Entscheidung ohne Rücksicht auf das Parteiverhalten berücksichtigt werden müsse; dies würde u.a. dazu führen, die Amtsermittlung dem Beibringungsgrundsatz vorzuziehen. Betont man dagegen den Rechtsschutzgedanken als Prozesszweck, so wird man der Disposition der Parteien über den Prozeß freieren Raum gewähren müssen.«

483 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 278.

484 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 283.

485 Unten § 5; S 253 ff.

Nicht verschwiegen werden darf allerdings, dass der Wahrheitsfindung **kein absoluter Stellenwert** gegenüber allen anderen Prozesszwecken zukommt⁴⁸⁶. Vielmehr steht sie mehrfach in Konflikt mit anderen schützenswerten Rechtsgütern und Prozessmaximen und wird dabei bisweilen auch zurückgedrängt. Es lässt sich demnach aus dem Prozesszweck der Wahrheitserforschung *keine Notwendigkeit herleiten, die Verwertbarkeit/Verfügbarkeit von Beweismitteln uneingeschränkt festzuschreiben*⁴⁸⁷. Da hierin zugleich eine Einschränkung des verfassungsmäßig garantierten Rechts auf Wahrheitsprüfung liegt, bedürfen solche Restriktionen einer besonderen Legitimation⁴⁸⁸: Nur höherrangigen Rechtsgütern muss und gleichrangigen Rechtsgütern kann ein stärkeres Gewicht zukommen⁴⁸⁹. Dementsprechend sind die beweisrechtlichen Regelungen als Ergebnis einer Abwägung zu verstehen. Ganz konkret zeigt sich dies etwa an den (hier speziell interessierenden) *Aussage- und Vorlageverweigerungsrechten* der Parteien⁴⁹⁰; ja im Extremfall hat die Wahrheitserforschung sogar sehenden Auges zurückzutreten, weil (relevante) Beweise, die bereits aufgenommen wurden⁴⁹¹, zufolge ausdrücklichen gesetzlichen *Verwertungsverbots* außer Betracht zu bleiben haben⁴⁹². Auch dürfte etwa ein *Versäumungsurteil* (§ 396 ZPO) nicht vorgesehen sein, wenn die Erforschung der wahren Sachlage das einzige bzw. erstrangige Ziel des Zivilprozesses darstellen würde⁴⁹³.

486 Statt aller *Prütting* in MünchKomm-ZPO⁴ § 284 Rz 63; *Dilcher*, AcP 158, 469 (473); *Peters*, ZZZ 76, 145 (148); *Kodek*, Beweismittel 100 f; *derselbe*, ÖJZ 2001, 281 (287); *Olzen*, ZZZ 98, 403 (414 mwH); *Gaul*, AcP 168, 27 (50).

487 So konkret für die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht³⁷ § 109 Rz 23; *Prütting* in Baumgärtel, Beweislast Grundlagen² § 6 Rz 4; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (287).

488 *Prütting* in MünchKomm-ZPO⁴ § 284 Rz 18; *derselbe* in Baumgärtel, Beweislast Grundlagen² § 6 Rz 5; *Störmer*, JuS 1994, 334 (335); *Stürner*, Aufklärungspflicht 42 und 46 f; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (285); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 280.

489 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (287); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 282 f.

490 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (287).

491 Wenn eine bei der Vernehmung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter gestellte Frage unzulässig war, so kann das Gericht aussprechen, dass die auf diese Frage erteilte Antwort im weiteren Laufe des Verfahrens unberücksichtigt zu bleiben hat (§ 342 Abs 2 ZPO). Näher dazu (kritisch) *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (285 f).

492 In diesem Sinn etwa schon *Hesse*, AcP 23, 1 (26) für das gemeine Recht: »[N]icht alles, was auf irgend eine Weise in die Acten gekommen ist, [kann] berücksichtigt werden, sondern nur dasjenige Material, welches durch ordnungsgemäße, nicht unförmliche, verspätete etc Beweisantretung integrierender [sic] Theil der Acten geworden ist und worauf die Parteien [sic], sich zu beziehen, das Recht haben.«

493 *Lent*, ZZZ 67, 344 (347).

Es existiert demnach eine große Zahl von Rechtsgütern und Prozessmaximen, die mit dem Ziel der Wahrheitserforschung in Widerstreit treten können; sie werden im anschließenden Abschnitt über die **mitwirkungshemmenden Faktoren**⁴⁹⁴ näher herauszuarbeiten sein. Für viele der dadurch entstehenden Konfliktsituationen normiert die ZPO eine konkrete Auflösung, für manche ist eine solche dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmbar; sie muss auf Basis der in anderen Fällen zum Ausdruck kommenden Wertungen ermittelt werden. Ein durchgehendes System zum Stellenwert der Wahrheitsfindung im Verhältnis zu allen anderen, mit ihr in Berührung kommenden Rechtsgütern scheint freilich noch nicht entwickelt⁴⁹⁵. Vorweggenommen werden kann aber bereits jetzt, dass – da die Mitwirkungspflicht ein Instrument der Wahrheitserforschung darstellt – sämtliche **Beschränkungen von Mitwirkungspflichten** immer in einem **Spannungsverhältnis zur Wahrheitserforschung** stehen. Oder anders formuliert: Jeder Verzicht auf eine Mitwirkungspflicht ist ein Verzicht auf ein Beweismittel, und dies kann nur um den Preis eines *möglicherweise unrichtigen Sachausgangs* erkaufte werden; der Schutz der Interessen des von der Mitwirkungspflicht freigestellten Gegners geht somit letztlich immer zu Lasten der beweisbelasteten Partei⁴⁹⁶ und der Wahrheitserforschung. Daraus folgt zwingend, dass Gegenausnahmen zu den Ausnahmen von der Mitwirkungspflicht, also insbesondere die Tatbestände der **Gemeinschaftlichkeit** von Beweismitteln, der Wahrheitserforschung wieder zum Durchbruch verhelfen⁴⁹⁷.

494 Unten Punkt § 4 II.B; S 131 ff

495 Greifbar wird diese Unsicherheit meines Erachtens besonders in der Diskussion zur *Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel*: Während die Rechtsprechung offensichtlich eine Verwertbarkeit generell bejaht, und dies damit begründet, dass die Gerichte andernfalls nicht ihrer Verpflichtung zur Wahrheitserforschung nachkommen könnten (OGH 4 Ob 247/99y in EvBl 2000/78), wird im Schrifttum in den Details durchaus diskutiert (siehe bloß *Fasching*, Lehrbuch² Rz 936; *Kodek*, Beweismittel insb 136 ff; *derselbe*, ÖJZ 2001, 281 und 334; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² Vor § 266 Rz 70 je mwH).

496 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (287), der auch anschaulich herausstreicht, dass hierin ein wesentlicher Unterschied zu den Beweisverboten im Strafverfahren besteht: Dort wirkt sich ein Beweisverbot in der Regel nicht unmittelbar auf Individualinteressen aus, sondern berührt nur das Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit. In diesem Fehlen von beeinträchtigten Einzelinteressen ist einer der Gründe zu sehen, weshalb im Strafrecht Beweisverbote eher akzeptiert werden als im Zivilprozess.

497 In diesem Sinne auch die Nachweise oben S 114 FN 464.

2. Besondere öffentliche Interessen

Wie eben dargelegt, ist das Prozessziel der Wahrheitserforschung im Kern auf den jedem Privatrechtssubjekt zustehenden Justiz(gewährungs)anspruch zurückzuführen; daneben besteht an einer richtigen Entscheidung des Gerichts aber auch noch ein öffentliches Interesse, weil ein unrichtiges Urteil auch für den Staat selbst nachteilig sein kann⁴⁹⁸. Dieses schon im Normalfall bestehende öffentliche Interesse an der Wahrheitsermittlung kann in bestimmten Konstellationen an Gewicht gewinnen und nach einer **Intensivierung der Mitwirkungspflichten** verlangen. Ein solcher Effekt öffentlicher Interessen auf das Verfahrensrecht wird vom Schrifttum unter anderem mit Blick auf die Sonderbestimmungen für das Verfahren in **Abstammungssachen**, nämlich konkret auf § 85 AußStrG diagnostiziert⁴⁹⁹. Ist die Klärung der Abstammung in einem Rechtsstreit erforderlich, sieht das Gesetz *besonders weitgehende Mitwirkungspflichten* der Parteien vor: Die Mitwirkung kann ausnahmsweise auch *zwangsweise* durchgesetzt (§ 85 Abs 3 AußStrG)⁵⁰⁰ und nur verweigert werden, wenn diese mit einer ernststen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden wäre (§ 85 Abs 2 AußStrG). Wie den Gesetzesmaterialien⁵⁰¹ zu entnehmen ist, wird die Mitwirkungspflicht insbesondere nicht durch die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung für die betreffende Person ausgeschlossen. Umso weniger können daher jene anderen Tatbestände, die sonst als *Weigerungsgründe* vorgesehen sind (§ 305, § 380 iVm § 321 ZPO), als Weigerungsgründe in Betracht kommen.

Einer ähnlichen Verschärfung von Mitwirkungspflichten begegnet man in der Bestimmung des **§ 99 IO**. Danach ist der Schuldner verpflichtet, dem Insolvenzverwalter alle zur Geschäftsführung erforderlichen Aufklärungen zu erteilen. Die hierin statuierte Mitwir-

498 Oben S 115 bei und in FN 474.

499 *Deixler-Hübner* in Rechberger, AußStrG² § 85 Rz 1; ferner *Klicka*, JBl 1992, 231 (234), zur Vorgängerbestimmung des § 7 FamRanglV (vgl ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 66), welcher durch § 200 Abs 1 Z 4 AußStrG aufgehoben wurde.

500 *Deixler-Hübner* in Rechberger, AußStrG² § 85 Rz 4; *Spitzer* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 85 Rz 6. Zur alten Rechtslage (§ 7 FamRanglV) wurde vertreten, dass damit eine öffentlich-rechtliche Mitwirkungspflicht statuiert wird, die dazu verpflichtet, den eigenen Körper als Augenscheinsgegenstand zur Verfügung zu stellen; näher dazu *Fasching*, Lehrbuch² Rz 993 mwH. Siehe dazu auch noch unten § 4 II.A.3; S 122 ff.

501 ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 66.

kungspflicht wird nach herrschender Auffassung durch die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung ebenfalls nicht aufgehoben⁵⁰² und ist erzwingbar (§ 101 Abs 1 IO)⁵⁰³. Es liegt nicht fern, dies wiederum mit dem in der Insolvenz besonders ausgeprägten öffentlichen Interesse an der Wahrheitsermittlung zu begründen.

Sieht man die Rechtfertigung für die verschärfte Mitwirkungspflicht nach § 85 AußStrG und § 99 IO tatsächlich in einem besonders gewichtigen öffentlichen Interesse an der Wahrheitsermittlung, dann ist es keine abwegige Schlussfolgerung, dass solche Interessen die von einer Partei abverlangte Mitwirkung im Prozess generell erweitern können. Für die hier interessierende Frage nach dem Verständnis und den Wirkungen der **Gemeinschaftlichkeit** eines Beweismittels erscheint diese Erkenntnis keineswegs belanglos. Zwar sind Konstellationen, in denen die Verwirklichung eines Gemeinschaftlichkeitstatbestands typischerweise mit einem spezifischen öffentlichen Interesse einhergeht, prima vista nicht erkennbar, doch hat der rechtsgeschichtliche Abriss durchaus Berührungspunkte zutage gefördert: So wurde die im römischen Recht statuierte Pflicht der Argentarii zur Vorlage ihrer Geschäftsbücher (unter anderem) mit öffentlichen Interessen begründet⁵⁰⁴, gleichzeitig finden sich aber auch historische Belege dafür, dass solche Aufzeichnungen als gemeinschaftliches Beweismittel angesehen und die Pflicht zu ihrer Vorlage dann aus der Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit hergeleitet wurden⁵⁰⁵. Dies wird im Zusammenhang mit der heutigen Regelung des § 213 UGB, wonach einer Partei die Vorlage ihrer (Handels-)Bücher angeordnet werden kann, noch zu vertiefen sein⁵⁰⁶. Davon abgesehen erscheint es jedoch nicht angezeigt, öffentliche Interessen in den anstehenden Überlegungen als einen für die Mitwirkungspflicht infolge Gemeinschaftlichkeit maßgebenden Faktor miteinzubeziehen.

502 *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 99 KO Rz 3 und 16; offenlassend aber *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 99 KO Rz 10.

503 Näher dazu *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 99 KO Rz 2 und 20 f sowie § 101 KO Rz 3 ff.

504 Dazu oben S 56 bei und in FN 228 samt Nachweisen.

505 So waren etwa in der Hannoverischen Proceßordnung 1850 Handels- und Geschäftsbücher explizit als gemeinschaftliche Urkunden definiert; zur einschlägigen Bestimmung des § 319 Abs 2 siehe oben § 3 I.C.8; S 85.

506 Unten § 4 V; S 231 ff.

3. Besondere privatrechtliche (Individual-)Interessen, insbesondere Beweisnotstand

Eben zuvor ist dargelegt worden, dass das Verfahrensrecht Fälle kennt, in denen ein besonders stark ausgeprägtes öffentliches Interesse an der Wahrheitsermittlung zu erweiterten und verschärft sanktionierten Mitwirkungspflichten führt: So ist in **Abstammungssachen** eine sehr *weitgehende Mitwirkungspflicht* vorgesehen (§ 85 AußStrG), und § 99 IO verpflichtet den Schuldner, dem Insolvenzverwalter alle zur Geschäftsführung erforderlichen Aufklärungen zu erteilen. Bei näherem Hinsehen wird man die eben angesprochenen, verschärften Mitwirkungspflichten in Abstammungssachen und im Insolvenzverfahren allerdings nicht unbedingt (allein) auf die in diesen Konstellationen gewichtigeren öffentlichen Interessen zurückzuführen haben. Für § 85 AußStrG mag eine solcherart eindimensionale teleologische Deutung vielleicht noch mit der ideologisch gefärbten Rechtsauffassung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorgängerbestimmung⁵⁰⁷ § 7 FamRANG IV (§ 12 leg cit: 1.3.1943) erklärbar gewesen sein; heute ist es aber ganz herrschende Auffassung⁵⁰⁸, dass diese Vorschrift keineswegs (allein) auf dem, augenscheinlich im nationalsozialistischen Denken verwurzelten öffentlichen Interesse an einer Klärung der Abstammung beruht(e), sondern vielmehr (auch) dem *Schutz des Persönlichkeitsrechts* des Betroffenen dient⁵⁰⁹ – damit aber ist nun ganz gewiss *kein öffentliches Interesse* berührt. Ebenso wenig sollte meines Erachtens § 99 IO als Instrument zur Verfolgung von ausschließlich öffentlichen Interessen gewertet werden. Nach einhelliger Auffassung ist das Insolvenzverfahren von zwei zentralen Zielsetzungen beherrscht: Neben der Friedensfunktion (welche in erster Linie in Gestalt der Gläubigergleichbehandlung umgesetzt wird)⁵¹⁰ determiniert vor allem die *Maxime der Haftungsverwirklichung und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung durch*

507 ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 66.

508 Siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 995 mwH insb aus der Rsp.

509 Siehe bloß *Deixler-Hübner* in Rechberger, AußStrG² § 85 Rz 1; *Spitzer* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 85 Rz 2.

510 Siehe etwa nur *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 1; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ Rz 7 ff; *F. Bydlinki*, Gleichbehandlungsgrundsatz 43 f; *derselbe*, System und Prinzipien 299 ff; *Koziol*, Gläubigeranfechtung 16 f; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ Rz 2.01 und 2.23. Weitere umfangreiche Nachweise zum keineswegs einheitlichen Meinungsstand bei *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 271 ff sowie 333 ff mit eigenem Erklärungsmodell.

optimale Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse das Insolvenzrecht⁵¹¹. Fraglos dient nun auch und gerade die Aufklärungspflicht des Schuldners gegenüber dem Insolvenzverwalter der Haftungsverwirklichung und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung, also ganz evident den privatrechtlichen Individualinteressen der Insolvenzgläubiger an Haftungsverwirklichung⁵¹². Resümierend sollte daher eigentlich nicht zweifelhaft sein, dass die erweiterten und verschärft sanktionierten Mitwirkungspflichten in Abstammungssachen sowie im Insolvenzverfahren zumindest gleichermaßen – wenn nicht gar vorrangig – durch ganz **konkrete privatrechtliche Individualinteressen** bedingt sind.

Die beiden eben zitierten sondergesetzlichen Bestimmungen erlauben somit wohl folgenden Schluss: Das schon im **Normalfall** grundsätzlich immer vorliegende privatrechtliche **Individualinteresse** einer Partei am **Prozesserfolg** reicht für sich genommen lediglich aus, um eine **Mitwirkungspflicht** im allgemeinen, das heißt durch die jeweiligen **Weigerungsgründe** (§ 305; § 380 iVm § 321 ZPO) **begrenzten** Umfang aufzuerlegen. Treten allerdings besondere privatrechtliche Interessen an der Wahrheitsermittlung, die ein **bestimmtes Gewicht** erreichen, hinzu, **verstärkt** dies die **Mitwirkungspflicht**, indem sie **gegen die Weigerungsgründe immunisiert** wird⁵¹³. Es tritt hier also wieder das *Prüfungsschema von Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme* zutage⁵¹⁴.

Der damit aufgestellte Befund mag vielleicht nur wenig überraschen, er erscheint aber dennoch wertvoll, weil hierin konkrete Anhaltspunkte dafür greifbar werden, von **welchen Faktoren** die Intensität prozessualer Mitwirkungspflichten, das heißt die Reichweite der Gegenausnahmen, nach den gesetzlichen Wertungen determiniert wird. Abstrakt gesprochen stellt sich damit also die Frage, ob privatrechtliche Individualinteressen, denen ein diesen Faktoren gleichzuhaltendes

511 Statt aller nur *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ Rz 15; *Konecny*, FS Rechberger 301 (308); *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 243 ff (insb 245 mwH); *Henckel* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, Insolvenzzordnung § 1 Rz 3 ff. In diesem Sinne nunmehr auch ausdrücklich die programmatische Bestimmung des § 1 Satz 1 InsO: »Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt [...] wird.«

512 Siehe bloß *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 99 KO Rz 1: Das Gesetz will sich die »Kenntnisse [des Schuldners] im Interesse aller Beteiligten zunutze machen.«

513 Dazu näher zuvor § 4 II.A.2; S 120 f mit Nachweisen.

514 Vgl oben § 4 I.B; S 108 ff.

Gewicht zukommt, auch abseits von Verfahren in Abstammungssachen und Insolvenzverfahren auffindbar sind und insbesondere ob die **Gemeinschaftlichkeit** eines Beweismittels ein ebenso gewichtiges und den Tatbeständen von § 85 AußStrG und § 99 IO gleichwertiges Moment in sich trägt.

Einen weiteren relevanten Aspekt für die Frage der Reichweite von unbedingten Mitwirkungspflichten kann man unter Umständen auch dem – an sich im Reigen der mitwirkungshemmenden Faktoren angesiedelten⁵¹⁵ – **Art 8 EMRK** entnehmen: Nach dieser Bestimmung hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, womit freilich gewisse verfassungsrechtliche Schranken für gesetzliche (prozessuale) Mitwirkungspflichten aufgestellt werden. Art 8 Abs 2 EMRK lässt jedoch *Ausnahmen* von diesem Schutz unter anderem dann zu, soweit diese eine Maßnahme darstellen, die in einer demokratischen Gesellschaft *zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig* ist. Eine solche Notwendigkeit, im Zivilverfahren Beweise aufzunehmen, die der nach Art 8 EMRK geschützten Privatsphäre entstammen, kann sich nicht zuletzt dann ergeben, wenn die Aufklärung des Verhaltens einer Partei in ihrer Privatsphäre gerade auch zum Schutz der Rechte des Gegners *notwendig* ist⁵¹⁶, was wohl mit dem Fall *gleichgesetzt* werden kann, dass sich dieser in einem **Beweisnotstand**⁵¹⁷ befindet. Art 8 Abs 2 EMRK schreibt damit freilich keineswegs fest, dass bei Beweisnotstand tatsächlich eine Mitwirkungspflicht vorgesehen sein muss, doch stattdessen er den nationalen (einfachen) Gesetzgeber wohl in gewissem Umfang mit der Befugnis aus, bei einem solcherart ausgeprägten besonderen Interesse der beweisbelasteten Partei (Beweisnotstand) in die Individualsphäre des Gegners einzugreifen. Und eben dieser von Art 8 Abs 2 EMRK eröffnete Türspalt scheint nun in der Tat in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Rechtfertigung der Verwendungsbefugnis⁵¹⁸ von Beweismitteln genutzt worden zu sein⁵¹⁹.

515 Unten S 139.

516 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (286) mwH.

517 Zu diesem Begriff schon oben S 9 FN 38 mit Hinweisen.

518 Zu dieser Kategorie *Dilcher*, AcP 158, 469 (475 ff).

519 Zur Zulässigkeit der Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweismittel stellte sich der OGH (4 Ob 247/99y in JBl 2000, 458 = EvBl 2000/78) auf den Standpunkt, dass jedenfalls dann, wenn nach dem bisherigen Gang des Verfahrens ein Prozessbetrugsversuch nicht ausgeschlossen werden kann und sich der Gegner daher in einer *Notwehrsituation* befindet, in der ihm durch die Verwehrung der Einbringung einer unrechtmäßig erlangten Tonbandaufnahme in den Prozess möglicherweise

Zufolge dieser Rechtsprechung soll also für die Verwertbarkeit des Beweismittels das **Gewicht des Beweisinteresses** und die **Größe der Beweisnot** ausschlaggebend sein⁵²⁰. Im Schrifttum⁵²¹ wurde als zusätzliche Voraussetzung auch mehrfach gefordert, dass der Beweisführer **unverschuldet** in die Beweisnot geraten ist.

In diesem Licht betrachtet fügen sich nun meines Erachtens auch ohne weiteres die gesetzlich explizit geregelten Fälle verstärkter Mitwirkungspflichten infolge eines besonderen privatrechtlichen Interesses – nämlich § 85 AußStrG und § 99 IO – in die Systematik ein: Diesen beiden Tatbeständen dürfte nämlich gemein sein, dass sie Konstellationen erfassen, in denen die nun informationsbedürftige Partei keine Möglichkeit hatte, für den später notwendig werdenden Beweisbedarf vorzusorgen, sie sich also *unverschuldet in einem Beweisnotstand* befindet. Dies trifft in Abstammungssachen fraglos zu und ebenso im Falle der Insolvenz, weil hier die Gläubiger (in deren Interesse der Insolvenzverwalter dann tätig wird) zwar die Möglichkeit haben, ihr eigenes Rechtsverhältnis zum späteren Schuldner beweismäßig abzusichern, es aber für sie de facto ausgeschlossen ist, auch all jene Informationen zu sichern, die für eine später allenfalls erforderliche optimale Masseverwertung in der Insolvenz erforderlich sein könnten. Zudem geht es sowohl in Abstammungssachen als auch im Insolvenzverfahren typischerweise um ganz vitale Interessen der informationsbedürftigen Partei, so dass auch das *Gewicht des Beweisinteresses* gegenüber dem Normalfall zunimmt.

Es zeigt sich damit, dass in der Tat positivrechtliche Anhaltspunkte dafür ausgemacht werden können, dass diese beiden Momente – Gewicht des Beweisinteresses und die Größe der Beweisnot – auch nach den gesetzlichen Wertungen für die Verstärkung von Mitwirkungspflichten als bedeutsam anzusehen sein sollten. Lassen sich derartige (oder gleichgewichtige) Interessen in den **Gemeinschaftlichkeitstatbeständen** feststellen, dann wird es damit möglich sein, die daran knüpfenden Gegennahmen im Gesamtsystem der Mitwirkungspflichten einzuordnen.

▷▷ das einzig wirksame Verteidigungsmittel genommen wird, was einen *Beweisnotstand* zur Folge hätte, die *Interessenabwägung* zu seinen Gunsten ausschlagen muss und das angebotene Beweismittel daher zulässig ist.

520 Mit dieser Interpretation auch *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (285); siehe ferner auch den Befund bei *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (91 f) je mwH.

521 *Gottwald*, BB 1979, 1780 (1782 f); *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (93).

4. Maxime der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens

Der Maxime⁵²² der Beschleunigung bzw Konzentration des Verfahrens könnte für die hier interessierende Fragestellung ebenfalls Bedeutung beizumessen sein. Wiederum ist hier – wie schon beim Prozesszweck der Wahrheitsfindung⁵²³ – vorweg herauszustreichen, dass auch diese Maxime freilich **keinen absoluten Vorrang** zu beanspruchen hat⁵²⁴.

Bereits das Interesse und die Möglichkeit der beweisbelasteten Partei, den für sie nützlichen Prozessstoff einzuführen, bilden einen natürlichen Motor für die Beschleunigung des Zivilverfahrens⁵²⁵. Baut eine Verfahrensordnung die Möglichkeiten zur Einführung/Verwertung von Beweismitteln aus, indem der beweisbelasteten Partei die Möglichkeit zur Geltendmachung einer **Mitwirkungspflicht** des Gegners zur Hand gegeben wird, kann dadurch der Prozess noch mehr Fahrt aufnehmen; es ist daher evident, dass **beweisfördernde bzw erleichternde Vorschriften** generell positiven Effekt auf die **Verfahrensbeschleunigung** entfalten. Dies gilt auch und gerade für die hier interessierenden prozessualen Mitwirkungspflichten. Besonders anschaulich ergibt sich dies etwa aus den Gesetzesmaterialien⁵²⁶ zur *Urkundenvorlagepflicht* der ZPO sowie jenen zur Bestimmung des § 38 BagatellverfahrensG 1873⁵²⁷ (welche man ja als Urvater der heute in §§ 303ff ZPO normierten Urkundenvorlagepflicht des Gegners bezeichnen kann⁵²⁸): Will der Beweisführer eine Urkunde benützen, die sich in den Händen des Gegners befindet, so wäre er ohne prozessuale Vorlagepflicht grundsätzlich genötigt, deren Vorlage/Herausgabe in einem separaten Verfahren anzustrengen, was freilich einen »langen Umweg« und eine »dadurch eintretende Verzögerung« mit sich brächte. Zudem erhöhte dies die Gefahr der Verschleppung und Verkomplizierung des

522 Kritisch dazu, dass der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens der Stellenwert einer Prozessmaxime beigelegt wird, *Leipold*, FS Fasching 329 (332 f), wobei die Einwände jedoch vorwiegend auf terminologischer Ebene angesiedelt sein dürften.

523 Oben S 118 bei und in FN 487.

524 Dies ergibt sich schon daraus, dass ein Prozess ja nicht bis auf sein Minimum beschleunigt werden kann; *Dilcher*, AcP 158, 469 (488).

525 Siehe bloß *Leipold*, FS Fasching 329 (340).

526 Materialien CPG I 309.

527 Motive zur RV 221 BlgAbgH VII. Session 1907.

528 Dazu näher schon oben § 3 I.C.9; S 88 ff mwH.

Verfahrens, weil ja zu befürchten ist, dass der Gegner bereits in diesem vorgeschalteten Prozess darauf bedacht sein wird, die Aufklärung zu verhindern und alle Verteidigungsmöglichkeiten extensiv zu nutzen⁵²⁹.

Nachdem der Grundsatz von der **Gemeinschaftlichkeit** der Beweismittel als Gegen Ausnahme⁵³⁰ beweispfördernde Wirkung entfaltet, könnte man dazu neigen, ihm ebenfalls zu bescheinigen, dass er der Verfahrensbeschleunigung bzw -konzentration dient. Bei näherer Überlegung scheint es jedoch zweifelhaft, ob es legitim ist, die Gemeinschaftlichkeitstatbestände tatsächlich mit dieser Prozessmaxime in Verbindung zu bringen. Zum einen könnte man den Standpunkt einnehmen, dass es sich bei der Verfahrensbeschleunigung nur um einen eigentlich gar nicht intendierten, sozusagen zufälligen (Neben-)Effekt aus den an die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels knüpfenden Rechtsfolgen handelt; denn die Gemeinschaftlichkeit resultiert ja an sich aus besonderen Umständen, die ausschließlich im Verhältnis zwischen den Streitteilen angesiedelt sind, was es zwar evidentermaßen rechtfertigen kann, dass in dieser Beziehung besondere Rechtsfolgen eingreifen (nämlich eine Unterstützung des Beweisführers bei der Beschaffung der notwendigen Beweismittel), nicht aber unbedingt danach verlangt, auch der von der Gemeinschaftlichkeit an sich in keiner Weise tangierten Rechtspflege Vorteile angeheihen zu lassen (konkret in einer Reduktion des Verfahrensaufwands). Es schiene also nicht ganz abwegig, die Zweckrelation zwischen den an die Gemeinschaftlichkeitstatbestände geknüpften Mitwirkungspflichten einerseits und der dadurch ausgelösten Verfahrensbeschleunigung/-konzentration andererseits zu leugnen. Wie jedoch treffend betont wird, dient die Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens keineswegs allein der Entlastung der Gerichte von übermäßiger Arbeit, sondern ebenso der Verwirklichung des Anspruchs des Bürgers auf vollwertigen Rechtsschutz⁵³¹. Eine solche Verbesserung der Rechtsschutzes ist freilich auch dann gegeben, wenn dem Gegner eine prozessuale Mitwirkungspflicht auferlegt wird; da es sich dabei um die Belastung des Gegners zum Vorteil des Beweisführers handelt, kann das Gemeinschaftlichkeitskriterium durchaus eine geeignete Rechtfertigung für diese Rechtsfolge bilden. Keineswegs ist es also ausgeschlossen, bei der Auslegung des

529 *Klicka*, JBl 1992, 231 (236).

530 Vgl oben § 4 I.B; S 108 ff.

531 Siehe bloß *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht 20.

Gemeinschaftlichkeitstatbestandes auch die Beschleunigung/Konzentration des Verfahrens als Regelungszweck mitzuberücksichtigen.

Es bleibt aber noch ein zweiter Einwand gegen die teleologische Verflechtung von Gemeinschaftlichkeit und Prozessbeschleunigung/-konzentration: Räumt eine Verfahrensordnung der Partei die Möglichkeit ein, zusätzliche – konkret: in den Händen des Gegners befindliche – Beweismittel heranzuziehen, kann diese Hilfestellung durchaus janusköpfigen Charakter an den Tag legen, soweit es um die Auswirkungen auf die Verfahrensbeschleunigung geht. So haben es schon die Erläuterungen⁵³² zur ZPO-Regierungsvorlage als Missstand beklagt, dass gerade Beweisanbote gern und oft dazu benutzt werden, **Prozessverzögerungen** zu bewirken. In der Tat kann die Statuierung einer Mitwirkungspflicht den Streit über die Zulässigkeit eines entsprechenden Vorlageantrags überhaupt erst auslösen und so zu zusätzlichem Verfahrensaufwand führen⁵³³. Dementsprechend ist auch anerkannt, dass **Beweisverbote**⁵³⁴ und andere **Beschränkungen im Beweisverfahren** gerade auch ihrerseits den **Zweck** verfolgen können, das Verfahren zu erleichtern oder zu **beschleunigen**⁵³⁵. Es muss mithin schwierig erscheinen, die Stoßrichtung der (durch die Gemeinschaftlichkeit ausgelösten) Mitwirkungspflichten eindeutig einzuschätzen: Soll dadurch das Verfahren beschleunigt werden, indem dem Beweisführer die Einführung von Prozessstoff und die Bewältigung der Beweislast erleichtert wird? Oder werden durch die Gegen Ausnahme der Gemeinschaftlichkeit eigentlich Beweismittelbeschränkungen (nämlich die Ausnahmen der Weigerungsgründe), die darauf abzielen, das Verfahren zu beschleunigen, wieder beiseite geschoben? Bei der letztgenannten Sichtweise würde der Gemeinschaftlichkeitstatbestand also gerade nicht dem Zweck der Verfahrensbeschleunigung/-konzentration dienen, sondern sie brächte eben ganz im Gegenteil (zumindest in gewissem Umfang) einen Verzicht auf eine Verfahrensbeschleunigung mit sich.

532 Materialien CPG I 302.

533 Dies wurde im Kontext mit der prozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel als Argument ins Treffen geführt; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (289).

534 Zu diesem Begriff näher *Fasching*, Lehrbuch² Rz 824 ff.

535 Hier ist nicht nur die Präklusion von Beweismitteln zu nennen (siehe *Bernhardt*, FS Rosenberg 9 [26 f]), sondern etwa auch die Beschränkung auf den Urkundenbeweis bei Zuständigkeitsvereinbarungen (§ 104 Abs 1 JN) oder die Beschränkung auf parate Bescheinigungsmittel (§ 274 Abs 1 letzter Satz ZPO); vgl *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (289).

Letztlich erweisen sich daher wohl auch im gegebenen Zusammenhang jene Bedenken als zutreffend, die ganz allgemein gegen einen Rekurs auf die Beschleunigungsmaxime vorgetragen werden⁵³⁶: Sie scheint generell **kaum geeignet, zur Lösung konkreter Auslegungsfragen** des Verfahrensrechts beizutragen. Dementsprechend soll diese Prozessmaxime daher in den folgenden Überlegungen nicht mehr als argumentatives Werkzeug herangezogen werden.

5. Treu und Glauben/Fairness

Die Geltung des Grundsatzes von *Treu und Glauben* wird nicht nur für das materielle Recht, sondern gleichermaßen für das Verfahrensrecht angenommen – und zwar sowohl in Deutschland⁵³⁷ als auch in Österreich⁵³⁸. Es nimmt daher wenig Wunder, dass Treu und Glauben gerade auch für die hier interessierenden beweisrechtlichen Fragen fruchtbar gemacht wurden. So hat bereits das Reichsgericht⁵³⁹ im Jahre 1923 die **Mitwirkungspflicht** der nicht beweisbelasteten Partei mithilfe eben dieses Rechtsgrundsatzes hergeleitet. Heute greift das deutsche Schrifttum⁵⁴⁰ ebenfalls darauf zurück, wenn es darum geht, (vor)prozessuale Mitwirkungspflichten zu begründen. In Österreich haben sich Schrifttum⁵⁴¹ und Rechtsprechung⁵⁴² an diese deutsche Argumentation mehrfach angelehnt. Teilweise wird auch der sicherlich

536 In diesem Sinne sehr dezidiert etwa *Gaul*, AcP 168, 27 (42: »nebulozer Begriff«); ferner *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (287 FN 80).

537 *Bernhardt*, FS Rosenberg 9 (24); *Baumgärtel*, ZZZ 69, 89 (91); *Stürner*, Aufklärungspflicht 89; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 2 Rz 18 und § 65 Rz 49; *Prütting* in *Baumgärtel*, Beweislast Grundlagen² § 5 Rz 39.

538 Vor allem *Fasching*, FS Schwab 101, und *derselbe*, Lehrbuch² Rz 135 f, angeschlossen; zustimmend für eine Geltung dieses Grundsatzes *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 338. Einschränkend aber *Novak*, ÖJZ 1949, 338.

539 In RGZ 58, 321; siehe näher zur Entwicklung der deutschen Rechtsprechung bei *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 189 mwH.

540 *Stürner*, Aufklärungspflicht 90 mwH, der § 242 BGB grundsätzlich in Betracht zieht, letztlich aber für eine Rechtsanalogie plädiert (dazu sogleich im Text). Ferner auch *Baumgärtel*, ZZZ 69, 89 (106). Für prozessuale Auskunftspflichten *Stürner*, aaO 309, und *Laumen* in *Baumgärtel*, Beweislast Grundlagen² § 10 Rz 8 ff mwH; im Zusammenhang mit der Vorlage von Augenscheinsgegenständen *Heldmann*, ZZZ 26, 407 (427 ff und 434).

541 Siehe etwa *Schumacher*, ÖBl 1989, 89 (94).

542 Siehe die Leitentscheidung OGH 7 Ob 540/93 in SZ 66/89; vgl dazu die eingehende Darstellung bei *Rassi*, ZZZ 112, 165 (176 ff) mwN.

verwandte Gedanke der *Fairness* in diesem Zusammenhang ins Spiel gebracht⁵⁴³.

Will man nun aus der Warte des österreichischen Verfahrensrechts auf das Prinzip von Treu und Glauben rekurrieren, stellen sich einem allerdings wohl gleich mehrfach **Bedenken** in den Weg. Zunächst ist schon im Ansatz einzuwenden, dass die generelle Geltung dieses Rechtsprinzips im heimischen Recht mangels einer positivrechtlichen Verankerung, wie sie das BGB in § 242 kennt, meines Erachtens zu recht angezweifelt wird⁵⁴⁴. Doch selbst wenn man über dieses methodische Hindernis hinwegsehen möchte, würden beim Einsatz dieses Prinzips zahlreiche Abgrenzungs- und Konkretisierungsprobleme auftreten, so dass sich Derartiges wohl auch deswegen verbietet⁵⁴⁵; da wo spezielle Einzelnormen dem Gerechtigkeitsgedanken im Zusammenhang mit einem bestimmten Regelungsproblem Ausdruck verleihen, bieten nicht Treu und Glauben, sondern eine Analogie die erforderliche methodische Stütze⁵⁴⁶. Der gewichtigste Einwand liegt schließlich aber wohl darin, dass ja Treu und Glauben alle Verfahrensbeteiligten gleichermaßen zur redlichen Prozessführung verpflichten; es erweist sich daher als unzulässig, daraus bloß einseitig die Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei abzuleiten, vielmehr zwingt dieser Grundsatz dazu, gleichzeitig auch die Interessen jener Partei zu berücksichtigen, deren Passivität/Weigerung ihr den Prozessgewinn sichert. Wenn nun sowohl die Weigerungsgründe als auch die entgegengesetzte Mitwirkungspflicht gleichermaßen dem Grundsatz von Treu und Glauben entspringen, verliert dieser Begründungsweg vehement an Durchschlagskraft⁵⁴⁷. Hinzukommt, dass gerade bei den prozess-

543 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 26.

544 *F. Bydlinski* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 440. Gegen eine Relevanz dieses Einwands aber *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 192 ff mwH (aaO 194 f: allgemeiner Rechtsgrundsatz iSd § 7 ABGB); für eine Anwendbarkeit im österreichischen Recht ferner *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB² VI/1, 404; OGH 1 Ob 158/74 in SZ 47/104; siehe auch RIS-Justiz RS0008957.

545 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (290) mwH. Vgl auch – wenngleich in einem etwas anderem Kontext des Beweisrechts – *Prütting* in Baumgärtel, Beweislast Grundlagen² § 5 Rz 39.

546 Überzeugend *Stürmer*, Aufklärungspflicht 90; *Dilcher*, AcP 158, 469 (473 und 496). Zutreffend gab daher zuletzt auch OGH 9 Ob 12/05p in SZ 2005/73 = JBl 2005, 738 = EvBl 2005/175 den Rekurs auf Treu und Glauben auf und zog nun das in § 184 Abs 1 ZPO normierte Fragerecht als konkrete Analogiebasis heran.

547 *Dilcher*, AcP 158, 469 (472 f); *Peters*, ZZP 76, 145 (150); diesem folgend *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (290); ferner in diesem Sinn auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 339.

alen Mitwirkungspflichten durchaus angezweifelt werden darf, ob es legitim ist, die Parteien gewissermaßen an ihrer partnerschaftlichen Bindung zueinander festzuhalten; wie der BGH⁵⁴⁸ schon recht früh ausgesprochen hat, scheint der Beginn eines Rechtsstreites nicht geeignet, etwaige Treue-/Mitwirkungspflichten der Parteien zu verstärken, weil sich ja gerade von diesem Zeitpunkt ab die Beteiligten nicht mehr als Partner sondern als Gegner gegenüberstehen⁵⁴⁹.

Der Rekurs auf Treu und Glauben verspricht daher für die hier interessierenden Fragen meines Erachtens keinerlei konkreten Erkenntnisgewinn. Damit ist freilich nicht gesagt, dass das Gebot der **Fairness** und der **redlichen Prozessführung** für die Auslegung verfahrensrechtlicher Normen irrelevant sind. Allerdings finden diese Grundsätze ohnehin in konkreten positivrechtlichen Bestimmungen Niederschlag, so dass deren (analoge) Anwendung den dogmatisch sauberen Weg zur Umsetzung dieser Gebote eröffnet. Solche Vorgaben liefert nicht zuletzt die – schon behandelte⁵⁵⁰ – verfassungsrechtliche Forderung nach einem **fairen Verfahren** im Sinne des Art 6 EMRK, womit insbesondere auch das Gebot der Waffengleichheit aufgestellt wird. Wie schon erwähnt können die prozessualen Mitwirkungspflichten dementsprechend auch – dogmatisch sauber und folgerichtig – aus Ausfluss dieser positivierten »Fairnessanforderungen« eingeordnet werden⁵⁵¹.

B. Mitwirkungshemmende Faktoren

1. Verbot des Zwangs zur Selbstbeziehung

Wendet man sich nun jenen Verfahrensgrundsätzen und Interessen zu, die *gegen* die Bejahung einer Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei sprechen, so ist jener Einwand, der meist reflexartig und

▷> Eine ganz parallele Zirkel-Argumentation ist auch im Zusammenhang mit der Frage anzutreffen, ob das Verbot des Zwangs zur Selbstbeziehung, das aus Art 6 EMRK hergeleitet wird, eine Beschränkung der Mitwirkungspflicht bewirkt, welche ebenfalls als Ausfluss des Art 6 EMRK gesehen wird; dazu unten S 135.

548 In MDR 1970, 833 = BB 1970, 1026. Kritisch dazu – allerdings nur im Lichte des nemo tenetur-Prinzips (dazu sogleich unten § 4 II.B.1; S 131 ff) – *Stürmer*, Aufklärungspflicht 57 ff.

549 Dieser Gedanke findet sich bereits bei *Görres*, ZJP 34, 1 (32 f und 39 f).

550 Oben S 114 f mit Nachweisen.

551 So konkret für die Urkundenvorlagepflicht nach § 304 Abs 1 Z 3 ZPO *Kodek* in *Fäschung/Konecny*, Zivilprozessgesetz² § 304 ZPO Rz 15.

als erstes gegen die Bejahung von Mitwirkungspflichten vorgebracht wird, der Hinweis auf den – schon bei Studienfängern allseits bekannten – **Grundsatz** vom Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung. Soweit es um die Pflicht zur eigenen *Aussage* geht, spricht man vom Prinzip des *nemo tenetur se accusare*. Freilich liegt auf der Hand, dass die eigene Prozessposition ebenso dann Schaden nehmen kann, wenn die Partei angehalten ist, bei der Beweisführung des Gegners anders als durch Aussage mitzuwirken, etwa zum Beispiel durch *Vorlage von Urkunden* oder anderen Beweismitteln. Hier wird dieser Grundsatz daher gleichermaßen ins Spiel gebracht⁵⁵²; man spricht bisweilen in konkretisierender Abwandlung der Urform von *nemo contra se edere tenetur*⁵⁵³.

Der Grundsatz des *nemo tenetur se ipsum accusare* wird vom EGMR⁵⁵⁴ dem Kernbereich des **Rechts auf ein faires Verfahren** nach Art 6 EMRK zugerechnet bzw vom VfGH⁵⁵⁵ aus einem materiellen Verständnis des Anklageprinzips (Art 90 Abs 2 B-VG) abgeleitet; der EuGH beruft sich auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte⁵⁵⁶. Dabei stellt sich zunächst schon die Frage, ob sich aus diesen verfassungsmäßigen Garantien bloß ein Verbot des Zwangs zu *strafrechtlicher* Selbstbelastung (§ 7 Abs 2 StPO) ergibt, oder ob es ebenso wenig zulässig ist, von einer Partei zu fordern, dass sie sich durch Mitwirkung der Gefahr des Prozessverlustes im Zivilverfahren aussetzt.

Betrachtet man die einschlägigen Bestimmungen der ZPO aus diesem Blickwinkel, so ist eingangs bemerkenswert, dass das Zivilprozessrecht nicht einmal den Schutz vor der **Gefahr strafgerichtlicher Verfol-**

552 Siehe etwa *Langenbeck*, Beweisführung III 708f; *Gottwald*, BeitrZPR V 19 (22); *Stürner*, Aufklärungspflicht 57 ff (»niemand müsse gegen sein eigenes Fleisch wüten«); sowie die Nachweise im Folgenden.

553 Siehe etwa *Rassi*, ZZP 121, 165 (166). Eingehend im Zusammenhang mit der im gemeinen Recht weitgehend bejahten Pflicht zur Urkundenvorlage (vgl oben § 3 I.B.2; S 63 ff) *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (82 ff); ferner auch *Mittermaier*, Edition von Urkunden 87; *Huggenberger*, Urkundenedition 6.

554 Siehe etwa EGMR *Murray/Vereinigtes Königreich*, Slg 1996-I, 30; *Saunders/Vereinigtes Königreich*, Slg 1996-VI; *Averill/Vereinigtes Königreich*, Slg 2000-IV, 203.

555 ZB VfSlg 5235/1966, 9950/1984, 13.790/1994: Der Beschuldigte ist demnach nicht Objekt des Verfahrens, sondern *Prozesssubjekt* (Prozesspartei) und darf daher nicht gezwungen werden, sich zu belasten. Siehe dazu etwa *Birklbauer* in Fuchs/Ratz, WK-StPO, Vor §§ 118, 123 und 124 Rz 8 mwH auch zur methodischen Kritik in der Lehre.

556 EuGH v 18.10.1989, Rs C-374/87, *Orkem*, Slg 1989, 3283 Rz 32. Dazu siehe auch *Lukits*, wbl 2014, 370 (377).

gung lückenlos gewährt: Im Grundsatz ist zwar vorgesehen, dass ein solches Risiko die Pflichten zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts aufhebt – sowohl für die Partei selbst (Aussageverweigerungsrecht: § 380 Abs 1 ZPO; Vorlageverweigerungsrecht: § 305 Z 3 ZPO), als auch für Zeugen (Aussageverweigerungsrecht: § 321 Abs 1 Z 1 ZPO). Was die Partei betrifft, wird dieser Schutz allerdings aufge- weicht, sobald Interessen anderer Verfahrensbeteiligter von bestimm- ter Qualität mitbetroffen sind: Konkret erkennbar wird dies an den (hier ja speziell interessierenden) *unbedingt*en und daher selbst bei Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung bestehenden Vorlagepflichten für *gemeinschaftliche Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegen- stände* (§§ 304, 318, 369 iVm § 305 Z 3 ZPO e contrario); sobald Gemein- schaftlichkeit des Beweismittels vorliegt, befreit die Gefahr strafge- richtlicher Verfolgung *nicht* mehr von der Mitwirkungspflicht; es liegt dann eine Gegenausnahme zur Ausnahme von der Mitwirkungspflicht vor. Ebenso wenig wird die Aufklärungspflicht des Schuldners gegen- über dem Insolvenzverwalter (§ 99 IO) durch die Gefahr strafgerichtli- cher Verfolgung aufgehoben⁵⁵⁷ und ist zudem sogar erzwingbar (§ 101 Abs 1 IO)⁵⁵⁸.

Wenn nun demnach nicht einmal die Gefahr strafgerichtlicher Ver- folgung einen durchgehenden Dispens von der Mitwirkungspflicht an der Sachverhaltsfeststellung herbeizuführen vermag, dann wird man kraft Größenschlusses umso weniger verlangen dürfen, dass der **Gefahr (bloß) vermögensrechtlicher Nachteile** – konkret: in Gestalt des Prozessverlusts – eine solche Wirkung jedenfalls zukommen muss. Diese Vermutung wird durch das positive Recht bestätigt: Einer Partei wird im Rahmen der *Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht* (§ 178 ZPO) auch das Vorbringen/Zugeständnis für sie ungünstiger Tatsachen ab- verlangt⁵⁵⁹ bzw es ist ihr im Rahmen der *Parteienvernehmung* das Aus- sageverweigerungsrecht wegen der Gefahr von Vermögensnachteilen sogar explizit versagt (§ 380 Abs 1 Satz 2 iVm § 321 Z 2 ZPO).

(Noch) Nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, ob die im Verfahrensrecht trotz der Gefahr von Nachteilen vorgesehenen Mitwir- kungspflichten auch **verfassungsrechtlich**, insbesondere **im Lichte des**

557 *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 99 KO Rz 3 und 16.

558 Näher dazu *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 99 KO Rz 2 und 20 f sowie § 101 KO Rz 3 ff.

559 Dazu näher schon oben S 29 f.

Art 6 EMRK unbedenklich sind⁵⁶⁰. Denn allein der Umstand, dass die ZPO einer Partei trotz drohender vermögensrechtlicher Nachteile solche Pflichten auferlegt, sagt freilich noch nichts darüber aus, ob sich diese einfachgesetzlichen (!) Vorschriften in Einklang mit den im Verfassungsrang stehenden⁵⁶¹ Bestimmungen der EMRK befinden. Ohne dass die verfassungsrechtliche Problematik in dieser Untersuchung vertieft werden kann, lässt sich aber zumindest auf Grund einer groben Ersteinschätzung Entwarnung geben. Die wohl herrschende Auffassung⁵⁶² geht davon aus, dass der im Strafrecht verfassungsrechtlich vorgesehene Schutz der Passivität der betroffenen Partei *nicht* auf das Zivilverfahren umgelegt werden kann. Argumentiert wird vor allem damit, dass sich die Lage des Beschuldigten im Strafprozess grundlegend von jener der nicht behauptungs- und beweisbelasteten Partei im Zivilprozess unterscheidet⁵⁶³: Während hier der Prozesssieg einer Partei gleichzeitig den Prozessverlust des Gegners bedeutet, steht dort der Beschuldigte eben gerade keinem gleichgestellten Prozessgegner gegenüber, der seinerseits durch den Prozessverlust einen vermögensrechtlichen Nachteil erleidet, sondern dem Staat, der in der Ausübung seines Strafverfolgungsanspruchs agiert; ferner ist im Strafprozess die Bedrohung der Rechtsgüter des Betroffenen weit gravierender als im Zivilprozess und schließlich kann im Strafprozess die Passivität des Beschuldigten/Angeklagten durch Einsatz des staatlichen Ermittlungsapparats kompensiert werden.

Diese Auffassung von der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit von Mitwirkungspflichten im Zivilverfahrensrecht kann meines Erachtens noch mit weiteren Überlegungen abgesichert werden: Im Ausgangspunkt muss – wie schon hervorgekommen ist – zwischen der *Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung* und jener von vermögensrechtlichen Nachteilen (Prozessverlust) unterschieden werden. Wird erstere durch eine Mitwirkungspflicht ausgelöst, so kann sie wohl ohnehin völlig dadurch entschärft werden, dass bezüglich der dadurch gewonnenen Erkenntnisse für das Strafverfahren ein *Verwertungsverbot* ange-

560 Diesen Schluss zieht aber wohl *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 280.

561 Oben S 114 FN 467.

562 So explizit *Stürmer*, Aufklärungspflicht 59 f; *Lorenz*, ZZP 111, 35 (63); *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (292 FN 137); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 280 f mwH zur (im deutschen Rechtsbereich vertretenen) Gegenansicht (aaO 281 FN 27).

563 Vgl zum Folgenden *Stürner*, Aufklärungspflicht 59 f; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (281); *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 280 je mwH.

nommen wird⁵⁶⁴; es scheint daher legitim, unter bestimmten Umständen eine Mitwirkung selbst bei Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung anzuordnen. Ebenso wenig dürften verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Mitwirkungspflicht in der zweiten Fallgruppe, also jener der Gefahr *vermögensrechtlichen Nachteile*, durchschlagen. Nicht übersehen werden darf hier nämlich, dass die gesetzlich statuierten Mitwirkungspflichten, die in Widerstreit mit eben diesem Parteiinteresse stehen, wie erwähnt, ein Instrument sind, um den Prozesszweck der Wahrheitsermittlung zu verfolgen. Die Ausrichtung des Zivilprozesses auf die Wahrheitsermittlung ist jedoch ihrerseits selbst Ausfluss des verfassungsmäßigen Rechts (der anderen Prozesspartei) auf ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 EMRK⁵⁶⁵. Wenn nun aber Art 6 EMRK herrschend so verstanden wird, dass auf seiner Grundlage der Partei ein Anspruch darauf zuzubilligen ist, dass der Staat den Prozessgegner zum Zweck der Wahrheitserforschung zur Mitwirkung verpflichtet, dann hat man sich damit aus verfassungsrechtlicher Warte bereits darauf festgelegt, dass dieses Grundrecht den Gegner eben zur Mitwirkung verpflichtet und er sich somit nicht auf eben dasselbe Grundrecht zu seinen Gunsten berufen kann, um seine Mitwirkung zu verweigern.

Im Ergebnis lässt sich damit sagen, dass das verfassungsrechtlich verankerte Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung den zivilprozessualen Mitwirkungspflichten nicht zwingend im Wege steht: Der Gefahr *strafgerichtlicher* Verfolgung kann ausreichend durch ein Verwertungsverbot begegnet werden; hinsichtlich der Gefahr *vermögensrechtlicher* Nachteile (Prozessverlust) erscheint die zur Mitwirkung gehaltene Partei angesichts der herrschenden Auslegung des Art 6 EMRK nicht schutzwürdig.

564 In diesem Sinne speziell zur Mitwirkungspflicht des Schuldners im Insolvenzverfahren (§ 99 IO) *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 99 KO Rz 16 mwH. Ein solches Verwertungsverbot ist nach deutscher Gesetzeslage sogar explizit vorgesehen (§ 97 Abs 1 InsO). Einen derartigen Schutz vor den nachteiligen Folgen einer Mitwirkungspflicht kennt auch das Unionsrecht: So dürfen etwa die vor dem EuGH verwendeten Unterlagen und sonstigen Beweismittel von den nationalen Behörden nicht als Beweismittel oder zur Einleitung von nationalen Strafverfahren verwendet werden, wenn sie auf Grund einer Aufforderung der Kommission oder einer anderen Gemeinschaftsbehörde vorgelegt worden sind. Siehe EuGH v 16.7.1992, Rs C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia vs Asociación Española de Banca Privada*, Slg 1992 I-4785, 4833; ferner *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (282 bei und in FN 7) mwH.

565 Oben § 4 II.A; S 114 ff mwH.

Wenngleich das nemo tenetur-Prinzip für die hier interessierenden Fragen des Zivilverfahrensrechts zwar keine verfassungsrechtlichen Schranken aufstellt, so ist allerdings doch auch klar geworden, dass das Interesse einer Partei, sich gegen den eigenen Willen der Gefahr von straf- oder vermögensrechtlichen Nachteilen aussetzen zu müssen, von der ZPO immerhin teilweise als ein – sehr **fein justiertes** – **Korrektiv für die Pflicht zur Mitwirkung** an der Wahrheitsermittlung berücksichtigt wird. Es findet nämlich bei der konkreten Ausgestaltung von Parteirechten und -pflichten sehr wohl Niederschlag, wobei eben zwischen straf- und vermögensrechtlichen Nachteilen differenziert wird⁵⁶⁶: Im Normalfall hebt die Gefahr **strafgerichtlicher Verfolgung** die Mitwirkungspflichten der Partei bei der Feststellung des Sachverhalts auf (Aussageverweigerungsrecht: § 380 Abs 1 ZPO; Vorlageverweigerungsrecht: § 305 Z 3 ZPO). Wenn aber zudem in Gestalt der **Gemeinschaftlichkeit** ein besonderes Interesse des Gegners am Beweismittel vorliegt, schlägt das Pendel sozusagen wieder in die andere Richtung aus und die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung wird irrelevant; es kommt zur unbedingten Vorlagepflicht (§§ 304, 318 Abs 2, 369 iVm § 305 Z 3 ZPO e contrario).

Nachdem somit bei Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels nicht einmal die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung gewichtig genug ist, um von der Mitwirkungspflicht an der Sachverhaltsfeststellung zu befreien, ist es nur konsequent, dass eine solche Wirkung erst recht nicht der Gefahr bloß **vermögensrechtlicher Nachteile** (Unterliegen im konkreten Rechtsstreit) beigelegt wird. Da rein vermögensrechtliche Nachteile *weniger schwer wiegen als strafgerichtliche Verfolgung*, wäre zu erwarten, dass ihnen als Weigerungsgrund vergleichsweise sogar noch weniger Gewicht beigelegt wird. Und tatsächlich werden die Mitwirkungspflichten durch die Gefahr solcher Nachteile nach der ZPO nicht einmal dann aufgehoben, wenn es an der Gemeinschaftlichkeit und somit an einem besonderen Interesse des Gegners fehlt:

(a) Im Rahmen der *Urkundenvorlagepflicht* existiert zwar eine Generalklausel⁵⁶⁷ für ein Vorlageverweigerungsrecht (§ 305 Z 5 ZPO: »gleich gewichtige Gründe, welche die Verweigerung rechtfertigen«). Dazu

566 Zu pauschal aber wohl *Rassi*, ZJP 121, 165 (192), der das nemo tenetur-Prinzip für das österreichische Verfahrensrecht als ausgeschlossen bezeichnet.

567 Siehe etwa *Schumacher*, ZJP 123, 283 (288).

wird aber zutreffend vertreten⁵⁶⁸, dass hier ein dem Vorlagepflichtigen allenfalls drohendes Unterliegen im konkreten Rechtsstreit immer irrelevant ist und eine Verschlechterung der Beweislage für den Vorlagepflichtigen niemals die Weigerung rechtfertigt.

(b) Dass das *nemo tenetur*-Prinzip bei bloß vermögensrechtlichen Nachteilen für die der Begrenzung der Mitwirkungspflichten keinerlei Rolle spielt, zeigen die Bestimmungen über den Urkundenbeweis noch unter einem weiteren Aspekt ganz deutlich. Der Beweis der Echtheit einer Urkunde kann bekanntlich unter anderem durch *Schriftvergleich* geführt werden. Grundsätzlich obliegt es auch hier dem Beweisführer, »zureichende Vergleichungsschriften« beizubringen; die Vorlegung solcher Vergleichungsschriften kann dem Gegner unter den Voraussetzungen der §§ 303f ZPO aufgetragen werden (§ 314 Abs 2 ZPO). Mangelt es an Vergleichungsschriften, so kann dem Gegner aufgetragen werden, eine Anzahl von ihm vorgegebenen Worten niederzuschreiben (§ 314 Abs 4 ZPO). Diese Mitwirkungspflicht in Gestalt der Erstellung einer Vergleichsschrift ist – *nota bene!* – *völlig unabhängig von irgendwelchen sonstigen Voraussetzungen*. Dass für diese Form der Mitwirkung im Gegensatz zu den Regeln über die Urkundenvorlage auf die Prüfung besonderer Voraussetzungen verzichtet wird, lässt sich nur damit erklären ist, dass hier eben, anders als bei der *Urkundenvorlage*, grundsätzlich *keine Verletzung jener Interessen droht, die durch die Vorlageverweigerungsgründe geschützt sind*: Wie noch näher auszuführen ist⁵⁶⁹, sind dies der Schutz der Individualsphäre, der Schutz vor Pflichtkonflikten und der Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung. Würde das *nemo tenetur*-Prinzip ebenfalls eine Rolle spielen, dann müssten auch für die Mitwirkung durch Errichtung einer Vergleichungsschrift Beschränkungen bestehen, denn im Lichte dieses Prinzips macht es ja keinerlei Unterschied, ob die Mitwirkung bei der Beweisführung des Gegners durch Urkundenvorlage oder durch die Errichtung einer Vergleichungsschrift erfolgt.

(c) Die Wertung von der Unbeachtlichkeit der Gefahr des Prozessverlusts ist ferner auch noch für den Beweis durch *Parteienvernehmung* positiviert: Hier wird das Aussageverweigerungsrecht wegen der

568 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 305 ZPO Rz 13; *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (203).

569 Dazu vor allem unten S 173.

Gefahr von Vermögensnachteilen explizit versagt (§ 380 Abs 1 Satz 2 iVm § 321 Z 2 ZPO).

(d) Und schließlich wird durch die für *Parteivorträge* geltende Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht (§ 178 ZPO)⁵⁷⁰ einer Partei auch das Vorbringen/Zugeständnis für sie ungünstiger Tatsachen abverlangt⁵⁷¹.

Im Ergebnis ist demnach davon auszugehen, dass die **Gefahr vermögensrechtlicher Nachteile infolge eines drohenden Prozessverlusts nach den gesetzlichen Wertungen nicht geeignet ist, der Partei den Schutz des nemo tenetur-Prinzips zu verschaffen und sie von einer Mitwirkungspflicht freizustellen**; dies gilt ganz **unabhängig davon, ob ein Gemeinschaftlichkeitstatbestand erfüllt ist oder nicht**. In den noch anzustellenden Überlegungen zu den einschlägigen Bestimmungen der ZPO kann dieses Prinzip daher außer Betracht bleiben. Lediglich der Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung spielt bei der Beschränkung von Mitwirkungspflichten eine Rolle.

2. Schutz der Privat- und Individualsphäre

a. Ausgangsüberlegungen

Dass der Prozesszweck der Wahrheitsermittlung im Allgemeinen und das von ihm eingesetzte Instrument der Mitwirkungspflichten im Besonderen mit der Individualsphäre bzw mit dem noch weiter reichenden⁵⁷² Persönlichkeitsrecht der davon betroffenen Partei in Widerstreit geraten können, liegt auf der Hand⁵⁷³; dieser Konflikt steht auch seit jeher im Zentrum der einschlägigen Diskussion. Schon sehr früh wurde immer, wenn es darum ging, die Grenzen der Mitwirkungs-

570 Dazu näher schon oben S 29f.

571 Diese Pflicht zur Angabe von Tatsachen, die für die Partei nachteilig sein können, besteht allerdings nach zutreffender Ansicht wohl nur bei positivem Wissen, während bei Ungewissheit keine Aussage gemacht werden muss (dazu näher *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 350 ff mwH).

572 Eine sehr eingehende, aber nur bedingt auf die österreichische Rechtslage übertragbare Fallgruppenbildung findet sich dazu bei *Stürner*, Aufklärungspflicht 194 ff, der eine exakte Bestimmung der Schutzposition zugrundelegt. Davon kann an dieser Stelle zunächst abgesehen werden, weil im Rahmen der Analyse der konkreten Einzelbestimmungen (unten S 185 ff) ohnehin der exakte Schutzbereich zu ermitteln sein wird; es soll im Folgenden daher der Überbegriff der Individualsphäre verwendet werden.

573 Siehe etwa bloß *Stürner*, Aufklärungspflicht 193 ff; *Bajons*, NZ 1991, 51 (52 f), und *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 26.

pfligt gegenüber dem (Prozess-)Gegner abzustecken, der Schutz der Individualsphäre als eine der **Speerspitzen der Kontraargumente** in die Schlacht geworfen. Insbesondere der Urkundenvorlagepflicht (als sozusagen dem Prototypen der Mitwirkungspflicht) wurde vorgeworfen, dass sie die »Elementargrundsätze über [...] die *rechtliche Freyheit* überhaupt, und über das Hausrecht insbesondere über den Haufen werfe⁵⁷⁴«; damit werde das *Recht der Individualität* verletzt⁵⁷⁵. Ähnlich wurde die allgemeine Vorlagepflicht der Kaufleute bezüglich ihrer Handelsbücher im gemeinen Recht unter Hinweis darauf kritisiert, dass dadurch »vertrauliche Geschäftsverbindungen und Speculationen« der Einsicht anderer preisgegeben würden⁵⁷⁶. Im Zusammenhang mit der Urkundenvorlagepflicht sprechen die Gesetzesmaterialien⁵⁷⁷ explizit an, dass die »berechtigten Interessen« des Urkundeninhabers zu schonen sind. Schon diese zahlreichen (rechtshistorischen) Mahnrufe legen nahe, dass es sich bei der Individualsphäre wohl um jenes Rechtsgut handelt, das den Mitwirkungspflichten die engsten Fesseln anlegt. Das Verhältnis zwischen ihrem Schutz und der Wahrheitsermittlung ist daher an dieser Stelle etwas breiter zu erörtern.

Auch heute ist der Schutz der Privat- und Individualsphäre im österreichischen Zivilverfahrensrecht bekanntlich fest verankert⁵⁷⁸, dies nicht zuletzt wegen der verfassungsrechtlichen⁵⁷⁹ Vorgabe des Art 8 EMRK. Die ZPO schnürt gleichsam einen Kokon für die *prozessfreie Sphäre*⁵⁸⁰ bzw für eine *Freiheitssphäre*⁵⁸¹ der Partei – dies aber freilich mit durchaus verschiedenen Instrumenten und in variierender Intensität. Müssen Tatsachen des Familien- oder generell des Privatlebens⁵⁸² erörtert werden, so

574 *Almendingen*, PhuGR 1, 281 (insb 287ff); ihm folgend *Mittermaier*, Edition von Urkunden 68 (»Hausrecht des Bürgers«).

575 *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (83).

576 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 41.

577 Materialien CPG I 309.

578 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 53; konkret für Geschäftsgeheimnisse *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (89).

579 Zum Verfassungsrang der EMRK siehe oben S 114 bei und in FN 467.

580 Dieser Begriff ist vor allem deutschen Schrifttum sehr gebräuchlich; siehe etwa *Stürner*, JZ 1985, 453 (454); *Gottwald*, BeitrZPR V 19 (39).

581 *Dilcher*, AcP 158, 469 (478).

582 Über den Gesetzeswortlaut hinaus (»Familienleben«) genügt nach herrschender Ansicht ganz allgemein jede potenzielle Peinlichkeit aus dem Privatleben und auch jede andere Tatsache, die dem Privatleben zuzuordnen ist, um den Schutz vor der Erörterung in der Öffentlichkeit in Anspruch nehmen zu können (*Schragel* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² § 172 ZPO Rz 2 ZPO).

kann die **Öffentlichkeit** von der mündlichen Verhandlung **ausgeschlossen** werden (§ 172 Abs 2 ZPO); gleiches gilt zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in UWG-Verfahren (§ 26 UWG) und verbraucherrechtlichen Verbandsklageverfahren (§ 30 KSchG). Ferner ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit möglich, wenn die begründete Besorgnis besteht, dass die Öffentlichkeit zum Zwecke der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung missbraucht werden würde (§ 172 Abs 1 ZPO); ausweislich der Gesetzesmaterialien⁵⁸³ hatte der Gesetzgeber dabei jene Fälle vor Augen, in denen Dinge vorgebracht werden müssten, die eine Partei aus geschäftlichen Gründen nicht in die Öffentlichkeit tragen will. In Ehesachen ist die Verhandlung stets nicht öffentlich (§ 460 Z 3 ZPO). De lege ferenda wurde zudem diskutiert, dass die Öffentlichkeit über Antrag beider Parteien generell auszuschließen sein sollte⁵⁸⁴ und dass den anwesenden Personen vom Gericht eine Geheimhaltungspflicht betreffend jene Tatsachen, die ihnen durch die Verhandlung zur Kenntnis gelangt sein, auferlegt werden können sollte⁵⁸⁵. Bemerkenswert ist bei alledem, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit heute also gleichsam als *Hemmschuh für die Sachverhaltsermittlung* gesehen wird⁵⁸⁶, während im älteren Schrifttum noch die Auffassung vorherrschte, dass gerade dadurch die Wahrheitsfindung gefördert würde⁵⁸⁷.

Das hier interessierende Beweisrecht sieht einen entsprechenden Schutz in den einzelnen **Aussage- und Vorlageverweigerungsgründen** vor: Eine Partei kann die *Aussage* verweigern über Fragen, deren Beantwortung ihr oder bestimmten ihr nahestehenden Personen zur Schande gereichen würde, wenn sie dadurch eine ihr obliegende, staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit verletzen oder ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis offenbaren würde (§ 380 Abs 1 iVm § 321 ZPO). Die *Urkundenvorlage* kann verweigert werden, wenn der Inhalt Angelegenheiten des Familienlebens betrifft, sein Bekanntwerden der Partei zur Schande gereichen würde⁵⁸⁸ oder wenn andere gleich wichtige Gründe

583 Materialien CPG II 317.

584 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 682. Skeptisch dazu *Simotta*, FS Matscher 449 (462).

585 *Simotta*, FS Matscher 449 (465).

586 Eingehend *Simotta*, FS Matscher 449 (460) mwH, die auch weitere nachteilige Effekte der Öffentlichkeit auf die Wahrheitsfindung anschaulich aufzeigt.

587 *Horten*, Zivilprozessordnung 651: »Auch die Parteien würden eher ihre Wahrheitspflicht erfüllen [...]«; *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ I 764: »Mittel zur Erforschung der materiellen Wahrheit«.

588 Dass dieser Vorlageverweigerungsgrund im Schutz von Persönlichkeitsrechten seine Rechtfertigung findet, nimmt auch *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (293), an.

vorhanden sind (§ 305 Abs 1 ZPO). Entsprechendes gilt kraft Verweises für die Vorlage von *Augenscheinsgegenständen* (§ 369 ZPO) und *Auskunftssachen* (§ 318 Abs 2 ZPO). Die Privatsphäre kann aber selbst dann Schutz genießen, wenn keiner dieser vom Gesetz anerkannten, berücksichtigungswürdigen Gründe vorliegt, sich aber *beide Parteien gegen die Verwendung eines Beweismittels aussprechen*⁵⁸⁹: Hinsichtlich von Urkunden und Zeugen wird die diskretionäre Gewalt des Gerichts dadurch suspendiert (§ 183 Abs 2 ZPO) und diese Beweismittel völlig dem Verfahren entzogen.

Schon dieser ganz knappe Überblick lässt ein keineswegs absolut wirkendes, sondern äußerst **differenziertes Schutzregime** erkennen⁵⁹⁰: Nicht nur sind verschiedene Tatbestände vorgesehen, bei deren Verwirklichung der Individualsphäre Schutz zukommt, sondern auch Reichweite und Intensität des Schutzes sind unterschiedlich ausgestaltet: Die mildeste Form des Schutzes besteht im *Ausschluss der Öffentlichkeit*; hier bleiben die der Individualsphäre zugehörigen Tatsachen Prozessstoff und Beweisthema. Wohl am umfassendsten wirkt die beidseitige Parteienerklärung nach § 183 Abs 2 ZPO, die dazu führt, dass dem Gericht sogar die amtswegige Sachverhaltsermittlung versperrt ist.

Herauszustreichen ist ferner, dass die **Individualsphäre** zwar nicht durchgängig gegenüber dem Prozesszweck der Wahrheitserforschung geschützt wird, ihr Schutz aber dennoch **nie gänzlich fallen gelassen** wird: Zu bedenken ist nämlich, dass die Erfüllung der den Beweisgegner treffenden Mitwirkungspflichten grundsätzlich *nicht gegen seinen Willen erzwingbar* ist; im Fall der Nichtentsprechung droht »lediglich« die Sanktion einer negativen Würdigung dieses (passiven) Verhaltens durch das Gericht. Auch darin liegt – wie zutreffend betont wurde⁵⁹¹ – ein Schutzmechanismus zugunsten der Individualsphäre; es bleibt der mitwirkungspflichtigen Partei überlassen, zu entscheiden, ob sie

589 So zeigt etwa die Stellungnahme des Permanenzausschusses (Materialien CPG I 776), dass die Zielrichtung dieses Ausschluss wiederum der Schutz der Privatsphäre ist: »Eine Menge von nicht übersehbaren Verhältnissen des Privatlebens, Rücksichten auf Tatsachen des Familienlebens etc kommen hier in Betracht. Bei der Verfolgung von Privatrechtstreitigkeiten [muss es daher] zulässig bleiben, daß die Parteien gewisse Kampfesmittel ausschließen, wenn beide es so wollen.« Siehe dazu auch *Bajons*, NZ 1991, 51 (52).

590 Mit demselben Befund auch für das deutsche Verfahrensrecht *Stürmer*, JZ 1985, 453 (457 und 460).

591 *Gottwald*, BB 1979, 1780 (1783).

bereit ist, die Wahrung des Geheimnisses mit dem (drohenden) Prozessverlust zu bezahlen.

b. Gesetzliche Wertungen für den Kollisionsfall

i. Allgemeines

Angesichts der Vielfalt der möglichen Lebenssachverhalte und der breiten Palette an Aspekten der Individualsphäre ist freilich keine pauschale Lösung für das Rangverhältnis zwischen Wahrheitserforschung/Mitwirkungspflicht einerseits und Schutz der Individualsphäre andererseits denkbar; vielmehr muss diesbezüglich vor allem anhand der **Intensität des Geheimhaltungsinteresses differenziert** werden, was wiederum von der konkreten Schutzposition abhängt. Es liegt bereits nach diesen einleitenden Überlegungen in der Luft, dass der Gemeinschaftlichkeitstatbestand insbesondere für die heikle Auflösung dieses Konflikts zwischen Individualsphäre und Wahrheitserforschung als ein zentrales Kriterium eingesetzt wird. In der vorliegenden Arbeit, die den Fokus auf die Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit gelegt hat, kann nun ohne weiteres davon abgesehen werden, sämtliche in der Rechtsordnung mit Geheimnisschutz ausgestatteten Sphären und die Intensität ihres Schutzes herauszuarbeiten. Es genügt vielmehr, wenn pauschal und abstrahierend der Schutz einer **modellhaften Individualsphäre** angenommen wird und sodann im Hinblick auf diesen Platzhalter-Tatbestand (Ausnahme) geprüft wird, welche Wirkungen die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels (Gegenausnahme) auf dessen Schutz entfaltet. Eine in diesem Sinn abstrahierende Herangehensweise ist deshalb legitim, weil ja auch die gesetzlichen Gemeinschaftlichkeitstatbestände ganz generell die Rechtsfolge einer unbedingten Mitwirkungspflicht nach sich ziehen, ohne zu unterscheiden, welcher Art der Geheimnisschutz ist, der dadurch beiseite geräumt wird. In den noch anzustellenden Überlegungen kann somit darauf verzichtet werden, die zahlreichen Schutzbereiche der Individualsphäre und deren Rang zum Prozessziel der Wahrheitserforschung exakt und separat auszuloten⁵⁹².

592 Siehe dazu weiterführend und sehr eingehend *Stürner*, Aufklärungspflicht 200ff für den Schutz des Persönlichkeitsrechts und aaO 214ff für die gewerbliche Geheimsphäre: Für das Persönlichkeitsrecht bildet *Stürner* (aaO) drei Fallgruppen: (a) äußerer Geheimbereich; (b) wertende Erfassung der Persönlichkeit, die Anlass

Im Sinne des eingangs⁵⁹³ skizzierten Prüfungsschemas schlägt sich der Schutz der Individualsphäre also auf der **Ebene der Ausnahmen** vom Grundsatz der allgemeinen Mitwirkungspflicht nieder. Wesentlich erscheint allein die Frage, warum manche Situationen, das heißt also die Tatbestände der **Gegenausnahmen**, dazu führen, dass ein an sich eingeräumter Vorrang des Geheimnisschutzes (Ausnahmen) wieder neutralisiert wird. Konkrete Schlussfolgerungen dazu können erst im Anschluss an diesen Abschnitt aus der Analyse der beweisrechtlichen Einzelbestimmungen gewonnen werden (unten S 171 ff). Hier sollen aber bereits einige Überlegungen grundsätzlicher Natur angestellt werden, die nützlich sind, wenn man die Funktionsweise und Reichweite des Gemeinschaftlichkeitskriteriums ergründen will. Dazu ist es unabdingbar, dessen exakten Einsatzbereich abzustecken, also dessen Stoßrichtung zu bestimmen. Hilfreich scheint es dabei vor allen Dingen, eine Differenzierung nach der **Schutzausrichtung der Individualsphäre vorzunehmen**: Soll die Individualsphäre der Partei (nur) gegenüber der *Öffentlichkeit* bzw gegenüber Dritten geschützt sein oder (auch) gegenüber dem *Prozessgegner*⁵⁹⁴?

ii. Schutz gegenüber der Öffentlichkeit/Dritten

Soweit die Wahrung der Individualsphäre bloß gegenüber Dritten, nicht aber speziell gegen den Verfahrensgegner orientiert ist, scheint es, als könnte man dem Geheimnisschutz durch einen **Ausschluss der Öffentlichkeit** von der mündlichen Verhandlung entsprechen; diese Möglichkeit wird explizit eingeräumt, wenn Tatsachen des *Familienlebens* erörtert/bewiesen werden müssen (§ 172 Abs 2 ZPO), ist

▷▷ zu einem Unwerturteil geben könnte; (c) unantastbarer innerer Lebensbereich. Nur in der letzten Kategorie sei eine Mitwirkungspflicht generell ausgeschlossen. Für die österreichische Rechtslage wird zu zeigen sein, dass dem positiven Recht, insbesondere dem Gemeinschaftlichkeitskriterium durchaus handfeste Wertungen entnommen werden können, die diese sehr abstrakte Fallgruppenbildung zu verfeinern vermögen.

593 Oben § 4 I.B; S 118 ff.

594 Dies wird heute offensichtlich nur (mehr) ganz vereinzelt explizit ausgesprochen; siehe etwa *Stürmer*, Aufklärungspflicht 197f und 218; *derselbe*, JZ 1985, 453 (458), wo allerdings nicht allgemein von einem Geheimhaltungsinteresse gegenüber der Öffentlichkeit ausgegangen wird, sondern bloß von dem Sonderfall, dass zwischen den Streitteilen kein Konkurrenzverhältnis vorliegt, so dass dem Prozessgegner gegenüber kein Geheimhaltungsbedarf besteht. Ferner *Gottwald*, BB 1997, 1780 (1780 f).

aber nach zutreffender Ansicht⁵⁹⁵ generell auch dann gegeben, wenn *Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse* betroffen sind. Als besonders aufschlussreich erweisen sich in diesem Zusammenhang die konkreten Regelungen zu den – schon erwähnten⁵⁹⁶ – Auskunftspflichten des Betreibers einer Kernanlage oder einer gentechnischen Anlage: Werden dessen Geschäfts-/Betriebsgeheimnisse oder sonst der Inhalt von dessen Auskünften erörtert oder Beweise dazu aufgenommen, kann der Ausschluss der Öffentlichkeit beantragt werden (§ 14 Abs 2 AtomHG; § 79g Abs 2 GTG).

Bei realitätsnaher Betrachtung wird man im Ausschluss der Öffentlichkeit aber freilich **kein Allheilmittel** sehen können: Zum einen schon deswegen, weil er vor einer Offenbarung des Geheimnisses *gegenüber dem Verfahrensgegner* eben gerade *nicht schützt*; darauf wird sogleich gesondert einzugehen sein⁵⁹⁷. Zum anderen ist zu bedenken, dass die Preisgabe von Geheimnissen, selbst wenn sie in einem Zivilverfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgt, stets zu einer Erweiterung des Kreises der Geheimnisträger⁵⁹⁸ führt und so unweigerlich die Gefahr ihrer Verbreitung erhöht (*Risiko der mittelbaren Offenbarung*)⁵⁹⁹. Allein der Ausschluss der Öffentlichkeit gewährt daher

595 *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 172 ZPO Rz 11: Ausdrücklich normiert ist Derartiges an sich nur für Verfahren nach dem UWG (§ 26 UWG) und verbraucherrechtliche Verbandsklageverfahren (§ 30 Abs 1 KSchG), doch kann auch sonst nichts anderes gelten. Da ein Zeuge über Fragen, die ein Kunst- (= Betriebs-) oder Geschäftsgeheimnis betreffen, die Aussage verweigern (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO) und damit die Wahrheitsfindung erschweren kann, ist der Ausschluss der Öffentlichkeit in solchen Fällen nach § 172 Abs 1 ZPO (Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung) möglich. Restriktiver allerdings offensichtlich *Schumacher*, ZZZ 123, 283 (284 f).

596 Zu diesen näher oben S 43.

597 Unten § 4 II.B.2.b.iii; S 147 ff.

598 Überwiegend wird die geheimhaltungspflichtige Person als *Geheimnisträger* bezeichnet, während die dadurch geschützte Person als *Geheimnisherr* bezeichnet wird. Zu dieser Terminologie siehe etwa *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht² I Rz 2/7 mwH; abweichend aber *Canaris*, Bankvertragsrecht⁴ I Rz 43.

599 In erster Linie ist Quelle dieses Risikos natürlich der Verfahrensgegner, zumal dieser nicht notwendig einer Verschwiegenheitspflicht (etwa aus einer rechtlichen Sonderbeziehung) unterliegt. Was die übrigen Verfahrensbeteiligten betrifft, existieren bekanntlich gesetzliche Verschwiegenheitspflichten (Art 20 Abs 3 B-VG, § 58 Abs 1 RStDG, § 46 Abs 1 BDG, § 5 VBG), doch ist dadurch das faktische Risiko eines Geheimnisbruchs und der damit verbundenen unwiederbringlichen Nachteile keineswegs ausgeschlossen; zu dieser keineswegs theoretischen Gefahr auch schon – wenngleich in einem anders gelagerten Zusammenhang – *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten 21 ff mwH, insb 23 f.

bei realistischer Würdigung keineswegs immer einen den Geheimhaltungsinteressen des Geheimnisherrn umfassend gerecht werdenden Schutz. Diese Einsicht dürfte, wie an anderer (zugegebenermaßen vielleicht etwas unvermuteter) Stelle zu sehen ist, auch den Gesetzgeber ereilt haben: Nach den schon angesprochenen Sonderregelungen sind dem Betreiber einer Kernanlage oder einer gentechnischen Anlage Auskunftspflichten gegenüber Geschädigten auferlegt. Werden in einem gerichtlichen Verfahren Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse erörtert oder Beweise dazu aufgenommen, so ist (wie eben erwähnt wurde) auf Antrag die *Öffentlichkeit auszuschließen*; allerdings darf der Betreiber die Auskunft *jedenfalls* – also sogar trotz dieses dem Geheimnisschutz dienenden Instrumentariums! – verweigern, wenn dadurch ein »im Verhältnis zum Schaden wesentlich bedeutsameres« Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis preisgegeben würde (§ 13 Abs 3 AtomHG 1999; § 79 f Abs 3 GTG), wenn also die Erteilung der Auskunft den Verpflichteten unverhältnismäßig belasten würde⁶⁰⁰. Hierin tritt meines Erachtens eine allgemeine⁶⁰¹ gesetzliche Wertung zutage, wonach das **Geheimhaltungsinteresse des Mitwirkungspflichtigen erstens und vor allem durch einen Ausschluss der Öffentlichkeit gesichert** werden soll. Sollte dies aber **unzureichend** sein und überdies das Interesse am Geheimnisschutz *wesentlich schwerer* wiegen als der Prozesszweck der Wahrheitsfindung, dann greift auf der zweiten Stufe als **ultima ratio ein absoluter Schutz durch Dispens des Betreibers von der Auskunftspflicht**. Das relative Gewicht der Individualsphäre kann insbesondere etwa dadurch zunehmen, dass der Wert des geltend gemachten Anspruchs gering ist, weil ganz generell davon auszugehen sein sollte, dass der *Prozesszweck der Wahrheitsfindung durch einen geringen Wert des geltend gemachten Anspruchs zurückgedrängt wird*⁶⁰².

600 So die (in dieser Hinsicht wenig ergiebigen) Materialien zum AtomHG 1999 (Erläuterung 1357 BldgNR 20. GP 33).

601 Zwar regeln die zitierten Bestimmungen des AtomHG 1999 und des GTG *materielle* Mitwirkungspflichten (*Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 308; siehe auch schon oben S 43), doch spricht nichts dagegen, das dort niedergelegte Bauprinzip ebenso für das Verständnis der hier interessierenden *prozessualen* Mitwirkungspflichten fruchtbar zu machen.

602 So kann etwa seit der ZVN 2002 (BGBl I 2002/76) – im Sinne einer wohlverstandenen Prozessökonomie (Erläuterung 962 BldgNR 21. GP 35) – *auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet* werden, wenn der Wert eines Anspruchs € 1.000,- nicht übersteigt (§ 273 Abs 2 ZPO). Ferner zeigen in gewissem Ausmaß auch die an Wertgrenzen anknüpfenden *Zugangsbeschränkungen zum OGH*, dass das Gewicht

Für eine solcherart **abgestufte Rücksichtnahme auf das Geheimhaltungsinteresse gegenüber der Allgemeinheit** fehlt in der ZPO eine allgemeine Regel. Die eben aus den zitierten sondergesetzlichen Bestimmungen herausgeschälte Wertung scheint sich aber völlig konsequent in die Systematik des verfahrensrechtlichen Rechtsgüterschutzes einzugliedern und sollte daher meines Erachtens im Wege der Analogie **verallgemeinerungsfähig** sein: Da nur die Verweigerung der Mitwirkung dem Geheimhaltungsinteresse vollständig Rechnung tragen kann, bietet der Ausschluss der Öffentlichkeit keinen hinreichenden Schutz, wenn es um besonders sensible Informationen geht, deren Geheimhaltung im Verhältnis zum geltend gemachten Hauptanspruch *wesentlich bedeutsamer* ist⁶⁰³. Sofern das Interesse am Geheimnisschutz gravierend überwiegt, müssen bei der Wahrheitserforschung Abstriche in Kauf genommen werden.

Anerkennt man damit die Analogiefähigkeit dieser sondergesetzlichen Ausnahmen von der Mitwirkungspflicht, drängt sich freilich sogleich die Frage auf, ob ein solcherart schwerwiegendes Geheimhaltungsinteresse gegenüber der Allgemeinheit nur die *allgemeine* Vorlagepflicht (Grundsatz) aufhebt, oder ob es auch die Kraft hat, die *unbedingte* Mitwirkungspflicht in Folge Gemeinschaftlichkeit (Gegenausnahme) beiseite zu schieben. Meines Erachtens ist hier zu bedenken, dass sowohl das AtomHG 1999 als auch das GTG die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung als Anwendungsbeispiel für ein derart

»> der Wahrheitsfindung mit einem geringen Streitwert abnimmt: Zwar ist der OGH nicht Tasacheninstanz, so dass es ihm verwehrt ist, die Richtigkeit des richterlichen Tatsachenurteils zu prüfen (siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1910; *Zechner* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² § 503 ZPO Rz 205), doch dienen die Revisionsgründe der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der Aktenwidrigkeit (§ 503 Z 2 und 3 ZPO) in gewissem Ausmaß freilich auch der Absicherung der Wahrheitsfindung.

603 Der Wortlaut der hier als Analogiebasis herangezogenen Bestimmungen des AtomHG 1999 und des GTG setzt das Geheimhaltungsinteresse nicht unmittelbar mit dem Prozesszweck der Wahrheitsfindung in Beziehung, sondern stellt auf das *Verhältnis des Geheimhaltungsinteresses zum Schaden* ab. Meines Erachtens steht dies der hier gezogenen Schlussfolgerung aber keineswegs entgegen, weil sich ja der Schaden, der in den sondergesetzlichen Bestimmungen als für die Abwägung maßgebender Faktor herangezogen wird, ohnehin direkt proportional zum Gewicht des Prozesszwecks der Wahrheitserforschung verhält; denn wenn an die Verhältnismäßigkeit des Schadens angeknüpft wird, dann bezeichnet dies ja nichts anderes als den Wert des geltend gemachten Anspruchs und dieser wiederum determiniert – wie gerade zuvor dargelegt (oben S 145f bei und in FN 602) – das Gewicht des Prozesszwecks der Wahrheitsermittlung.

gravierendes Interesse nennen. Nachdem nun aber den Bestimmungen der §§ 304f ZPO zu entnehmen ist, dass die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde, auch den Schutz einer solchen Gefahr beseitigt⁶⁰⁴, muss daraus geschlossen werden, dass der qua Analogieschluss aus dem AtomHG 1999 und dem GTG gewonnene Ausnahmetatbestand die unbedingten Mitwirkungspflichten (Gegenausnahmen) *nicht zu neutralisieren vermag*. Man wird in diesen sondergesetzlichen Tatbeständen daher lediglich eine weitere Konkretisierung der Generalklausel für Weigerungsgründe (§ 305 Z 5 ZPO) zu sehen haben.

iii. Schutz (auch) gegenüber dem Prozessgegner

Richtet sich das Geheimhaltungsinteresse des Mitwirkungspflichtigen nicht (allein) gegen die Öffentlichkeit, sondern (auch) konkret gegen den Verfahrensgegner, bietet der Ausschluss der Öffentlichkeit naturgemäß von vornherein kein adäquates Instrument. Soll die Individualsphäre der Partei dennoch unangetastet bleiben, dann käme zum einen in Betracht, das **Erkenntnisverfahren partiell geheim**, also unter Ausschluss des Gegners durchzuführen; ein solches Verfahren, bei dem Beweise zwar in den Prozess eingeführt, der Gegenpartei aber nicht preisgegeben werden, wird auch als **In-Camera-Verfahren** bezeichnet⁶⁰⁵. Im Hinblick auf die tragenden Prozessgrundsätze des Rechts auf beiderseitiges Gehör und Parteiöffentlichkeit wird Derartiges für das österreichische Verfahrensrecht aber überwiegend abgelehnt⁶⁰⁶. Bei einem Geheimhaltungsinteresse (auch) gegenüber dem Gegner besteht die einzig verbleibende Möglichkeit, die Individualsphäre der Partei zu wahren, also in der Tat bloß darin, sie **von der Mitwirkungspflicht zu entbinden**. Diesen Weg geht auch die österreichische ZPO, wobei – wie bereits angeklungen ist⁶⁰⁷ – ein äußerst **differenziertes Schutzregime** Platz greift. Es wurde schon eingangs herausgestrichen, dass die ZPO

604 Dies ergibt sich zwar eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut, doch ist hier meines Erachtens durchaus Skepsis angebracht; dazu eingehend unten § 4 III.B.2.d; S 196 ff.

605 Dazu jüngst *Schneider*, ÖJZ 2013, 149 (152 mwH).

606 Diese Möglichkeit wurde im Schrifttum zwar in der Tat diskutiert, für den österreichischen Rechtsbereich aber ganz überwiegend abgelehnt; dazu wiederum *Schneider*, ÖJZ 2013, 149 (152 f mit Nachweisen zum Meinungsstand). Siehe auch schon oben S 108 FN 442.

607 Oben § 4 I.B; S 108 ff.

keine allgemeinen, sämtliche Beweismittel erfassenden Vorschriften über Mitwirkungspflichten enthält⁶⁰⁸; ebenso wenig finden sich daher allgemeine Bestimmungen hinsichtlich der Ausnahmen von den Mitwirkungspflichten zum Schutz der Individualsphäre. Die Analyse zum beweisrechtlichen Schutz der Individualsphäre kann daher nur durch Auswertung der jeweiligen Regelungen bei den einzelnen Beweismitteln erfolgen. An dieser Stelle ist ihr nicht vorzugreifen, sondern es sollen vorerst nur ganz allgemeine Aspekte, vor allem aber solche, die sich speziell auf das Gemeinschaftlichkeitskriterium beziehen, herausgearbeitet werden, um so gleichsam eine Erinnerungsnotiz für die späteren Überlegungen anzulegen.

Vorzustellen ist wiederum die bereits eingangs⁶⁰⁹ getroffene Feststellung, dass die ZPO im **Grundsatz** eine **allgemeine Mitwirkungspflicht** der nicht beweisbelasteten Partei festschreibt mit dem Inhalt, grundsätzlich alle in ihren Händen bzw in ihrer Sphäre befindlichen Beweismittel nutzbar zu machen. Daraus folgt zwanglos, dass nach den gesetzlichen Wertungen dem Schutz der **Individualsphäre im Normalfall** ein **verhältnismäßig geringeres Gewicht** zukommt als dem Prozesszweck der **Wahrheitserforschung**. Aus diesem Bekenntnis des Gesetzgebers zum Vorrang der Wahrheitserforschung ergeben sich mehrere wesentliche Konsequenzen für die Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten und der Ausnahmen hievon:

(a) Zum ersten resultiert daraus die – an sich fast selbstverständliche und daher wohl meist gar nicht mehr bewusst gemachte – Notwendigkeit, die Mitwirkungspflichten des Gegners *nur in exakt jenem Umfang zu beschneiden, in dem es erforderlich ist, seine besonderen Geheimhaltungsinteressen zu wahren*. Ganz deutlich greifbar wird die Beschränkung der **Mitwirkungsausnahmen** auf das erforderliche Mindestmaß konkret bei der Urkundenvorlagepflicht: Betrifft der Vorlageverweigerungsgrund nur einzelne Teile des Urkundeninhalts, so ist ein beglaubigter Auszug des davon nicht betroffenen Urkundeninhalts vorzulegen (§ 306 ZPO). Der Schutz der Individualsphäre wirkt daher **nur punktuell dort, wo dies erforderlich ist**, um die schutzwürdige Individualsphäre zu wahren.

608 Oben § 1 II.A.1; S 12 ff.

609 Oben S 109 f bei und in FN 448 mit Nachweisen.

(b) Es liegt nahe, aus dieser Begrenzung der Ausnahmen auf das gerade erforderliche Ausmaß eine weitere bedeutsame Konsequenz abzuleiten: Die Individualsphäre der Partei sollte keinesfalls dann zu einer Beseitigung ihrer Mitwirkungspflicht führen, wenn durch die Mitwirkung lediglich Tatsachen offenbart würden, die **dem Beweisführer ohnehin (bereits) bekannt** sind; denn in diesem Fall droht ja ohnehin **keine Gefahr mehr, dass der Beweisführer Einblick in die ihm bislang verschlossene Individualsphäre bekommt**⁶¹⁰. In einer solchen Situation würde die Aufhebung der Mitwirkungspflicht die Partei *lediglich davor schützen*, den Gegner bei der *Beweisführung* hinsichtlich einer ihm ohnehin schon bekannten Tatsache unterstützen zu müssen. Wie aber bereits dargelegt wurde⁶¹¹, wird der Partei im österreichischen Zivilverfahrensrecht *kein Schutz* vor eigenen Nachteilen gewährt, *soweit es bloß um die Gefahr des Prozessverlusts geht*, das nemo tenetur-Prinzip greift hier nicht. Die Kardinalfrage, die bleibt, ist freilich, ob es für den Wegfall des Schutzes der Individualsphäre genügt, dass der Beweisführer die betreffenden Tatsachen vorerst **nur vermutet, aber noch keine genaue Kenntnis** davon hat; dazu sogleich.

Trotz Kenntnis (bzw Vermutung) des Beweisführers wäre ein Geheimhaltungsinteresse der Partei allenfalls dennoch dann denkbar, wenn die betreffenden Tatsachen *nur* dem Beweisführer, aber noch **nicht der Öffentlichkeit bekannt** sind. Hier könnte die Mitwirkungspflicht der Partei in der Tat selbst bei vorliegender Kenntnis/Vermutung des Beweisführers in ihre Individualsphäre eingreifen. In einer solchen Konstellation ist allerdings der Schutz der Individualsphäre *nur gegenüber Dritten* ausgerichtet, so dass es – wie eben zuvor ausgeführt (oben Punkt ii) – grundsätzlich *genügt, die Öffentlichkeit auszuschließen*, um die Interessen der mitwirkungspflichtigen Partei zu wahren.

(c) Geht man nun davon aus, dass ein Schutz der Individualsphäre der Mitwirkungspflicht nur solange im Wege steht, als die betreffenden

610 Dieser Gedankengang lässt sich durch Rekurs auf ein von *Stürner*, Aufklärungspflicht 218, formuliertes Argument absichern: *Stürner* argumentiert, dass die Mitwirkung (nur) dann unzumutbar sei, wenn sie die Gefahr einer zukünftigen Rechtsverletzung mit sich bringt. Eine solche Gefahr wird durch die Mitwirkungspflicht aber eben dann nicht erhöht/geschaffen, wenn das Geheimnis dem Gegner ohnehin schon bekannt ist und daher keines mehr ist; daraus kann man den Schluss ziehen, dass hier – im Sinne *Stürners* – eine Mitwirkung jedenfalls zumutbar sein sollte.

611 Oben § 4 II.B.1; S 131 ff.

Tatsachen dem Beweisführer unbekannt sind, dann ist es kein weiter Schritt, der Individualsphäre den Schutz auch noch in einem weiteren Fall zu versagen – und zwar dann, wenn dem Beweisführer die betreffenden Tatsachen zwar *noch nicht bekannt* sind, er aber von der Partei gewissermaßen bereits **in die Individualsphäre einbezogen** wurde bzw die **Individualsphäre ihm gegenüber geöffnet** wurde, so dass die Partei **damit rechnen musste, dass die betreffenden Tatsachen dem Beweisführer bekannt werden**. In einer solchen Situation – so lässt sich argumentieren – hat sich die Partei des Schutzes der Individualsphäre selbst gegeben, indem sie die Möglichkeit in Kauf genommen hat, dass dem Beweisführer die betreffenden Tatsachen bekannt werden; auf diesen Gedanken wird noch bei der Analyse der einzelnen Gemeinschaftlichkeitstatbestände zurückzukommen sein⁶¹². Eine Begrenzung der Mitwirkungspflicht könnte sich in diesem Zusammenhang allerdings unter Umständen ergeben, wenn man mit der Rechtsprechung Ausforschungs- bzw Erkundungsbeweis für generell unzulässig erachtet⁶¹³; diesem Problemkreis ist im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht näher nachzugehen.

Nur auf den ersten Blick scheint damit ein Gedanke verwandt zu sein, der teilweise im Schrifttum ins Spiel gebracht wurde: Um das Hindernis der Individualsphäre zu überwinden, wurde vorgebracht, dass eine Streitsache, die der staatlichen Gerichtsbarkeit unterbreitet wird, ab diesem Zeitpunkt keine reine Privatsache mehr ist, sondern durch die Anrufung des Gerichts gewissermaßen den Status einer öffentlichen Angelegenheit erhält⁶¹⁴. In eine ähnliche Richtung zielt wohl auch das Argument, es sei nicht einzusehen, warum es dem Beweisgegner gestattet sein soll, seine Individualsphäre bedeckt halten zu können, während gleichzeitig aber die beweisbelastete Partei zur Offenlegung verpflichtet ist, wenn sie die sie treffende Behauptungs-/Beweislast bewältigen will⁶¹⁵. Mit diesen Argumenten wird versucht, eine **Öffnung/Lockerung der Individualsphäre** des Beweisgegners schon daraus abzuleiten, dass vom anderen Teil (Beweisführer) ein **gerichtliches Verfahren eingeleitet** wurde, wodurch dieser seine Individualsphäre freiwillig geöffnet hat. Will man damit nun rechtfertigen, dass auch

612 Unten § 4 III.B.4.b; S 207 f.

613 Dazu näher schon oben S 40 FN 149 samt Nachweisen zum Meinungsstand.

614 Dazu *Bernhardt*, FS Rosenberg 9 (30); zustimmend *Olzen*, ZZZ 98, 403 (419).

615 *Stürner*, JZ 1985, 453 (457).

der Beweisgegner zur Öffnung seiner Individualsphäre verpflichtet sein soll, vermag ein solcher Gedankengang allerdings nur schwerlich zu überzeugen: Denn der Schutz der Individualsphäre kann wohl nur durch eben jene Partei selbst aufgegeben werden, deren Mitwirkungspflicht in Frage steht, aber nicht schon dadurch, dass irgendjemand (= der Beweisführer) das Gericht angerufen und seine eigene Individualsphäre geöffnet hat.

Im Rahmen der Analyse der konkreten Bestimmungen zu den jeweiligen Beweismitteln wird auf diese Überlegungen zurückzukommen sein: Es ist dann zu prüfen, ob und inwieweit diese soeben abstrakt entwickelten Grundsätze zum Schutz der Individualsphäre in den gesetzlichen Einzelbestimmungen Niederschlag gefunden haben; insbesondere wird der Frage nachgegangen werden, ob sich diese Grundsätze in den Tatbeständen der **Gemeinschaftlichkeit** widerspiegeln.

Schließlich ist noch anzumerken, dass auch was den Schutz der Individualsphäre betrifft, ganz überzeugend eingemahnt wurde, dass den Grenzen, die diesbezüglich im Beweisrecht durch die Weigerungsgründe sehr umsichtig und abwägend gezogenen wurden, gleichermaßen für die Mitwirkung im Rahmen des **Parteivortrags** (§§ 178 Abs 1, 184 Abs 1 ZPO) Geltung zukommen muss⁶¹⁶; es wird also wiederum auf **Kongruenz zwischen allen Erscheinungsformen der Mitwirkungspflicht** zu achten sein⁶¹⁷. Freilich sollten ebenso für die einzelnen Beweismittel gleiche Ergebnisse erzielt werden, sofern keine wertungsmäßigen Unterschiede bestehen.

3. **Widerstreitende Pflichten (gegenüber Dritten)/Pflichtenkonflikt**

In manchen Situationen kann der im Rahmen der Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung von der Partei geforderte Beitrag sie dazu zwingen, eine andere, sie ebenfalls treffende **Rechtspflicht** zu verletzen, die gegenüber Dritten oder kraft öffentlichen Rechts (zum Beispiel Amtsverschwiegenheit) besteht. In erster Linie kommen hier natürlich

616 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 956; zustimmend (konkret für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen) *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (92).

617 Zum dogmatisch gebotenen Gleichklang zwischen den beweisrechtlichen Mitwirkungspflichten und den Bestimmungen über den Parteivortrag siehe schon oben S 31 f mWH sowie auch unten S 252 f.

Verschwiegenheitspflichten einer Partei in Betracht; ebenso wäre aber denkbar, dass die Partei als Verwahrer des Beweismittels vom Hinterleger ausdrückliche Weisung erhalten hat, jeglichen Zugriff Dritter auf das Beweismittel (= die hinterlegte Sache) zu unterbinden, oder dass sie durch die Vorlage sogar strafrechtlich bewehrte Handlungspflichten verletzt⁶¹⁸. Daneben können auch **rein sittliche oder Ehrenpflichten** bestehen, welche der Erfüllung der prozessualen Mitwirkungspflicht im Wege stehen. In derartigen Situationen sieht sich die Partei in einem so genannten Pflichtenkonflikt gefangen: Der Partei als Pflichtadressatin könnte dann **keine rechtmäßige Handlungsalternative** offenstehen, weshalb ihr Verhalten in jedem Fall als rechtswidrig zu qualifizieren wäre. Daraus wurde im Schrifttum – vor allem im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten – häufig der Schluss gezogen, dass jedenfalls eine der widerstreitenden Pflichten soweit reduziert werden müsse, bis die Erfüllung der anderen den Pflichtadressaten treffenden Pflicht nicht mehr zu einer Verletzung jener führt, weil ja die Rechtsordnung niemanden zu unmöglichem bzw unausweichlich rechtswidrigem Verhalten verpflichten könne.

Der *Verfasser*⁶¹⁹ hat sich bereits an anderer Stelle eingehend mit der Behandlung und Auflösung solcher Pflichtenkonflikte auseinandergesetzt. Für ein umfassendes Referat der dort entwickelten Thesen ist an dieser Stelle nicht der richtige Ort und ebenso wenig Bedarf; im Zusammenhang mit der hier interessierenden Thematik scheint es ausreichend, an den folgenden, dort erstellten Kernbefund anzuknüpfen: Nicht zu bestreiten ist, dass die Rechtsordnung in der Tat keine Situation schaffen darf, in der für ein Rechtssubjekt keine rechtmäßige Handlungsalternative besteht, es sich also in jedem Fall nur rechtswidrig verhalten kann⁶²⁰. Allerdings darf dabei nicht übersehen werden,

618 Zu denken wäre hier etwa an das durch den Straftabestand des § 120 Abs 2 StGB untersagte Zugänglichmachen und Veröffentlichen von Tonaufnahmen. Siehe dazu näher *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 (65), im Zusammenhang mit der Vorlage von Tonbandaufzeichnungen aus Aufsichtsratssitzungen.

619 Dazu und zum Folgenden eingehend *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten 29 ff; sowie *derselbe*, *ecolex* 2010, 156 (insb 157 f), je mit umfangreichen Nachweisen.

620 *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten 29 f mwH. Rekuriert wird dazu regelmäßig auf die Lehre von der *Einheit der Rechtsordnung*, nach der die einzelnen Normen als ein System möglichst konsistenter Wertentscheidungen zu sehen sind, deren Einzelbestandteile nicht isoliert, sondern nur unter Beachtung ihres Kontextes angewendet werden dürfen. Grundlegend *Engisch*, Einheit der Rechts

dass im Lichte allgemeiner privatrechtlicher Grundsätze Situationen keineswegs undenkbar sind, in denen ein und dieselbe Person mehrere miteinander nicht in Einklang zu bringende Pflichten treffen: Man führe sich bloß den Lehrbuchfall der Doppelveräußerung einer Speziale Sache vor Augen; niemand wird ernsthaft in Frage stellen, dass diesfalls den Veräußerer widerstreitende Handlungspflichten treffen und grundsätzlich keine der beiden wegen der Existenz der jeweils anderen aufgehoben wird; freilich kann es dabei keinen Unterschied machen, ob der Konflikt darin begründet ist, dass (wie im Fall der Doppelveräußerung) zwei gleichgerichtete Pflichten bestehen, oder ob (wie in den Situationen der Mitwirkungspflicht) der Pflichtadressat gegenüber einer Seite zu einem bestimmten Tun verpflichtet ist, dessen Unterlassung er jedoch gleichzeitig einem Dritten schuldet⁶²¹. Dass die Pflichtenkollision in solchen Fällen von der Rechtsordnung dennoch als völlig unbedenklich eingestuft wird, ist mit der Überlegung zu begründen, dass der Pflichtadressat den *Pflichtenkonflikt durch die privat-autonome Begründung der widerstreitenden Verpflichtungen selbst herbeigeführt* hat, dieser also nicht von der Rechtsordnung unausweichlich vorgegeben war. Die dem Rechtssubjekt von der Rechtsordnung (zwingend) einzuräumende Möglichkeit einer rechtmäßigen Handlungsalternative war also gegeben und existierte konkret in der Möglichkeit, die Übernahme einer der beiden Pflichten abzulehnen und so den Pflichtenkonflikt zu vermeiden. Immer dann also, wenn dem Pflichtadressaten eine rechtmäßige Handlungsalternative offen gestanden hat, erweisen sich die Bedenken gegen die Anerkennung eines Pflichtenkonflikts als unbegründet. Für die weiteren Überlegungen als wesentlich festzuhalten ist somit, dass es im Falle einer Pflichtenkollision **keineswegs zwingend** erforderlich ist, **eine der miteinander in Widerstreit tretenden Pflichten sozusagen »automatisch« aufzuheben**.

Die ZPO hat in ihren einschlägigen Bestimmungen die Möglichkeit derartiger, durch die prozessuale Mitwirkungspflicht ausgelöster **Pflichtenkonflikte durchaus vorhergesehen** – und zwar nicht nur in Gestalt einer Kollision mit »echten« Rechtspflichten, sondern ebenso als Konflikt mit (bloß) sittlichen Pflichten. Davon zeugen die *Ausnahmen*

▷▷ ordnung; zustimmend *Kramer*, Methodenlehre⁴ 77. In diesem Sinn auch schon *de Boor*, Kollision von Forderungsrechten 15.

621 *De Boor*, Kollision von Forderungsrechten 40; *Zachmann*, Kollision von Forderungsrechten 71.

von der *Urkundenvorlagepflicht*, welche wegen Verletzung einer Ehrenpflicht, wegen der für dritte Personen drohenden Schande oder strafgerichtlichen Verfolgung, wegen Verletzung von staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflichten oder von Kunst-/Geschäftsgeheimnissen eingreifen (§ 305 ZPO). Auf ganz parallelen Wertungen, wenngleich im Detail etwas abweichend ausgeformt, beruhen auch die Ausnahmen von der Pflicht zur *Parteiaussage* (§ 380 Abs 1 iVm § 321 ZPO).

Da der Fokus dieser Untersuchung auf die Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit gelegt ist, ist es nun wiederum auch hier – ebenso wie bei der Analyse des Schutzes der Individualsphäre⁶²² – nicht zwingend erforderlich, anhand der gesetzlichen Tatbestände exakt herauszuarbeiten, welche sittlichen und rechtlichen Pflichten die Partei im Kollisionsfall von ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht freizustellen vermögen (Ebene der *Ausnahmen* vom Grundsatz der allgemeinen Mitwirkungspflicht). Es genügt vielmehr, wenn für die anstehenden Gedankenoperationen gleichsam ein pauschaler Platzhalter-Tatbestand für diese Ausnahmen kreierte wird, der den Schutz der an sich mitwirkungspflichtigen Partei vor einem Pflichtenkonflikt symbolisiert, und sodann geprüft wird, welche Wirkungen die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels (*Gegenausnahme*) auf diesen Platzhalter-Tatbestand entfaltet⁶²³. Eine in diesem Sinn abstrahierende Herangehensweise ist legitim, weil auch die Gemeinschaftlichkeitstatbestände ganz generell die Rechtsfolge einer unbedingten Mitwirkungspflicht nach sich ziehen, ohne zu unterscheiden, welcher Art die widerstreitenden Pflichten sind, deren Verletzung nun – infolge der Gegenausnahme – doch von der Partei erwartet wird. Wesentlich erscheint also allein die Frage, wann und weshalb ein normalerweise eingeräumter Vorrang der widerstreitenden Pflichten und damit der Schutz der mitwirkungspflichtigen Partei vor Pflichtenkollisionen (Ausnahme) wieder neutralisiert werden (*Gegenausnahme*).

622 Siehe oben S 142.

623 Lediglich im Rahmen der Analyse der Gesetzessystematik zu den einzelnen Beweismitteln wird etwas näher darauf einzugehen sein. Zum Urkundenbeweis unten S 173f.

4. Schutz vor Eingriffen in das Eigentum

Bei den persönlichen Beweismitteln (Vernehmungsbeweis) kommen Eigentumsrechte des Beweisgegners als Hindernis für eine Mitwirkungspflicht naturgemäß nicht in Betracht. Was die körperlichen Beweismittel betrifft, wurde aber schon sehr früh erkannt, dass die Verpflichtung einer Partei zur Mitwirkung an der Wahrheitsermittlung durch Vorlage von Beweismitteln mit ihrem Eigentumsrecht in Widerstreit treten kann. So wurde insbesondere mit Blick auf die Urkundenvorlagepflicht beklagt, dass diese die »Elementargrundsätze über Eigentum und rechtliche Freyheit überhaupt [...] über den Haufen werfe⁶²⁴« und dass sie die »freie ungeschmälerte Selbstbestimmung des Individuums über sein Eigentum⁶²⁵« verletze⁶²⁶. Nach den Materialien⁶²⁷ zur dZPO sind die Beschränkungen der Urkundenvorlagepflicht gerade dadurch bedingt, dass nicht »in das freie Verfügungsrecht des Inhabers von Urkunden eingegriffen« werden soll. Die Relevanz der sachenrechtlichen Position am Beweismittel spiegelt sich schließlich auch in der konkreten Ausgestaltung der Urform der Mitwirkungspflicht infolge Gemeinschaftlichkeit wieder, welche in der römischrechtlichen Urkundenvorlagepflicht für *documenta communia*⁶²⁸ (also für *Urkunden im Miteigentum*) zu finden ist: Nach römischem Recht war die Vorlagepflicht des Urkundeninhabers demnach davon abhängig, dass dem Vorlageberechtigten ebenfalls ein Eigentumsrecht zustand, sodass sein Vorlageanspruch nicht am Eigentumsrecht des Urkundeninhabers scheitern konnte. Auch darin kam also mittelbar die Vorstellung zum Ausdruck, dass das freie Verfügungsrecht des Eigentümers über ein Beweismittel seiner Mitwirkungspflicht im Wege stehen konnte.

Die heutige Sichtweise ist bekanntlich eine völlig andere. Generell wird davon ausgegangen, dass für Prozesshandlungen und -pflichten nur das Verfahrensrecht als eine *lex specialis* maßgebend sein kann⁶²⁹; Wertungen aus dem materiellen Recht komme nur soweit Bedeutung

624 *Almendingen*, PhuGR 1, 218 (insb 287 ff).

625 *Gimmerthal*, AcP 54, 81 (83).

626 Ferner etwa auch *Blattner*, Edition von Urkunden 8.

627 *Hahn*, Materialien CPO 325.

628 Oben S 54 mit Nachweisen.

629 *Novak*, ÖJZ 1949, 338 (339). Zum »Trennungsdogma« bereits oben S 41 bei FN 152 mwN.

zu, als dies vom Verfahrensrecht selbst angeordnet wird⁶³⁰. So zeigt vor allem die Urkundenvorlagepflicht, die völlig unabhängig von dinglichen und obligatorischen Rechten eingreifen kann, sehr anschaulich, dass sich die prozessualen Mitwirkungspflichten über die an einem Beweismittel bestehenden materiellrechtlichen Positionen ohne weiteres hinwegsetzen können⁶³¹. Treffend wurde daher konstatiert, dass die **materielle Zuordnung** von Beweismitteln für die Zulässigkeit der Beweisaufnahme **in der Regel nicht von Bedeutung** ist⁶³².

Dennoch sollte der Aspekt des aus den dinglichen Rechten erfließenden absoluten Schutzes nicht völlig ausgeblendet werden. Nicht übersehen werden darf nämlich, dass eine dem Beweismiteileigentümer auferlegte Mitwirkungspflicht mit Eingriffen von ganz unterschiedlicher Intensität in dessen Rechtsposition verbunden sein kann. In der überwiegenden Zahl der Fälle kann einer Mitwirkungspflicht zur Wahrheitserforschung entweder durch Vorlage eines Beweisgegenstandes (Urkunde/Auskunftssache/Augenscheinsgegenstand) oder vielleicht sogar schon allein durch Auskunft über den aktuellen Lageort entsprochen werden. In derartigen Konstellationen ist das Eigentumsrecht der zur Mitwirkung angehaltenen Partei an sich nur marginal – man könnte auch sagen: unter der Erheblichkeitsschwelle – berührt.

In manchen Fällen kann es die Mitwirkung aber erfordern, dass **in die Substanz** einer der Partei gehörenden oder ihr sonst nach materiellem Recht zugeordneten Sache **eingegriffen** werden muss. Zu denken ist zum Beispiel daran, dass ein Augenscheinsgegenstand von einem Sachverständigen im Rahmen der Befundaufnahme auseinandergenommen werden muss oder es notwendig ist, eine Liegenschaft aufzugraben. Es liegt auf der Hand, dass in solchen Konstellationen auch das aus der Eigentümerstellung erfließende Interesse der Partei für die Bejahung und die Reichweite einer Mitwirkungspflicht relevant wird⁶³³. Die unter diesem speziellen Aspekt virulent werdende Frage nach der Beschränkung von Mitwirkungspflichten durch das Eigentumsrecht ist bislang nur sehr vereinzelt erörtert worden⁶³⁴.

630 *Dilcher*, AcP 158, 469 (471).

631 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (283, 292 und 293).

632 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (289).

633 *Stürner*, Aufklärungspflicht 138 ff, und *Klicka*, JBl 1992, 232 (233).

634 Abgesehen von den im Folgenden zitierten siehe etwa *Planck*, Lehrbuch II 264 mwH, der eine Mitwirkung, die mit Substanzeingriffen verbunden wäre, generell ablehnt.

*Stürner*⁶³⁵ streicht in diesem Zusammenhang zunächst heraus, dass man *keine pauschale Regel* aufstellen könne, wonach das Interesse an der Integrität des Eigentums jedenfalls dem Prozessziel der Wahrheitsermittlung vorgehe oder umgekehrt. Es sei zu prüfen, ob das im Rahmen des Prozesses verfolgte Interesse am Prozesssieg nicht völlig außer Verhältnis zum Eigentumseingriff stehe; erhebliche Eingriffe würden einen erheblichen Anlass verlangen⁶³⁶. Neben der *Verhältnismäßigkeitsprüfung* sei auch nach der *Eignung* des Eingriffs zu fragen. Sofern der ursprüngliche Zustand nicht wiederherstellbar ist, seien nur unwesentliche Eingriffe zu dulden. Im Anschluss an *Stürner* spricht sich für die österreichische Rechtslage auch *Klicka*⁶³⁷ grundsätzlich dafür aus, dass eine Mitwirkungspflicht selbst bei Eingriffen in die Substanz zu bejahen ist, wenn die dazu erforderlichen Maßnahmen vollständig rückführbar sind; ist dies nicht der Fall und übersteigt der Eingriff ein gewisses Mindestmaß an Erheblichkeit, sei es der nicht beweisbelasteten Partei hingegen nicht zumutbar, einen Eingriff in ihr Eigentumsrecht dulden zu müssen.

Im Resümee lässt sich damit sagen, dass heute dem Eigentumsrecht an einem Beweismittel von der ZPO keine Bedeutung im Hinblick auf eine darauf gerichtete Mitwirkungspflicht beigemessen wird. Dies hängt wohl damit zusammen, dass die im Verfahrenrecht geforderte Mitwirkung bei den *persönlichen* Beweismitteln überhaupt keinen Konflikt mit dem Eigentumsrecht auslösen kann und in den Fällen der *körperlichen* Beweismittel, wo dies in Betracht kommt, die Beweisaufnahme ganz typischerweise bloß solche Eingriffe in das Eigentumsrecht mit sich bringt, die unter der Erheblichkeitsschwelle liegen. Für die seltenen, und wohl deswegen vom Gesetzgeber vernachlässigten Situationen, wo die Mitwirkung von der Partei eine Duldung von Eingriffen in die Substanz erfordert, werden im Schrifttum aber durchaus *eigentumsrechtliche Schranken für prozessuale Mitwirkungspflichten anerkannt* – wenngleich man den Eindruck gewinnt, dass ihnen bislang nur wenig scharfe, vorwiegend von Interessenabwägungen im Einzelfall determinierte Konturen verliehen wurden. Jedenfalls aber folgt daraus, dass Eigentumsrechte an einem Beweismittel **keineswegs als generell irrelevant für die Frage der Mitwirkungspflicht** anzusehen

635 Aufklärungspflicht 138 ff.

636 In diesem Sinn offensichtlich auch schon *Heldmann*, ZZP 26, 407 (433 f).

637 JBl 1992, 231 (233); ebenso *Rassi*, ZZP 121, 165 (196).

sind. Auch dieser Erkenntnis könnte deshalb für das Verständnis der **Gemeinschaftlichkeitstatbestände** Bedeutung zukommen. Unter den offen formulierten⁶³⁸ Tatbestand des § 304 Abs 2 ZPO ließe sich ohne weiteres der Fall des *Miteigentums am Beweismittel* subsumieren; dies ist ja geradezu der ursprüngliche Sinngehalt des Gemeinschaftlichkeitsbegriffs im Privatrecht⁶³⁹. Dennoch scheint dieser Gedanke für die Analyse der Gemeinschaftlichkeitstatbestände eher vernachlässigbar, zumal die beispielhaft in der Legaldefinition des Abs 2 angeführten Fallgruppen in keinsten Weise auf die materiellrechtliche Position des die Vorlage beherrschenden Beweisführers am Beweismittel abstellen. Will man materiellen und insbesondere dinglichen Rechtspositionen am Beweismittel Bedeutung beimessen, so kann dies meines Erachtens ausschließlich unter dem Tatbestand des § 304 Abs 1 Z 2 ZPO erfolgen. Dem ist jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter nachzugehen.

5. Verhandlungsmaxime

In der Geschichte des Zivilverfahrensrechts hatte man lange Zeit die Verhandlungsmaxime als *die* Maxime des Zivilprozesses in den Vordergrund gestellt⁶⁴⁰. Nach diesem Bauprinzip soll es ausschließlich den Parteien überlassen sein, die zur Durchsetzung oder Abwehr der Sachanträge erforderlichen Behauptungen aufzustellen und Beweise dafür anzubieten⁶⁴¹. Auf den ersten Blick scheint der Verhandlungsgrundsatz in **keinem grundlegenden Konflikt mit dem Prozessziel der Wahrheitsforschung** verfangen, sondern wirkt sogar eher im Gegenteil als ein Instrument zu seiner Verwirklichung. Der Einsatz der Verhandlungsmaxime beruht nämlich gerade auf der Überlegung, dass das persönliche und diametral ausgerichtete Eigeninteresse der Parteien am Ausgang eines Rechtsstreites Motor für eine möglichst umfassende Stoffsam-

638 Dazu unten S 178 bei und in FN 703 f mit Nachweisen.

639 Dazu näher unten § 4 III.B.1.b; S 175 f mwH.

640 Mit diesem Befund (für die deutsche Rechtslage) etwa *Leipold*, FS Fasching 329 (331), und *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 4 mwH (»wichtigster« und »oberster« Grundsatz des Zivilverfahrensrechts). Geistesgeschichtlich ist dies insbesondere auf den prägenden Einfluss des Liberalismus auf die Gesetzgebung zurückzuführen, der für den Zivilprozess den Grundsatz des »laissez faire, laissez passer« vorgegeben hat (*Anhalt*, aaO 4f).

641 Siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 649; *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 6. Siehe näher auch schon oben S 3 mwH.

lung und daher ein geeignetes Mittel zur Wahrheitserforschung sein wird⁶⁴². Die Wahl der Verhandlungsmaxime für den Zivilprozess lässt sich sohin insbesondere auf die psychologische Erfahrung zurückführen, dass die Wahrheit »aus beider Parteien Mund besser kund« wird als durch die Untersuchung des sachfernen Richters⁶⁴³.

Überträgt man allein den Prozessparteien die Verantwortlichkeit für den Prozessstoff, bringt dies zudem den Vorteil mit sich, dass das Gericht möglichst von der Aufgabe der Wahrheitsprüfung freigestellt wird: Es wäre eine im Regelfall kaum zu bewältigende Last, müsste das Gericht jedes Parteivorbringen aus eigenem auf seinen Wahrheitsgehalt vor- bzw nachprüfen, weshalb dies der wechselseitigen Kontrolle und Prüfung der Parteien überlassen wird; daraus wurde der überzeugende Schluss gezogen, dass soweit eine Passivität der Gerichts vorgesehen ist, dies somit (nur) aus dem Gesichtspunkt der *Arbeitsökonomie* folgt und keinen darüber hinausgehenden Sinn verfolgt⁶⁴⁴. In der Tat schiene es also **verfehlt**, dem Gesetzgeber wegen der Umsetzung der Verhandlungsmaxime **eine Bereitschaft zu Abstrichen beim Prozessziel der Wahrheitsermittlung** zu unterstellen⁶⁴⁵.

Nicht übersehen werden sollte jedoch, dass die Verhandlungsmaxime keineswegs bloß positive Effekte auf die Wahrheitsermittlung entfaltet. Obliegt es nämlich allein den Parteien, sich um die Stoffsammlung zu kümmern, folgt daraus zwingend gleichsam als **Kehrseite**, dass eine Partei **durch Passivität die Einbringung von bestimmtem Prozessstoff erfolgreich verhindern** kann, sofern der *Gegner nicht in der Lage ist, diesen Prozessstoff ebenfalls beizubringen*⁶⁴⁶. Es war im Kern wohl eben diese Konsequenz, die *Franz Klein*⁶⁴⁷ zu dem pointierten Befund »der Prozessstoff ist Eigentum der Parteien« bewogen hat; bisweilen

642 *Stürner*, Aufklärungspflicht 51 mwN; *Olzen*, ZJP 98, 403 (417). In diesem Sinne auch schon *Schrutka*, ZdZP 17, 189 (191); *Görres*, ZJP 34, 1 (33); *Hippel*, Wahrheitspflicht 192 (»wechselseitige Kontrolle und Vorprüfung der Parteien [...], die sich bei widerstrebendem Parteiinteresse aufs Beste bewährt hat«) und *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 5 (Ausnützung des »naturegebenen Interessenwiderstreits zwischen den Parteien zugunsten der Sachverhaltsermittlung«; »eine Synthese der gegensätzlichen Standpunkte werde das richtige, wahre Bild ergeben«).

643 *Gaul*, AcP 168, 27 (49 f) mwH.

644 *Hippel*, Wahrheitspflicht 192 f. In diesem Sinn etwa auch *Stadler*, FS Beys II 1625 (1630: Arbeitsteilung zwischen Gericht und Parteien).

645 So im Ergebnis etwa auch *Rassi*, EF-Z 2010, 212 (215).

646 Zu diesem Gedanken vgl auch *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² Einl II/1 Rz 18.

647 JBl 1890, 519 (519) = *derselbe*, Pro futuro 10.

tituliert man die Parteien auch als die »Herren der Stoffsammlung⁶⁴⁸«. In einer solchen Situation steht die Verhandlungsmaxime tatsächlich im **Konflikt mit der Wahrheitserforschung**. Vor allem aus diesem Grund stand *Franz Klein* ihr sehr ablehnend gegenüber, und zwar ganz besonders »insofern [sie] Regulator für das Aufbringen des beim Urtheilen zu verarbeitenden Behauptungs- und Beweismaterials sein will⁶⁴⁹«. Wegen der damit verbundenen Gefahr unrichtiger Urteile⁶⁵⁰ und einer Irreführung des Gerichts sowie des Missbrauchs seiner Arbeitskraft⁶⁵¹ plädierte man nachdrücklich für die Zurückdrängung der Parteiherrschaft, um so die Erforschung der materiellen Wahrheit zu fördern⁶⁵². Keiner Partei sollte es möglich sein, der anderen Beweismittel vorzuenthalten, was insbesondere durch die Einführung weitgehender **prozessualer Vorlagepflichten** verwirklicht werden sollte⁶⁵³; darin lag nach *Klein*⁶⁵⁴ ein ganz »herrlicher Gedanke«. Diese Vorstellungen und rechtspolitischen Bemühungen *Kleins* haben bekanntlich dergestalt Früchte getragen, dass sich – wie schon eingangs⁶⁵⁵ in Erinnerung gerufen wurde – der österreichische Gesetzgeber dagegen entschieden hat, die Verhandlungsmaxime in ihrer reinen Form in der ZPO zu verwirklichen, sondern dem (Mittel-)Weg der **gemischten Verhandlungsmaxime** gefolgt ist. So konnten jene Schwächen vermieden werden, die jeweils mit einer reinen Umsetzung von Untersuchungsgrundsatz bzw Verhandlungsmaxime verbunden gewesen wären⁶⁵⁶.

648 *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² Einl II/1 Rz 16.

649 JBl 1890, 519 (519) = *derselbe*, Pro futuro 10. Relativierend aber *Schrutka*, ZdZP 17, 189 (191).

650 Da die »Herrschaft [der Parteien] über den Proceßinhalt die Befugnis [mit sich bringt], den Richter zu einem irrigen oder doch nur relativ richtigen, bzw ungenauen Urteil zu leiten und zu verhalten«, zieht die Verhandlungsmaxime nach *Klein* (JBl 1890, 519 [520 f] = *derselbe*, Pro futuro 13f) auch die Möglichkeit der *Parteiendisposition über die Urteilsrichtigkeit* nach sich. Denn ein Urteil kann naturgemäß nur dann materiell richtig ausfallen, wenn es auf materiell richtigen, also auf wahren Feststellungen beruht. Auf diese Konsequenz weist etwa auch *Hippel*, Wahrheitspflicht 45, explizit hin; er relativiert dies nur insofern, als freilich auch (Zu-)Fälle denkbar sind, in denen sich mehrfache Unrichtigkeiten gleichsam gegenseitig aufheben, so dass das Urteil letztlich doch materiell richtig ausfällt.

651 So etwa explizit die Einleitung zur Novelle der dZPO vom 27.10.1933 (RGLB 780); zitiert nach *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 31.

652 Materialien CPG I 310.

653 *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² § 303 ZPO Rz 3.

654 JBl 1981, 567 (569) = *derselbe*, Pro futuro 49.

655 Oben S VII f mit umfangreichen Nachweisen.

656 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 664.

Richtet man das Augenmerk im Lichte dieser Ausführungen nun auf die **Gemeinschaftlichkeitstatbestände** der ZPO, erhellt daraus, dass die Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit und die Verhandlungsmaxime durchaus miteinander in Beziehung gesetzt werden können. Das Gemeinschaftlichkeitskriterium kommt naturgemäß immer dann zum Einsatz, wenn der Beweisführer *ohne Mitwirkung des Beweisgegners nicht in der Lage wäre, den Beweis anzutreten*. Gerade in solchen Konstellationen wirkt die Verhandlungsmaxime aber als Hemmschuh der Wahrheitserforschung, weil sie – wie dargelegt – dem Beweisgegner die Möglichkeit eröffnet, durch Passivität die Einbringung des betreffenden Prozessstoffs zu verhindern. Indem die Gemeinschaftlichkeitstatbestände gerade in dieser Situation unbedingte Mitwirkungspflichten auslösen, verfolgen sie somit allesamt das Ziel, diese Blockademöglichkeit des Beweisgegners zu beseitigen; sie stehen damit gewissermaßen sicherlich in einem **Spannungsverhältnis mit der Verhandlungsmaxime**.

Für die Auslegung und das Verständnis der Gemeinschaftlichkeitstatbestände erscheint diese Erkenntnis nun insofern wertvoll, als sie neuerlich⁶⁵⁷ deutlich macht, dass die Rechtsidee von der **Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel** in erster Linie von der **Förderung des Prozesszwecks der materiellen Wahrheit** getragen ist. In Bezug auf die Verhandlungsmaxime kommt den Gemeinschaftlichkeitstatbeständen konkret die *Funktion zu, die Effekte der Verhandlungsmaxime punktgenau dort zu entschärfen, wo sie dem Prozesszweck der Wahrheitserforschung im Wege stehen* bzw ihm abträglich sind. Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel kann in diesem Sinn also als Ausdruck des *gesetzgeberischen Bekenntnisses zum Mittelweg der gemischten Verhandlungsmaxime* gewertet werden. In diesem Licht besehen wird es auch kaum überraschen, dass die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel im deutschen Verfahrensrecht weit weniger fest verankert, ja auf den ersten Blick eigentlich gar nicht wahrnehmbar ist⁶⁵⁸. Nachdem die dZPO – wie erwähnt⁶⁵⁹ – der Verhandlungsmaxime einen vergleichsweise höheren Stellenwert einräumt, ist es nur konsequent, dass Gemeinschaftlichkeitstatbestände weniger stark eingreifen.

657 Siehe dazu schon oben S 114 FN 464 und § 4 II.A.1; S 114 ff (insb 119).

658 Der Gesetzestext der dZPO und des BGB erwähnt die Gemeinschaftlichkeit vom keinem Wort; die einschlägigen Tatbestände (§ 810 BGB iVm § 422 dZPO) sind im Gegensatz zur österreichischen Regelung abschließend; eingehend dazu oben § 3 II.A; S 90 ff.

659 Nachweise oben S 90 FN 364.

6. Keine allgemeine Pflicht zu aktivem Tun außerhalb rechtlicher Sonderbeziehung

Stellt man die Frage nach Mitwirkungspflichten und insbesondere nach solchen, die an die Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels anknüpfen, scheint schließlich auch der Aspekt von Relevanz zu sein, dass damit der Partei zum Nutzen des Gegners teilweise (aber nicht stets⁶⁶⁰) aktives Tun abverlangt wird. Dies ist insofern bedeutsam, als die Rechtsordnung grundsätzlich **keine allgemeine Rettungspflicht** statuiert, also niemand angehalten ist, durch aktives Tun die Rechtsgüter eines anderen vor Nachteilen zu bewahren⁶⁶¹. Unterlassungen sind demnach nur rechtswidrig, wenn eine Pflicht besteht, durch positives Tun einen anderen vor Schaden zu bewahren. Bejaht werden solche aktiven Handlungspflichten ganz generell *nur innerhalb rechtlicher Sonderbeziehung* und wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die *Interessen des Gefährdeten wesentlich höher zu bewerten sind als die jener Person, die zum Handeln verpflichtet* sein soll⁶⁶². Die Zurückhaltung bei der Annahme von Pflichten zu aktivem Tun gründet auf dem Gedanken, dass es im Lichte der im Privatrecht anerkannten allgemeinen Handlungsfreiheit eher zumutbar erscheint, jemandem die Unterlassung von bestimmten Handlungen zu gebieten, als ihm ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben⁶⁶³.

Für *materiellrechtliche Mitwirkungspflichten* wurde dementsprechend schon wiederholt darauf hingewiesen, dass zufolge dieses allge-

660 So kann zur Mitwirkung an der Wahrheitserforschung vom Beweisgegner bisweilen nicht ein aktives Tun, sondern ebenso ein bloßes Dulden (zum Beispiel: Untersuchung seiner Liegenschaft) gefordert sein. Dazu näher oben im Zusammenhang mit dem so genannten Recht auf Passivität § 4 I.A.2; S 106.

661 Herrschende Ansicht; siehe nur *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/60; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1294 Rz 3; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1294 Rz 4; OGH 7 Ob 577/77 in JBl 1979, 254; 5 Ob 680/81 in SZ 54/142 = JBl 1983, 208; 1 Ob 713/85 in SZ 59/7 = JBl 1986, 579 = EvBl 1986/118; RIS-Justiz RS0022392.

662 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/61; *derselbe*, Grundfragen Rz 6/45. Ferner *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1294 Rz 3; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1294 Rz 4, die zudem betonen, dass sich die Höherbewertung der Interessen aus der Rechtsordnung ergeben und das Tun objektiv zumutbar sein muss; siehe auch schon *Wolff* in Klang, ABGB² VI 18. Vgl nun § 1297 des Entwurfs eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts; dazu näher *Fenyves* in Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf 47 (50 f).

663 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 6/40; *derselbe*, Grundfragen Rz 6/45 f mit rechtsvergleichenden Hinweisen; *Fenyves* in Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf 47 (51).

meinen Bauprinzips des Privatrechts eine rechtliche Sonderbeziehung vorliegen muss⁶⁶⁴, weil andernfalls eine uferlose Ausweitung derartiger Pflichten drohe⁶⁶⁵. Blickt man auf die *prozessualen* Mitwirkungspflichten, so könnte zunächst schon fraglich sein, ob hier tatsächlich dasselbe gelten muss. In der Tat wird dazu von manchen vertreten, dass prozessuale Mitwirkungspflichten *von einer rechtlichen Sonderbeziehung unabhängig* sein sollen⁶⁶⁶. Diese Auffassung dürfte im Ergebnis wohl auch *Stürner*⁶⁶⁷ einnehmen, der allgemein festhält, dass das bloße Interesse an Untätigkeit völlig vernachlässigt werden könne, weil wegen der hohen Bedeutung der prozessualen Wahrheitsfindung eine Inpflichtnahme des Bürgers jedenfalls gerechtfertigt ist. Bei näherer Überlegung dürfte meines Erachtens aber wohl nicht zu bestreiten sein, dass die österreichische Rechtsordnung für aktive und passive Mitwirkung an der Wahrheitsermittlung unterschiedliche Maßstäbe anlegt. Dies zeigt sich an den Bestimmungen über die Strafbarkeit der Falschaussage unter Eid (§ 288 Abs 2 StGB): Nur die aktive Verletzung einer Mitwirkungspflicht durch die Partei (Falschaussage unter Eid) kann strafgerichtlich verfolgt werden⁶⁶⁸, während die bloße Nichtaussage unter Eid straffrei bleibt.

Allein deswegen, weil es sich um keine materiellrechtlichen Pflichten handelt, auf eine rechtliche Sonderbeziehung verzichten zu wollen, scheint jedoch ein recht formaler Zugang. Der Grund dafür, weshalb aktive Handlungspflichten grundsätzlich nur im Rahmen einer rechtlichen Sonderbeziehung angenommen werden, liegt ja wie erwähnt darin, dass die allgemeine Handlungsfreiheit von Rechtssubjekten nicht übermäßig und unzumutbar beschnitten werden soll. Eine solche Gefahr droht nun freilich generell bei jeder Pflicht zu aktivem Tun, ganz gleich ob es sich um eine materiellrechtliche Pflicht oder um eine solche des Prozessrechts handelt. Im Ergebnis ist daher meines

664 *Klicka*, JBl 1992, 231 (236); *Stürner*, Aufklärungspflicht 298 mwH (»innerhalb vertraglicher Beziehungen genügt der bloße Verdacht, um Informationsrechte auszulösen«); BGH VIII ZR 120/79 in NJW 1980, 2463.

665 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 195 ff (insb 204).

666 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 359.

667 *Stürner*, Aufklärungspflicht 56 ff.

668 Siehe bloß *Spentling* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 288 Rz 5. Zur Strafwürdigkeit der Lüge im Prozess und den damit verbundenen Vorbehalten gegen eine völlige Abschaffung des Parteieides siehe weiterführend etwa *Oberhammer*, ZZP 113, 295 (323 f FN 105).

Erachtens kein Grund ersichtlich, warum für prozessuale Mitwirkungspflichten anderes gelten sollte.

Einzuräumen ist allerdings, dass sich die Frage nach der rechtlichen Sonderbeziehung für prozessuale Pflichten nicht in derselben Schärfe stellt wie für materiellrechtliche Pflichten. Begibt man sich auf die Suche nach der notwendigen rechtlichen Sonderbeziehung zwischen den Prozessparteien, könnte man zunächst daran denken, diese aus einem zwischen ihnen bestehenden **materiellrechtlichen Rechtsverhältnis** herzuleiten. Bei näherer Überlegung ist darin jedoch kein tauglicher Ansatzpunkt zu finden, um aktive Mitwirkungspflichten im Prozess zu begründen: Zunächst ist schon einzuwenden, dass ein solches Rechtsband zwar in vielen Fällen, aber keineswegs stets zwischen den Verfahrensbeteiligten vorliegen wird; insbesondere fehlt es hieran ja, wenn deliktische oder gar materiellrechtlich ganz unbegründete Ansprüche gerichtlich verfolgt werden⁶⁶⁹. Da die prozessualen Mitwirkungspflichten nach den gesetzlichen Bestimmungen aber unabhängig davon eingreifen, ob sich der im konkreten Verfahren verfolgte Anspruch (ex post) als berechtigt herausstellt oder nicht, hilft es nicht weiter, die prozessualen Mitwirkungspflichten auf diesem Wege rechtfertigen zu wollen. Hinzu kommt, dass wohl ganz generell fraglich erscheint, ob eine prozessuale Handlungspflicht in einer materiellrechtlichen Sonderbeziehung wurzeln kann⁶⁷⁰.

In jedem Fall wird man aber eine rechtliche Sonderbeziehung zwischen den Parteien im so genannten **Prozessrechtsverhältnis** erblicken können. Bekanntlich ist ja zwischen dem Prozess als Verfahren und dem Prozess als Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien zu unterscheiden⁶⁷¹: Durch das Zusammenspiel des Gerichts mit den

669 *Olzen*, ZZP 98, 403 (424). *Gernhuber*, Schuldverhältnis 579 f, allerdings lässt es bereits genügen, dass ein Anspruch behauptet wurde. *Heldmann*, ZZP 26, 407 (432 f), der die Vorlagepflicht auf Treu und Glauben stützt, verlangt ebenfalls, dass Parteien in eine Rechtsbeziehung zueinander getreten sind, scheint allerdings die Fälle, in denen deliktische oder materiellrechtlich unbegründete Ansprüche verfolgt werden, nicht zu bedenken.

670 Derartiges wird spiegelbildlich für die Herleitung von materiellrechtlichen Mitwirkungspflichten vertreten; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten 44. Ihm folgend *Bienert-Nießl*, Aufklärungspflichten 195; vgl aber *diesselbe*, aaO 207, wo betont wird, dass es letztlich nur darauf ankommen könne, dass irgendeine besondere rechtliche Verbindung zwischen den Streitparteien besteht, die eine erhöhte Pflichtenbindung mit sich bringt.

671 *Kohler*, Prozeß als Rechtsverhältnis 1 ff; *Koschaker*, *Translatio iudicii* 2 mwH; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 132 ff; *derselbe* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² I

Parteien werden die Verfahrensbeteiligten zueinander in eine rechtliche Beziehung gebracht, welche ein echtes (öffentlich-rechtliches) Rechtsverhältnis entstehen lässt. So wird insbesondere eine der unmittelbar mit dem Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz in Verbindung gebrachten Bestimmungen, nämlich § 345 ZPO, wonach auf einen Zeugen nur mit Zustimmung des Gegners verzichtet werden kann, explizit als Ausfluss des Prozessrechtsverhältnisses zwischen den Parteien gewertet⁶⁷². In eben diesem Prozessrechtsverhältnis kann meines Erachtens nun jene rechtliche Sonderbeziehung gelegen sein, welche es den daran Beteiligten gebietet, zum Schutz der Rechtsgüter des anderen Teils auch *aktiv* tätig zu werden⁶⁷³.

Dagegen, dass das Prozessrechtsverhältnis aktive Handlungs-/Retungs-/Mitwirkungspflichten zugunsten der Rechtsgüter eines anderen auszulösen vermag, könnte allenfalls vorgebracht werden, dass ein Rechtssubjekt auch völlig **gegen seinen Willen** in ein Prozessrechtsverhältnis »hineingezogen« werden kann – nämlich dadurch, dass eine materiellrechtlich ganz unbegründete Klage eingebracht wird. Letztlich vermag ein derartiger Einwand meines Erachtens aber nicht durchzuschlagen: Für die Bejahung von Handlungspflichten innerhalb einer rechtlichen Sonderbeziehung ist nämlich meines Erachtens gerade *nicht* zwingend der Umstand entscheidend, dass der Pflichtadressat diese Pflichten freiwillig durch selbstgewählten Eintritt in diese Sonderbeziehung übernommen hat. Dass es darauf nicht ankommen kann, zeigt ein kurzer Seitenblick ins Gesellschaftsrecht: Hier ist grundsätzlich anerkannt, dass innerhalb von Verbänden jedes Mitglied gegenüber den anderen Treuepflichten treffen; diese mitgliedschaftliche Treuepflicht wird generell als ein notwendiges *Korrelat für die Einwirkungsmacht* auf die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter verstanden⁶⁷⁴. Nach zutreffender

▷> Einl Rz 133 ff. Die dogamtsische Bedeutung aber relativierend etwa *Gaul*, AcP 168, 27 (31 insb FN 23).

672 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 134, der Gleiches für die Unzulässigkeit der Verwertung von Zeugen bzw Urkunden bei übereinstimmendem Widerspruch der Parteien annimmt.

673 Offen lassend allerdings, ob sich daraus Mitwirkungspflichten ableiten lassen, *Olzen*, ZZP 98, 403 (425).

674 Dieser Gedanke dürfte auf *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht 342 ff, zurückgehen. In diesem Sinne auch *Immenga*, Personalistische Kapitalgesellschaft 261 ff; *derselbe*, FS 100 Jahre GmbHG 189 (insb 191); *Lutter*, ZHR 162, 164 (166 f mwH); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 465 und 588; *Schauer* in *Kalss*/

Ansicht⁶⁷⁵ sind gleichartige Treuepflichten aber ebenso etwa zwischen Miteigentümern anzunehmen. Dies erlaubt die Schlussfolgerung, dass generell auch in *Gemeinschaften*, die nicht auf rechtsgeschäftlichem/gewolltem Zusammenschluss, sondern unter Umständen *auf Zufall beruhen* (beispielsweise Miteigentum durch Erbgang oder Verarbeitung), derselbe Gedanke trägt und hinreicht, um eine rechtliche Sonderbeziehung begründen, die zu aktiven Handlungspflichten zum Schutz der Rechtsgüter des anderen Teils führen kann. Für die aus rechtlicher Sonderbeziehung erfließenden aktiven Handlungspflichten scheinen daher (bloß) die folgenden zwei Momente maßgebend: Zum einen die Notwendigkeit einer Beschränkung der Rechtsmacht, auf die Sphäre des anderen Teils einwirken zu können; zum anderen darf durch aktive Handlungspflichten keine unzumutbare Beschränkung der Handlungsfreiheit des in die Pflicht genommenen Rechtssubjekts drohen, es darf also keine Pflicht gegenüber jedermann entstehen. Beide Voraussetzungen sind innerhalb eines Prozessrechtsverhältnisses meines Erachtens unproblematisch erfüllt: Dass das Prozessrechtsverhältnis jedem Verfahrensbeteiligten eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtssphäre des anderen Teils eröffnet, die so weitgehend ist, dass sie geradezu nach einer Beschränkung schreit, zeigt nicht zuletzt die immer wieder eingemahnte Pflicht zur redlichen Prozessführung; auch droht keine unzumutbare Beschränkung der Handlungsfreiheit, weil die aktiven Handlungspflichten ja nicht gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber den anderen am konkreten Prozessrechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekten in Betracht kommen. Es spricht unter diesem Blickwinkel also nichts dagegen, einer Partei tatsächlich auch aktive Handlungspflichten zum Nutzen des Gegners aufzuerlegen.

Auch dieser, für die prozessualen Mitwirkungspflichten mitbestimmende Faktor lässt sich wiederum mit den **Gemeinschaftlichkeitstatbeständen** in Beziehung setzen. Auszugehen ist wie eben dargelegt davon, dass das Prozessrechtsverhältnis eine rechtliche Sonderbeziehung begründet, die wechselseitige Einflussmöglichkeiten auf die Rechts-

▷▷ Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/229 (Jeder Gesellschafter begibt sich in die Hände seiner Mitgesellschafter, indem er sich von deren Entscheidung bei der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks abhängig macht).

675 *Gamerith* in Rummel, ABGB³ § 825 Rz 11; *Sailer* in KBB, ABGB³ § 825 Rz 5 mwN; OGH 3 Ob 2032/96m in SZ 70/114; 5 Ob 105/11v in JBl 2012, 247 mit Anm *Eccher* = wobl 2012, 34/15 mit Anm *T. Hausmann*.

sphären der daran Beteiligten eröffnet, was Beschränkungen dieser Rechtsmacht erforderlich macht und daher nach (aktiven) Handlungspflichten verlangt. Gleichzeitig begrenzt das Prozessrechtsverhältnis aber auch den Umfang möglicher Handlungspflichten und schließt damit eine unzumutbare Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus. Die dadurch gerechtfertigten allgemeinen **Mitwirkungspflichten** werden, sofern ein Gemeinschaftlichkeitstatbestand verwirklicht ist, noch weiter **intensiviert**, nämlich durch unbedingte Mitwirkungspflichten infolge von Gegenausnahmen. Dies erweist sich als eine durchaus konsequente Fortsetzung des Gedankengangs zur Legitimation von (aktiven) Handlungspflichten zugunsten Dritter (= des Prozessgegners): Die *Gemeinschaftlichkeit* deutet ja schon *prima vista* darauf hin, dass die Verbindung zwischen den Streitteilen hinsichtlich des betreffenden Beweismittels gegenüber dem Normalfall des Prozessrechtsverhältnisses verstärkt ist bzw sich gegenüber dem Normalfall verdichtet hat; somit scheint es gerechtfertigt, der Partei (aktive) Handlungspflichten zum Schutz der Rechtsgüter Dritter in einem weiteren Umfang aufzuerlegen, wenn ein Gemeinschaftlichkeitstatbestand verwirklicht ist.

C. Fazit und Würdigung

Der vorstehende Abschnitt hatte das Ziel, aufzuzeigen, welche Interessen und Bauprinzipien des Verfahrensrechts auf die Ausgestaltung der prozessualen Mitwirkungspflichten Einfluss nehmen können. Derartige Pflichten entstehen sozusagen am Schnittpunkt von mitwirkungsfördernden und mitwirkungshemmenden Faktoren. Durch typisierte Fallgruppenbildung in Form von Ausnahme- und Gegenausnahmetatbeständen gibt die ZPO vor, wie der sich aus dem Aufeinandertreffen der verschiedenen Faktoren ergebende Konflikt aufzulösen ist; je nachdem, ob diese oder jene Faktoren überwiegen, wird die Mitwirkungspflicht entweder bejaht oder verneint. Nach einer weit verbreiteten Auffassung, der hier beigetreten wurde, ist der ZPO im Wege der Rechtsanalogie der **Grundsatz einer allgemeinen Mitwirkungspflicht** zu entnehmen. Legt man dies zugrunde, lässt dies den Schluss zu, dass nach den Wertungen des Gesetzgebers **im Normalfall die mitwirkungsfördernden Faktoren überwiegen**. Das normative Pendel schlägt jedoch in die andere Richtung aus, wenn die **Ausnahmetatbestände**

der Weigerungsgründe verwirklicht sind; hier legen die mitwirkungshemmenden Faktoren so stark an Gewicht zu, dass die mitwirkungsfördernden Faktoren zurückzutreten haben. Die **Gegenausnahme der Gemeinschaftlichkeit** neutralisiert die Ausnahmen und stellt wieder die ursprüngliche Situation her; dies kann in zweierlei Ursachen wurzeln: (a) Denkbar ist zum einen, dass die mitwirkungshemmenden Faktoren (teilweise) wegfallen, so dass das ursprüngliche, im Normalfall herrschende Übergewicht der mitwirkungsfördernden Faktoren wieder hergestellt ist. (b) Ebenso ist zum anderen möglich, dass die mitwirkungsfördernden Faktoren an Gewicht zulegen und so nun sogar die in den Ausnahmetatbeständen angeschwollenen mitwirkungshemmenden Faktoren beiseite schieben.

Wertet man diese Überlegungen nun im Hinblick auf den hier interessierenden Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz aus, dann können sich von den dort freigelegten Faktoren die folgenden bei der Auslegung der Gemeinschaftlichkeitstatbestände als **teleologisch bedeutsam** erweisen:

Unter den mitwirkungsfördernden Faktoren lassen sich nur **besondere privatrechtliche Individualinteressen** als eventuell maßgebender Gesichtspunkt nennen. Das Verfahrensrecht kennt Konstellationen, in denen die verstärkte Ausprägung solcher Interessen auf Seiten des Beweisführers zu einer Intensivierung der Mitwirkungspflichten des Beweisgegners führt, wobei besonders der Moment der *unverschuldeten Beweisnot* und das *Gewicht des Beweisinteresses* bedeutsam erscheinen. Es ist prima vista nicht auszuschließen, dass (zumindest) in einigen der Gemeinschaftlichkeitstatbestände solche Faktoren mitschwingen. Dies wäre dann der Fallgruppe zuzurechnen, in der die mitwirkungsfördernden Faktoren zunehmen.

Während die ZPO die *Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung* als mitwirkungshemmenden Faktor anerkennt, bleibt die Gefahr, sich durch die geforderte Mitwirkung selbst bloß in eine schlechtere Prozessposition zu manövrieren, gänzlich unberücksichtigt. Das **nemo tenetur-Prinzip** ist daher auf den Bereich **strafgerichtlicher Verfolgung** reduziert. Liegt ein Gemeinschaftlichkeitstatbestand vor, dann soll jedoch nach dem Gesetzeswortlaut selbst dieser Schutz entfallen.

Zentral unter den mitwirkungshemmenden Faktoren ist der **Schutz der Individualsphäre**. Die Gemeinschaftlichkeitstatbestände können hier bewirken, dass dieser Schutz nicht mehr in dem im Regelfall erforderlichen Umfang eingreift: Einerseits deswegen, weil das Geheimnis

ohnehin schon bekannt ist, andererseits weil der mitwirkungspflichtige Geheimnisträger infolge der Gemeinschaftlichkeit seine Individualsphäre geöffnet hat bzw damit zu rechnen hatte, dass sie in Zukunft nicht gewahrt bleiben wird. In diesen Fällen wirkt die Gemeinschaftlichkeit also dahingehend, dass die mitwirkungshemmenden Faktoren teilweise wegfallen, weshalb das ursprüngliche, im Normalfall herrschende Übergewicht der mitwirkungsfördernden Faktoren wieder hergestellt ist.

Eine ganze Reihe von Ausnahmetatbeständen gewährt einen Dispens von der Mitwirkung dann, wenn die Partei dadurch eine andere sie treffende privatrechtliche, öffentlich-rechtliche oder auch sittliche Pflicht verletzen müsste. Auch ein **Pflichtenkonflikt** kann also ein mitwirkungshemmender Faktor sein. Diese Ausnahmen (und damit konkret der Vorrang der widerstreitenden Pflichten) werden durch die Gegenausnahme der Gemeinschaftlichkeit neutralisiert. Hier ist fürs erste nicht erkennbar, ob es dadurch zu einer Reduktion im Gewicht der mitwirkungshemmenden Faktoren kommt, oder ob die mitwirkungsfördernden Faktoren anwachsen.

Soweit keine persönlichen Beweismittel betroffen sind, kann mitwirkungshemmend auch das **Eigentumsrecht** des Beweisgegners am Beweismittel zu Buche schlagen, weil eine Mitwirkungspflicht unter Umständen einen Eingriff in die Verfügungsmacht des Eigentümers bedeutet. Steht ein Beweismittel im Miteigentum des die Vorlage begehrenden Beweisführers, verliert dadurch der mitwirkungshemmende Schutz der Eigentümerposition der mitwirkungspflichtigen Partei (= des Beweisgegners) freilich an Gewicht. Allerdings stellen die beispielhaft in der Legaldefinition des § 304 Abs 2 ZPO angeführten Fallgruppen in keinsten Weise auf die materiellrechtliche Position des die Vorlage begehrenden Beweisführers am Beweismittel ab; will man materiellen und insbesondere dinglichen Rechtspositionen am Beweismittel Bedeutung beimessen, so hat dies ausschließlich unter dem Tatbestand des § 304 Abs 1 Z 2 ZPO zu erfolgen, *nicht* aber im Rahmen der Gemeinschaftlichkeit.

Schließlich ist auch dem zentralen privatrechtlichen Grundsatz, wonach außerhalb einer rechtlichen Sonderbeziehung grundsätzlich **niemand verpflichtet ist, durch aktives Tun Nachteile von den Rechtsgütern eines anderen abzuwenden**, Bedeutung für die Reichweite von prozessualen Mitwirkungspflichten beizumessen. Es konnte gezeigt werden, dass das zwischen den Parteien bestehende *Prozessrechtsver-*

hältnis eine hinreichende *Sonderbeziehung* zwischen den Prozessbeteiligten begründet, um diese mitwirkungshemmende Hürde zu überwinden, so dass Mitwirkungspflichten grundsätzlich zu bejahen sind. Auch in diesem Kontext kann das Gemeinschaftlichkeitskriterium dazu führen, dass sich das relative Gewicht der hier aufeinander treffenden Faktoren verändert und sich deshalb das Ergebnis der Interessenabwägung verschiebt: Tritt die Gemeinschaftlichkeit hinzu, kann dies bedeuten, dass hinsichtlich des betreffenden Beweismittels eine Sonderbeziehung zwischen den Parteien vorliegt, deren Intensität gegenüber dem Normalfall im Prozessrechtsverhältnis hinausgeht; dadurch könnten weitergehende Mitwirkungspflichten gerechtfertigt sein.

In den nachstehenden Abschnitten soll es nun unternommen werden, die konkreten gesetzlichen Bestimmungen des Beweisrechts im Lichte der eben zuvor abstrakt entwickelten Gedankengänge auszuwerten. Wie schon jetzt herausgestrichen werden kann, wirken alle Gemeinschaftlichkeitstatbestände als Gegenausnahmen für alle Ausnahmetatbestände. Dies bedeutet, dass die **Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels, unabhängig davon, in welcher Erscheinungsform sie auftritt, jedenfalls die Kraft haben muss, sämtliche Ausnahmetatbestände und daher alle der darin berücksichtigten mitwirkungshemmenden Faktoren auszuhebeln**⁶⁷⁶. Konkret gesprochen ist es also erforderlich, eine Erklärung dafür zu finden, weshalb etwa der Gemeinschaftlichkeitstatbestand der Errichtung im Interesse der Parteien sowohl die Ausnahmen beseitigt, die auf einen Schutz der Individualsphäre abzielen, als auch die Ausnahmen, die auf der Sonderbehandlung von Pflichtenkollisionen beruhen, als auch jene Ausnahme, die dem Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung dient.

Daraus ergibt sich für die nachstehende Analyse das Erfordernis eines **dreifachen Fallgruppenrasters**: Zum einen muss **nach den einzelnen Gemeinschaftlichkeitstatbeständen differenziert** werden, zum anderen nach den jeweils von einem bestimmten Gemeinschaftlichkeitstatbestand neutralisierten **Ausnahmetatbeständen**. Und schließlich muss auch auf das jeweilige **Beweismittel** bedacht genommen werden, zumal ja für die einzelnen Gemeinschaftlichkeitstatbestände – wie schon eingangs herausgestrichen wurde⁶⁷⁷ – dem Beweisrecht der

676 Dies streicht konkret für die Urkundenvorlagepflicht etwa auch *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (200), heraus.

677 Oben § 1 II.A.1; S 12 ff.

ZPO keine allgemeine, alle Beweismittel erfassende Vorschrift zu entnehmen ist; vielmehr finden sich lediglich im Zusammenhang mit den jeweiligen Beweismitteln spezielle Einzelregelungen. Will man es nicht riskieren, notwendige Differenzierungen zu übergehen, führt somit kaum ein Weg daran vorbei, für die folgende Analyse auf drei Ebenen Kategorien zu bilden: (a) auf der Ebene der Beweismittel, (b) auf der Ebene der Gemeinschaftlichkeitstatbestände und (c) auf der Ebene der von den Gemeinschaftlichkeitstatbeständen jeweils neutralisierten Ausnahmetatbestände.

III. Urkunden

A. Grundsatz – Ausnahme – Gegen Ausnahme für die Vorlagepflicht

Urkunden sind fraglos jenes Beweismittel, bei dem die Grundsätze des Beweisrechts⁶⁷⁸ und damit auch das zu Beginn dieses Abschnitts⁶⁷⁹ entwickelte Prüfungsschema für die Mitwirkungspflicht die klarste Ausformung im Gesetzestext erfahren haben. Wenngleich die Stellung der einschlägigen Bestimmungen nicht völlig mit der Reihenfolge der Prüfungsschritte korrespondiert⁶⁸⁰, so ist doch dem Titel über den Beweis durch Urkunden exakt jene Struktur von Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme zugrunde gelegt, wie sie eben zuvor skizziert wurde⁶⁸¹.

Im Grundsatz kann dem Gegner des Beweisführers die Vorlage *jeder* in seinen Händen befindlichen Urkunde aufgetragen werden⁶⁸². Dies ergibt sich zwanglos aus § 303 Abs 1 ZPO, wo eine Vorlagepflicht hinsichtlich aller »für die Beweisführung erheblichen« Urkunden

678 In diesem Sinne auch *Dilcher*, AcP 158, 469 (475).

679 Oben § 4 I.B; S 118 ff.

680 Vgl etwa auch die von *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (202 f), gewählte Reihenfolge der Prüfungsschritte, welche sich am Aufbau des Gesetzes anhält.

681 Exakt diese Reihenfolge der Prüfungsschritte findet sich auch *Rassi*, EF-Z 2010, 212 (215). Anders aber offenbar *Czernich*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 111 (114 f), der zwei nebeneinanderstehende Mechanismen zur Urkundenvorlage von einander unterscheiden will, nämlich jenen nach § 303 ZPO einerseits und jenen nach § 304 ZPO andererseits.

682 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 303 ZPO Rz 2 und § 305 ZPO Rz 1; *Rassi*, EF-Z 2010, 212 (215). Implizit auch schon *Neumann*, Zivilprozeßgesetze² II 1035.

angeordnet wird, und aus einem Umkehrschluss aus § 305 ZPO, wonach die Vorlage »anderer« – also nicht von § 304 ZPO erfasster – Urkunden nur verweigert werden kann, wenn einer der dort genannten Tatbestände (dazu sogleich) erfüllt ist⁶⁸³. Was den Urkundenbeweis betrifft, besteht also **im Grundsatz eine Mitwirkungspflicht**, die nur bei Vorliegen von Ausnahmetatbeständen eingeschränkt oder beseitigt wird; der Prozesszweck der *Wahrheitsermittlung* genießt somit im Normalfall gegenüber den mitwirkungshemmenden Faktoren also *Vorrang*. Zutreffend wird betont⁶⁸⁴, dies sei Ausdruck der fundamentalen Entscheidung des Gesetzgebers, dass von den Parteien eben nicht bloß im Rahmen ihrer materiellrechtlichen Pflichten verlangt werden kann, an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, sondern dass zudem spezielle Mitwirkungspflichten *prozessualer Natur* bestehen.

Die prozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien zur Urkundenvorlage besteht aber nicht uneingeschränkt, sondern wird durch **Ausnahmen** in Gestalt der *Weigerungsgründe* des § 305 ZPO gelockert. Danach kann die Urkundenvorlage verweigert werden, wenn der Inhalt *Angelegenheiten des Familienlebens* betrifft (Z 1), wenn der Gegner durch die Vorlage der Urkunde eine *Ehrenpflicht* verletzen würde (Z 2), wenn das Bekanntwerden der Urkunde der Partei oder dritten Personen zur *Schande* reichen oder die Gefahr *strafgerichtlicher Verfolgung* zuziehen würde (Z 3), wenn die Partei durch die Vorlage der Urkunde eine *staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit*, von der sie nicht gültig entbunden wurde, oder ein *Kunst- oder Geschäftsgeheimnis* verletzen würde (Z 4) oder wenn andere gleich wichtige Gründe vorhanden sind, welche die Verweigerung der Vorlage rechtfertigen (Z 5). Wie vor allem die Generalklausel⁶⁸⁵ der Z 5 erkennen lässt, kommt in diesen Ausnahmetatbeständen zum Ausdruck, dass die Vorlage-/Mitwirkungspflicht ihre Grenzen generell dort findet, wo der Zweck der **Wahrheitserforschung durch berücksichtigungswürdige Interessen einer Partei zurückgedrängt** wird; die in § 305 ZPO normierten Ausnahmen bilden also nichts anderes als das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen typisierten Abwägung zwischen dem Prozesszweck der Wahr-

683 *Rassi*, ZJP 121, 165 (192); *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 304 ZPO Rz 1 und § 305 Rz 1.

684 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 305 ZPO Rz 1.

685 Zur Konkretisierung dieser Generalklausel durch Rekurs auf die sondergesetzlichen Bestimmungen des AtomHG 1999 und des GTG oben S 146 f.

heitserforschung einerseits und den ihm entgegen stehenden Interessen des Vorlagepflichtigen andererseits⁶⁸⁶.

Angeklungen ist bereits, dass sich in diesen Ausnahmetatbeständen nun durchaus ganz verschiedene Interessen und Rechtsprinzipien, die als mitwirkungshemmende Faktoren betitelt werden können, niedergeschlagen haben. Es bietet sich an, sie auf Grundlage der vorstehenden Analyse nach den folgenden drei Aspekten zu gliedern⁶⁸⁷ und damit gewissermaßen abstrahierende Platzhalter-Tatbestände einzuführen:

- ▷ Schutz der **Individualsphäre**: Angelegenheiten des Familienlebens; Verletzung einer Ehrenpflicht (im Hinblick darauf, dass die Ehre der Partei darunter leidet); Gefahr der Schande für die Partei selbst.
- ▷ Schutz vor **Pflichtenkollisionen**: Angelegenheiten des Familienlebens (im Hinblick darauf, dass familiäre Pflichten zur Wahrung der Individualsphäre anderer Familienmitglieder verletzt werden); Verletzung einer Ehrenpflicht, Gefahr der Schande oder strafgerichtlicher Verfolgung für Dritte; Verletzung einer staatlich anerkannten Pflicht zur Verschwiegenheit oder eines Kunst- oder Geschäftsgeheimnisses.
- ▷ Schutz vor **strafgerichtlicher Verfolgung** für die Partei selbst.

Was den Schutz vor **Pflichtenkollisionen** betrifft, ist zu bemerken, dass dieser ratio bislang wohl noch nicht die ihr gebührende Aufmerksamkeit zuteil wurde und sie daher auch nicht als eigenständige Fallgruppe innerhalb der Ausnahmetatbestände anerkannt ist. Ganz evident ist diese Schutzausrichtung aber sicherlich beim Vorlageverweigerungsgrund der *Verletzung der Ehrenpflicht (Z 2)* und der *Verletzung von Verschwiegenheitspflichten bzw von Kunst- und Geschäftsgeheimnissen (Z 4)*. Ferner gründet sicherlich auch der Ausnahmetatbestand der Gefahr der *strafgerichtlichen Verfolgung oder der Schande für Dritte (Z 3)* auf der Privilegierung der Partei infolge eines (sittlichen) Pflichtenkonflikts. Und schließlich ist auch der Ausnahmetatbestand für Urkunden, deren Inhalt *Angelegenheiten des Familienlebens* betrifft (Z 1), meines Erachtens dieser Gruppe zuzuzählen. Zwar

686 Siehe auch die Nachweise oben S 110 FN 450.

687 Diese Kategorisierung weicht zwar von der äußeren Systematik des Gesetzeswortlauts mehrfach ab, was jedoch kein Hindernis für die inhaltliche Auseinandersetzung sein kann.

liegt es auf den ersten Blick nahe, diesem Weigerungsgrund als Zweck (nur) den Schutz der Individualsphäre der Partei selbst zu unterstellen, denn gemeinhin⁶⁸⁸ wird nur das Familien-/Privatleben als Schutzgut dieser Bestimmung angeführt. Dies ist sicherlich nicht abzustreiten, bei näherer Überlegung sollte meines Erachtens aber eigentlich kein Zweifel daran bestehen, dass ihre Stoßrichtung ebenso darin liegt, die Partei vor einem Konflikt mit ihrer aus der Familienbindung entspringenden (sittlichen) Verschwiegenheits-/Treuepflicht zu schützen. Würde man § 305 Z 1 ZPO als Schutznorm nur zugunsten der familiären Individual-/Privatsphäre der Partei auslegen, schiene nämlich wohl der gesonderte Vorlageverweigerungsgrund wegen der Gefahr der Schande (Z 3) weitgehend funktionslos. Zudem enthält auch der Wortlaut des Vorlageverweigerungsgrundes nach Z 1 keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass von der familiären Angelegenheit auch die Partei selbst in irgendeiner Weiser (nachteilig) betroffen sein muss. Es bestätigt sich in den genannten Tatbeständen somit, was bereits im Rahmen der überblicksartigen Darstellung der mitwirkungshemmenden Faktoren dargelegt wurde⁶⁸⁹: Die ZPO hat in ihren einschlägigen Bestimmungen die Möglichkeit von Pflichtenkollisionen, die durch eine prozessuale Mitwirkungspflicht ausgelöst werden, durchaus vorhergesehen und ihnen auch in einem durchaus breiten Umfang Bedeutung beigemessen.

§ 304 ZPO liefert dazu die **Gegenausnahmen**⁶⁹⁰, die – wenngleich sie im Aufbau des Gesetzes vorausgehen – logisch nachgeschaltet zu prüfen sind. Danach kann die Vorlage der Urkunde nicht verweigert werden, wenn der Gegner selbst auf die Urkunde zum Zwecke der Beweisführung *Bezug genommen* hat (Z 1), wenn der Gegner *nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde verpflichtet* ist (Z 2), wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine beiden Parteien *gemeinschaftliche* ist (Z 3). Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin bekundet sind; ferner sind auch

688 In diesem Sinn möglicherweise etwa *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 305 ZPO Rz 5 durch seinen Querverweis auf die Kommentierung des § 172 ZPO.

689 Oben § 4 II.B.3; S 151 ff.

690 Siehe aber *Fasching*, Lehrbuch² Rz 958, der die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde offensichtlich nicht stets als Gegenausnahme zulassen will; dazu bereits oben S 111 FN 455.

die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäftes gepflogenen schriftlichen Verhandlungen gemeinschaftliche Urkunden (Abs 2).

Auf diese Tatbestände ist im Folgenden näher einzugehen.

B. Auslegung und Funktion der Gemeinschaftlichkeitstatbestände

1. Ausgangsüberlegungen

a. Gesetzeswortlaut als Ausgangspunkt

Der von § 304 Abs 1 Z 3 ZPO verwendete, die unbedingte Vorlagepflicht auslösende Gegenausnahmetatbestand der »beiden Parteien gemeinschaftlichen Urkunde« ist höchst auslegungsbedürftig. Setzt man zunächst bei der »eigentümlichen Bedeutung der Worte« (§ 6 ABGB)⁶⁹¹ an, gibt der Gesetzeswortlaut prima vista wohl nur den bescheidenen Hinweis, dass **beide Teile in einer gewissen Beziehung zur Urkunde** stehen müssen.

b. Systematischer Blick ins allgemeine Zivilrecht: Gemeinschaftlichkeit als Miteigentum?

Zumindest auf den ersten Blick etwas aussichtsreicher scheint die systematisch-logische Auslegung. Der Begriff der gemeinschaftlichen Sachen und Rechte ist dem Privatrecht ja keineswegs fremd; das ABGB bezeichnet damit in seinem 16. Hauptstück (§§ 825 ff ABGB) jene Situationen, in denen »das Eigentum, oder ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungeteilt zukommt.« Es liegt nun nicht fern, dem Begriff der Gemeinschaftlichkeit in der ZPO dasselbe Verständnis beizulegen, unter die gemeinschaftlichen Urkunden also solche zu subsumieren, die im **Miteigentum** der Prozessparteien stehen. Ein solches Verständnis war in der Tat früher weit verbreitet⁶⁹². Heute ist zwar anerkannt,

691 Zur Anwendbarkeit der allgemeinen, im ABGB festgeschriebenen Auslegungsregeln auch im Zivilverfahrensrecht siehe bloß *Fasching*, JBl 1990, 749 (751 ff).

692 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 26 (für das römische Recht); siehe auch die Quellennachweise bei *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 30 ff.

dass Urkunden den Regeln des Eigentumsrechts unterfallen⁶⁹³, doch besteht Uneinigkeit über die prozessualen Wirkungen des Miteigentums: Teilweise⁶⁹⁴ wird vertreten, dass Urkunden im Miteigentum ebenfalls unter die gemeinschaftlichen Urkunden des § 304 ZPO zu subsumieren sind; andere⁶⁹⁵ gehen davon aus, dass Miteigentum an der Urkunde die Gemeinschaftlichkeit im Sinne des § 304 ZPO nicht herzustellen vermag.

Es scheint demnach keineswegs ausgeschlossen, Urkunden im Miteigentum unter die gemeinschaftlichen Urkunden nach § 304 Abs 1 Z 3 ZPO subsumieren dürfen. Dafür spricht wohl schon die römischrechtliche Urform dieses Tatbestands, die an sich *nur* Urkunden im Miteigentum erfasst hat⁶⁹⁶. Zudem – und dies wiegt wahrscheinlich noch mehr – kann bei näherer Überlegung wohl festgestellt werden, dass das Zivilrecht das Institut des Miteigentums an einer Urkunde bisweilen eben gerade deswegen einsetzt, um dem Miteigentümer einen Vorlageanspruch einräumen zu können. § 844 ABGB schreibt nämlich fest, dass die *zum gemeinschaftlichen Gebrauche nötigen Urkunden* keiner Teilung fähig sind. Aus der Stellung dieser Vorschrift ist der Schluss zu ziehen, dass solche Urkunden im **Miteigentum** aller Beteiligten stehen⁶⁹⁷. Diese Anordnung ist freilich vor dem Hintergrund zu sehen, dass jeder Miteigentümer einer Urkunde deren Vorlage verlangen kann⁶⁹⁸; § 844 ABGB verfolgt damit fraglos den **Zweck**, in bestimmten Situationen über den Umweg der Zuerkennung eines Miteigentumsrechts einen **Vorlageanspruch** zu gewähren. Zwar ist der Tatbestand des § 844 ABGB mit den Gemeinschaftlichkeitstatbeständen des § 304 ZPO nicht vergleichbar⁶⁹⁹, die Bestimmung zeigt aber

693 *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (8); *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (200); OGH 4 Ob 62/90 in SZ 63/127 = JBl 1991, 188; RIS-Justiz RS0009737.

694 Implizit *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (5f), indem er betont, dass der Miteigentumstatbestand im Vergleich zur gemeinschaftlichen Urkunde nach § 304 ZPO der engere sei.

695 *Gamerith* in Rummel, ABGB³ § 844 Rz 4.

696 Eingehend dazu oben S 54 bei und in FN 220 mit Nachweisen.

697 *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (6). Dieser Gedanke findet sich bereits bei *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 45: »Eine Urkunde, welche für mich und zu meinem Nutzen errichtet wurde, von mir gleichsam als die meinige genommen werden kann.«

698 Dazu eingehend *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (8f). Siehe ferner schon *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 30.

699 *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (5ff): Zum gemeinschaftlichen Gebrauch nötig ist eine Urkunde dann, wenn sie benötigt wird, um darin verbriefte Rechte durchzusetzen, wobei aber die Durchsetzung allen Teilhabern zugute kommen muss, also in aller

immerhin deutlich, dass dem Miteigentümer einer Urkunde ein Vorlageanspruch zukommen soll.

Für eine ganz ähnliche Regelungstechnik wurde übrigens teilweise auch zum gemeinen Prozess plädiert; um die Vorlagepflicht von im Interesse des Beweisführers errichteten Urkunden zu begründen, wurde argumentiert, dass der Beweisführer Eigentum an der Urkunde erworben hatte⁷⁰⁰: Und der »Beweis des Eigenthumsrechts an einer Urkunde« konnte eben dadurch erbracht werden, »wenn dargethan wird, daß die in den Händen eines andern befindliche Urkunde in der Absicht gefertigt worden sey, um als Beweismittel des unter den Interessenten zu Stande gekommene Geschäfts zu dienen, und daß der Beweisführer einer dieser Interessenten sey.«

Man könnte somit durchaus annehmen, dass Urkunden im **Miteigentum** unter den **Gemeinschaftlichkeitstatbestand** des § 304 ZPO zu subsumieren sind (was aber freilich nicht bedeutet, dass der Gemeinschaftlichkeitstatbestand auf Urkunden im Miteigentum reduziert werden darf⁷⁰¹). Letztlich sollte der Fall des Miteigentums meines Erachtens aber – wie erwähnt⁷⁰² – systematisch gesehen *nicht* den Gemeinschaftlichkeitstatbeständen des § 304 ZPO zugeordnet werden. Dies deswegen, weil die beispielhaft in der Legaldefinition des Abs 2 angeführten Fallgruppen in keinsten Weise auf die materielle Position des die Vorlage begehrenden Beweisführers am Beweismittel abstellen. Will man materiellen und insbesondere dinglichen Rechtspositionen am Beweismittel Bedeutung beimessen, so wird dies meines Erachtens ausschließlich unter dem **Tatbestand des § 304 Abs 1 Z 2 ZPO** zu erfolgen haben.

c. *Legaldefinition*

Es bleibt also dabei, dass der Gesetzesbegriff der Gemeinschaftlichkeit zunächst lediglich den spärlichen Anhaltspunkt gibt, dass eine gewisse Beziehung mehrerer Personen zur Urkunde gegeben sein muss; nicht

▷ Interesse liegen muss. Die Urkunde selbst muss für die Verfolgung des betreffenden Rechts notwendig sein; dass darin gemeinsame Rechtsverhältnisse beurkundet sind, reicht nicht aus.

700 Siehe *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 46, mit Nachweisen.

701 *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (5f). Ebenso schon *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 37f.

702 Oben S 158.

gesagt ist damit wohlgedacht, ob es sich bei den an dieser Beziehung beteiligten Personen unbedingt um die Parteien des Rechtsstreits handelt, in dem die Vorlage begehrt wird. Angesichts der praktischen Bedeutung dieses Kriteriums, das über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Vorlagepflicht und somit nicht selten über Prozesssieg oder Prozessverlust entscheidet, hat man es also mit einem erschreckend verschwommenen und konturlosen Tatbestandsmerkmal zu tun. Dieser Unschärfe versucht der Gesetzgeber, mit einer **Legaldefinition** in Abs 2 beizukommen, welche aber den Auslegungsbedarf nur teilweise zu lindern vermag: Erstens und vor allem deswegen, weil sie *keine abschließende Erklärung* der Gemeinschaftlichkeit bieten will (argumento: »insbesondere«)⁷⁰³, sondern nur drei Fallgruppen aufzählt (Errichtung im Interesse, Beurkundung von gegenseitigen Rechtsverhältnissen und schriftliche Verhandlungen zwischen den Beteiligten oder mit einem gemeinsamen Vermittler). Es handelt sich daher genau genommen um gar *keine Definition* der Gemeinschaftlichkeit, sondern *lediglich um die Anführung von Beispielen*⁷⁰⁴. Zweitens können die Auslegungsschwierigkeiten auch deswegen nicht beseitigt werden, weil § 304 Abs 2 ZPO – was bei Legaldefinitionen nahezu stets der Fall ist – das *Auslegungsproblem bloß* auf die in der Definition verwendeten Gesetzesbegriffe *verschiebt*⁷⁰⁵. So ist in der Legaldefinition des Abs 2 alles andere als eindeutig, wie die Tatbestände »Errichtung im Interesse« und »Bekundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses« konkret zu verstehen sind. Zwar ist dem Tatbestand der »Errichtung im Interesse« immerhin zu entnehmen, dass der *Zweck der Urkundenerrichtung* für das Vorliegen von Gemeinschaftlichkeit eine Rolle spielen kann, offen bleibt aber etwa, welcher exakte Zweck hierzu erforderlich ist und ob dieser Zweck dem Errichter auch bewusst gewesen sein muss. Ebenso wenig bringt die beispielhafte Anführung der Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses restlose Aufklärung über die Anforderungen an die Beziehung der beiden

703 Siehe nur *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1037.

704 So zutreffend bereits *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1037; *Schumacher*, RdW 2011, 319 (319); ferner auch schon *Goldschmidt*, ZHR 29, 341 (389) zur CPO 1877. In diesem Sinn auch OGH 6 Ob 6/83 in SZ 56/117 = RZ 1984/70; 2 Ob 512/85 und 5 Ob 225/08m in MietSlg 61.646: »Beispielsgruppen«. Demgegenüber wurde allerdings teilweise auch betont, dass »sich kaum ein Fall wahrer gemeinschaftlichen Urkunden denken läßt, welcher nicht unter die genannten Rubriken fiel«; *Goldschmidt*, ZHR 29, 341 (390); in diesem Sinn wohl auch OGH 2 Ob 512/85: »umfassende Beispielsgruppen«.

705 Statt aller *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰⁹ § 6 Rz 9.

Teile zu Urkunde: Nicht gesagt wird damit ja, ob bzw unter welchen Voraussetzungen eine Urkunde gemeinschaftlich sein kann, die kein gegenseitiges Rechtsverhältnis, sondern etwa bloß reine Tatsachen, die für das gegenseitige Rechtsverhältnis relevant sind, beurkundet.

Die Legaldefinition in Abs 2 spendet also nur einen ganz bescheiden flackernden Kerzenschein zur Aufhellung der Frage, welcher Art die Beziehung der Parteien zur Urkunde sein muss. Trotz Hilfestellung des Gesetzgebers führt deshalb kein Weg daran vorbei, etwas weiter auszuholen, wenn man für den Gemeinschaftlichkeitsbegriff ein brauchbares Auslegungsergebnis erreichen will.

d. *Gesetzesmaterialien*

Klärende Aussagen hat auch der historische Gesetzgeber nicht hinterlassen, denn die Gesetzesmaterialien enthalten kaum aufschlussreiche Hinweise⁷⁰⁶: Ihnen ist lediglich zu entnehmen, dass die Rechtsprechung schon zuvor mit dem Begriff der Gemeinschaftlichkeit operiert hatte⁷⁰⁷, es jedoch – vor dem Hintergrund der historischen Analyse⁷⁰⁸ wenig überraschend – zu Kontroversen über dessen exakte Konturen gekommen war. Dem Gesetzgeber erschien es daher »zweckmäßig, im Gesetze eine Bestimmung dieses Begriffs zu geben«; dazu, weitere Details über seine Vorstellungen preiszugeben, hatte sich der Gesetzgeber aber nicht hinreißen lassen.

e. *Teleologische Durchleuchtung*

Als letzte hoffnungsträchtige Erkenntnisquelle verbleibt damit die objektiv-teleologische Methode, die bei der Bestimmung der Funktion und Wirkungsweise der gesetzlichen Tatbestände ansetzen muss. Hier ist an die Schlussfolgerung aus der Gegenüberstellung der mitwirkungsfördernden und mitwirkungshemmenden Faktoren zu erinnern⁷⁰⁹, dass **alle Gemeinschaftlichkeitstatbestände als Gegenausnahmen für sämtliche Ausnahmetatbestände** wirken, was konkret bedeutet, dass die

706 Materialien CGP I 311.

707 Bis zur ZPO war dem österreichischen Zivilverfahrensgesetzen der Begriff der Gemeinschaftlichkeit ja unbekannt; dazu näher schon oben im Rahmen des historischen Abrisses S 88 f.

708 Oben § 3 I; S 51 ff.

709 Oben S 170.

Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels jedenfalls – also völlig unabhängig davon, in welchem der gesetzlichen Tatbestände (Abs 2) sie sich verwirklicht (!) – die Kraft hat, sämtliche Ausnahmetatbestände des § 305 ZPO und daher alle der darin berücksichtigten mitwirkungshemmenden Faktoren auszuhebeln. Es ist demnach also erforderlich, eine Erklärung dafür zu finden, weshalb etwa der Gemeinschaftlichkeitstatbestand der Errichtung im Interesse der Parteien sowohl die Ausnahmen, die auf einen Schutz der Individualsphäre abzielen, als auch die Ausnahmen, die auf der Sonderbehandlung von Pflichtenkollisionen beruhen, als auch jene Ausnahme, die dem Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung dient, beseitigt.

2. Errichtung im Interesse

a. Allgemeines

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist (§ 304 Abs 2 Fall 1 ZPO). Historisch ist dieser Tatbestand auf die gemeinrechtliche Lehre von der Gemeinschaftlichkeit *ratione constitutioni instrumenti ad utilitatem communem* zurückzuführen⁷¹⁰. Im Kern lässt sich das Recht auf Urkundenvorlage desjenigen, in dessen Interesse die Urkunde errichtet worden ist, allerdings wohl sogar bis ins römische Recht zurückverfolgen⁷¹¹.

Die Rechtsprechung⁷¹² und das Schrifttum⁷¹³ bejahen eine Errichtung im Interesse dann, wenn die Urkunde angefertigt wurde, *um den Streitteilen als Beweismittel zu dienen oder ihre rechtlichen Beziehungen zu fördern*; es müsse also beabsichtigt gewesen sein, *auf die rechtlichen Beziehungen der Streitteile einzuwirken oder solche zu sichern*. Dabei soll auf objektive Kriterien im Zeitpunkt der Urkundenerrichtung abzustellen sein⁷¹⁴.

⁷¹⁰ Näher dazu oben S 63 mit Nachweisen.

⁷¹¹ *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 45 f, mit Hinweisen auf römisch-rechtliche Quellen.

⁷¹² OGH 2 Ob 512/85; 2 Ob 267/04k in JBl 2005, 392 = NZ 2006/39; 5 Ob 225/08m in MietSlg 61.646; RIS-Justiz RS0035021.

⁷¹³ *Marburger* in Staudinger, BGB (2009) § 810 Rz 10; *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 304 ZPO Rz 17; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 130.

⁷¹⁴ OGH 5 Ob 225/08m in MietSlg 61.646; *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (200); *derselbe*, RdW 2011, 319 (319 f).

Eine gewisse Hilfestellung des Gesetzgebers für die Auslegung dieses Tatbestands lässt sich meines Erachtens zudem den **schiedsrechtlichen Bestimmungen** entnehmen: § 606 Abs 5 ZPO qualifiziert den Schiedsspruch sowie die Urkunden über seine Zustellung explizit als gemeinschaftliche Urkunde der Parteien und der Schiedsrichter. Dies war schon in der Stammfassung der ZPO (vor dem SchiedsRÄG 2006⁷¹⁵) in § 593 Abs 2 enthalten und zielte ausweislich der Materialien⁷¹⁶ darauf ab, sicherzustellen, dass »die Urschrift [des Schiedsspruchs] namentlich behufs [jederzeitiger] Benützung bei der Executionsführung den Parteien zugänglich erhalten werde.« Die Materialien zum SchiedsRÄG⁷¹⁷, durch welches diese Vorschrift bloß verschoben wurde, führen diesbezüglich aus, dass damit lediglich eine »Klarstellung im Hinblick auf § 304 Abs. 1 Z 3« ZPO erfolgt und »grundsätzlich Selbstverständliches festgehalten« wird; daraus ist also der Schluss zu ziehen, dass mit der schiedsrechtlichen Bestimmung kein neuer Gemeinschaftlichkeitstatbestand geschaffen werden sollte.

Für den Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO wird heute gemeinhin betont, dass **nicht der Inhalt, sondern der Errichtungszweck** der Urkunde maßgebend ist⁷¹⁸. Dies erscheint prima vista mit dem Wortlaut des Abs 1 Z 3 nicht ganz in Einklang zu stehen, weil dort die Vorlagepflicht explizit nur für solche Urkunden festgeschrieben wird, die »ihrem Inhalte nach« gemeinschaftliche sind. Meines Erachtens wird man dieser Formulierung des Gesetzestextes jedoch im gegebenen Zusammenhang keine Aussagekraft beizumessen haben: Vor dem Hintergrund der rechtshistorischen Analyse wird nämlich erkennbar, dass der Gesetzgeber damit keine Abgrenzung zum Urkundenzweck treffen, sondern lediglich klarstellen wollte, dass eben kein »gemeinschaftliches *Recht* an der Urkunde« (Miteigentum) erfor-

715 BGBl I 2006/7.

716 Materialien CPG I 100 = 688 BlgAH XI. Session 326.

717 ErläuterV 1158 BlgNR 22. GP 23. Neu ist an dieser Regelung gegenüber der alten Rechtslage jedoch, dass – wie auch die ErläuterV betonen – nun explizit *auch die Schiedsrichter einbezogen* sind; darauf wird sogleich zurückzukommen sein; dazu sogleich im Text.

718 OGH 2 Ob 512/85; 2 Ob 151/97p in ZVR 1999/122 = VersE 1772; 1 ObA 2151/96x in RdW 1997, 76; 5 Ob 225/08m in MietSlg 61.646; 5 Ob 519/94 in NZ 1995, 103; 2 Ob 512/85; 6 Ob 6/83 in SZ 56/117 = RZ 1984/70; RIS-Justiz RS0035021; *Kodek* in Faching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 304 ZPO Rz 17; *Lindinger*, immolex 2013, 70 (70). Ebenso zum Paralleltatbestand des § 810 Fall 1 BGB *Marburger* in Staudinger, BGB (2009) § 810 Rz 13; *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 5.

derlich ist; vielmehr soll eben Gemeinschaftlichkeit des Inhalts genügen⁷¹⁹. Dass das Abstellen auf den Urkundenzweck trotz des Gesetzeswortlauts zulässig sein muss, ergibt sich ferner daraus, dass dann im Unterfall des Abs 2 Fall 1 ausdrücklich die Errichtung im Interesse als ausreichend betrachtet wird, was freilich vom Inhalt der Urkunde gerade abstrahiert. Bedenkt man überdies, dass es dem Gesetzgeber besonders darauf angekommen ist, die Möglichkeiten der Wahrheitserforschung zu erweitern und die Mitwirkungspflichten zu stärken⁷²⁰, scheint es umso mehr geboten, den mehrdeutigen Gesetzeswortlaut zugunsten einer möglichst weitreichenden Vorlagepflicht zu verstehen.

Schwerer zu überwinden ist da schon das Hindernis, das der Gesetzeswortlaut aufstellt, indem er als Voraussetzung der Vorlagepflicht verlangt, dass die Urkunde ihrem Inhalte nach »eine **beiden Parteien** gemeinschaftliche« sein muss (§ 304 Abs 1 Z 3 ZPO). Das damit angesprochene Tatbestandsmerkmal wurde schon mehrfach thematisiert, überraschenderweise allerdings hat sich – soweit ersichtlich – bislang nur *Schumacher*⁷²¹ auf den insofern an sich sehr deutlichen Gesetzeswortlaut selbst berufen. Die Rechtsprechung⁷²² hat den Tatbestand des Abs 2 Fall 1 lange Zeit in dem Sinn ausgelegt, dass die Urkunde errichtet sein muss, um *beiden* Parteien als Beweismittel zu dienen oder um auf ihre rechtlichen Beziehungen einzuwirken oder solche zu sichern; in einer jüngeren Entscheidung⁷²³ wurde diese Frage jedoch explizit offen gelassen. *Kodek*⁷²⁴ vertritt demgegenüber, dass dieses Verständnis zu eng und eine Errichtung im Interesse *beider* Parteien nicht zwingend erforderlich ist, vielmehr genüge eine Errichtung allein im Interesse des Beweisführers; ausreichend sei bereits, dass die Urkunde dazu

719 In diesem Sinn überzeugend *Goldschmidt*, ZHR 29, 341 (388). Wohl auch in diesem Sinn *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (200), wenn er betont, dass der Gesetzgeber mit dem Bezug auf den Inhalt der Urkunde zum Ausdruck bringen wollte, dass es nicht auf einen (ergänze: materiellrechtlichen) Herausgabe- oder Vorlageanspruch ankommen soll.

720 Oben S 35 f bei FN 136 f mit Nachweisen.

721 ÖBA 2007, 197 (201).

722 OGH 2 Ob 151/97p in ZVR 1999/122 = VersE 1772; 1 ObA 2151/96x in RdW 1997, 76; 5 Ob 519/94 in NZ 1995, 103; 2 Ob 512/85; 6 Ob 6/83 in SZ 56/117 = RZ 1984/70; dem OGH folgend *Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ § 304 Rz 3. Ebenso auch *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 5.

723 OGH 2 Ob 267/04k in JBl 2005, 392 = NZ 2006/39.

724 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 304 ZPO Rz 17. Ebenso für die deutsche Rechtslage auch *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 5.

angefertigt wurde, zumindest *dem die Vorlage Begehrenden als Beweis zu dienen*⁷²⁵.

Trotz des scheinbar entgegenstehenden Gesetzeswortlauts in Abs 1 Z 3 hat das von *Kodek* vertretene **weite Verständnis** dieses Gemeinschaftlichkeitstatbestands meines Erachtens die besseren Gründe für sich. Dafür spricht – abgesehen von den sogleich nachfolgenden teleologischen Überlegungen – vor allem die vom positiven Recht ausdrücklich angeordnete *Gemeinschaftlichkeit des Schiedsspruchs und der Zustellnachweise*: Sie sind »gemeinschaftliche Urkunden der Parteien und der Schiedsrichter« (§ 606 Abs 5 ZPO). Diese Bestimmung wird teilweise als ein Anwendungsfall des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO betrachtet⁷²⁶ und zielt speziell auf die Begründung einer Vorlagepflicht ab⁷²⁷. Die durch das SchiedsRÄG 2006 erfolgte Einbeziehung der Schiedsrichter zeigt, dass auch ihnen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Möglichkeit eröffnet sein soll, hinsichtlich dieser Urkunden eine unbedingte Vorlagepflicht geltend machen zu können⁷²⁸. Festzuhalten ist dabei zunächst, dass damit eine Gemeinschaftlichkeit/Vorlagepflicht der Urkunden auch im Verhältnis der Schiedsrichter untereinander statuiert wird; dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzeswortlaut die Schiedsrichter grammatikalisch ganz genauso behandelt wie die Parteien und kein Zweifel besteht, dass in diesem Verhältnis (Partei zu Partei) Gemeinschaftlichkeit und unbedingte Vorlagepflicht beabsichtigt sind.

725 So auch das Verständnis zur deutschen Parallelbestimmung des § 810 BGB (*Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 5), wo sich dies aber freilich bereits aus dem Gesetzeswortlaut selbst ergibt; arg: »Wer ein rechtliches Interesse hat [...], kann die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde *in seinem Interesse* errichtet [...] ist«. Ferner explizit in diesem Sinn auch schon *Huggenberger*, *Urkundenedition* 35.

726 *Neumann*, *Zivilprozessgesetz*⁴ II 1037. Dies trifft meines Erachtens nur – aber immerhin! – soweit zu, als es die Gemeinschaftlichkeit der Urkunden *für die Schiedsrichter* betrifft; für die Parteien selbst ergibt sich die Gemeinschaftlichkeit hingegen aus der Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses im Sinne des Abs 2 Fall 2 (dazu sogleich näher unten § 4 III.B.3; S 198 ff). Gemeinschaftlichkeit bejahend, aber ohne eindeutige Stellungnahme dazu, unter welchen Tatbestand: ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 23; *Oberhammer*, Entwurf 117; *Hausmaninger* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² § 606 ZPO Rz 105. Für eine Subsumtion unter § 304 Abs 2 Fall 2 ZPO jedoch *Kodek* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² § 304 ZPO Rz 28.

727 *Oberhammer*, Entwurf 177.

728 Nicht eindeutig in dieser Hinsicht aber *Oberhammer*, Entwurf 117 f, und wortgleich *Hausmaninger* in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*² § 606 ZPO Rz 107, wo möglicherweise nur eine Vorlagepflicht der Schiedsrichter angesprochen wird.

Wenn nun ein Schiedsrichter in einer Streitigkeit mit einem anderen Schiedsrichter (etwa betreffend die Aufteilung der Vergütung) die Vorlage einer dieser Urkunden beantragt, wird man schwerlich annehmen dürfen, dass diese Urkunde, gerade errichtet wurde, um *beiden Parteien*, das heißt den beiden Schiedsrichtern, als Beweismittel zu dienen; ebenso wenig lässt sich sagen, dass die Errichtung dieser Urkunde den Zweck hatte, auf die rechtlichen Verhältnisse zwischen den beiden Schiedsrichtern »einzuwirken oder diese zu sichern«. Nachdem § 606 Abs 5 ZPO in dieser Situation und in diesem Verhältnis dennoch Gemeinschaftlichkeit und Vorlagepflicht anordnet, ist daraus meines Erachtens zu folgern, dass die Urkundenerrichtung **nicht den Zweck haben muss, gerade beiden Parteien im Verhältnis untereinander als Beweismittel zu dienen**. Für Gemeinschaftlichkeit im Sinne des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO genügt es also, dass die Urkundenerrichtung in der Absicht erfolgt ist, der nun die Vorlage begehrenden Partei als Beweismittel zu dienen, sich nun aber im Besitz des Gegners befindet. Oder anders formuliert: Das Verhältnis, das die ZPO als Gemeinschaftlichkeit etikettiert, ist **nicht die Beziehung zwischen dem Beweisführer, der die Vorlage verlangt, und dem innehabenden Prozessgegner; für eine Vorlagepflicht des Prozessgegners genügt vielmehr bereits, dass die Urkunde dem Beweisführer und einer anderen Person (welche nicht zwingend der auf Vorlage in Anspruch genommene Gegner sein muss) gemeinschaftlich ist**⁷²⁹.

Um den Gemeinschaftlichkeitstatbestand können sich freilich noch zahlreiche **weitere Auslegungsfragen** auftun. So wird vertreten, dass (entgegen der Rechtsprechung⁷³⁰) bei Errichtung der Urkunde nicht beabsichtigt worden sein muss, auf die *rechtlichen Beziehungen*

729 In diesem Zusammenhang könnte man zudem die Überlegung anstellen, ob und weshalb es denn erforderlich sein soll, dass abgesehen vom Beweisführer **noch eine weitere Person in einer Beziehung zur Urkunde** im Sinne des § 304 Abs 2 ZPO steht (dieser gedankliche Anstoß geht zurück auf *Domej* in ihrem anlässlich des Habilitationsverfahrens des *Verfassers* erstellten Gutachten zur vorliegenden Arbeit): Sobald man nämlich – wie auch hier vertreten (vgl oben im Text) – darauf verzichtet, dass die Gemeinschaftlichkeit zwischen dem Beweisführer, der die Vorlage verlangt, und dem innehabenden Prozessgegner gegeben sein muss, stellt sich in der Tat die Frage, warum eine unbedingte Vorlagepflicht überhaupt voraussetzt, dass die Urkunde im Interesse des Beweisführers *und* einer weiteren, am Prozess unbeteiligten dritten Person errichtet worden ist, während es hingegen nicht ausreichen soll, wenn die Urkunde allein im Interesse des Beweisführers errichtet wurde.

730 Oben S 182 bei und in FN 722 mit Nachweisen.

der Streitteile einzuwirken oder diese zu sichern; ausreichend sei etwa auch, dass es sich um eine Urkunde über ein Geschäft handelt, bei dem der Beweisführer begünstigter Dritter ist⁷³¹. Betont wird ferner, es komme nicht darauf an, ob die *Richtigkeit* der Urkunde von der vorlagepflichtigen Partei zugestanden oder bestritten wird⁷³².

Sollen die von dieser Tatbestandsvariante aufgestellten Anforderungen präzise bestimmt werden, dann muss man sich – wie schon mehrfach angeklungen ist – Klarheit darüber verschaffen, **welche Funktionen dieser Tatbestand im Beweisrecht konkret zu erfüllen hat**. Diese Frage ist in den bisherigen Stellungnahmen meines Erachtens noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit gestellt worden, sie lässt sich aber unter Rückgriff auf die vorstehenden Ausführungen folgendermaßen auf den Punkt bringen: Der Tatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO muss – wie jeder andere Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 ZPO – eine Rechtfertigung dafür bieten, dass sämtliche **Ausnahmetatbestände** zur Mitwirkungspflicht (§ 305 ZPO) **neutralisiert** werden; es muss sohin begründet werden, weshalb das in den Ausnahmetatbeständen gegenüber der Wahrheitserforschung überwiegende Interesse (i) am *Schutz der Individualsphäre*, (ii) am *Schutz vor Pflichtenkollisionen* und (iii) am *Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung* zurückzutreten hat. Erst wenn die hinter dieser Vorrangregel stehenden Wertungen freigelegt worden sind, wird es möglich sein, den Gemeinschaftlichkeitstatbestand systemkonform auszulegen.

b. *Schutz der Individualsphäre*

Dass die Gemeinschaftlichkeitstatbestände beim Urkundenbeweis mit dem Schutz der Privatsphäre in Konflikt treten, ist evident. Wie zutreffend betont wird⁷³³, zeigen die Bestimmungen über die Urkundenvorlagepflicht deutlich, dass dem Gesetzgeber die Möglichkeit eines solchen Widerstreits mit der Individualsphäre des Vorlagepflichtigen auch bewusst war und dass er diesen Interessenkonflikt im Falle einer **Gemeinschaftlichkeit** des Beweismittels bewusst im Sinne eines **Vorrangs der Mitwirkungspflicht** entschieden hat⁷³⁴.

731 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 304 ZPO Rz 17.

732 OGH 3 Ob 352/50 in SZ 23/363; *Gitschthaler*, RZ 1984, 4 (5).

733 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (293).

734 So auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 136 bei und in FN 427.

Stellt man nun die Frage, weshalb dieser Vorrang gerade nur bei Gemeinschaftlichkeit (Gegenausnahmen) angenommen wird, im Normalfall (Ausnahmen) aber nicht, können die schon zuvor⁷³⁵ ganz allgemein angestellten Überlegungen den Weg weisen: Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Ausnahmen von der Vorlage-/Mitwirkungspflicht an sich nur den Zweck verfolgen, die Individualsphäre gegenüber dem Gegner zu schützen, weil ein Schutz gegenüber am Verfahren unbeteiligten Dritten grundsätzlich auch auf dem gelinderen (weil der Wahrheitserforschung nicht hinderlichen) Wege des Ausschlusses der Öffentlichkeit erreicht werden kann. Ferner wurde schon herausgearbeitet⁷³⁶, dass es dann keines Schutzes der Individualsphäre mehr bedarf, wenn deren **Beeinträchtigung ohnehin von vornherein ausgeschlossen** ist, weil die vorlage-/mitwirkungspflichtige Partei die **Individualsphäre bereits geöffnet** hat und sich als Geheimnisherr somit des Schutzes selbst begeben hat.

Daran anknüpfend lässt sich zwanglos erklären, weshalb im Verhältnis zum **Verfahrensgegner** ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des Urkundeninhabers jedenfalls ausscheidet, wenn der Tatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO verwirklicht ist: Wurde die Urkunde im Interesse der die Vorlage begehrenden Partei errichtet, bedeutet dies nichts anders, als dass sie von Beginn an dazu bestimmt war, von der Partei verwendet zu werden. Damit ist gemeint, dass es dem Errichter zumindest **erkennbar** (wenn nicht gar bewusst) **war**, dass die Urkunde gerade den **Zweck hat, von jemandem anderen verwendet zu werden und er daher nicht damit rechnen durfte, sie in seiner prozessfreien Individualsphäre behalten zu können**. Muss der Errichter mit dem Bekanntwerden des Urkundeninhalts rechnen, dann hat er die Möglichkeit, darauf bei der Errichtung der Urkunde Rücksicht nehmen, indem er nur solche Urkundeninhalte aufnimmt, deren Bekanntwerden ihn in seiner Individualsphäre nicht beeinträchtigt; macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, ist seine **Individualsphäre nicht schutzwürdig**.

Um diese Schlussfolgerung abzusichern, ist an dieser Stelle kurz etwas auszuholen und auf die hier wesentliche Frage einzugehen, **aus welchen Gründen und in welchem Umfang ein Schutz der Individualsphäre bei Urkunden notwendig** ist. Sehr anschaulich und

735 Oben § 4 II.B.2.b; S 143 ff.

736 Oben S 149 f.

aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang jene Überlegungen, die für den Sonderfall der Verletzung der Individualsphäre durch die (heimliche) *Tonbandaufnahme* eines Gesprächs angestellt wurden⁷³⁷: Die Interessen des Sprechenden würden beeinträchtigt, weil – so wurde gesagt – damit *flüchtige, keineswegs stets wohl überlegte Worte festgehalten* werden; und ferner weil die Gefahr missbräuchlicher Verwendung besteht, indem Teile aus dem Zusammenhang gerissen werden. Teilweise wird sogar ein verfassungsgesetzlich geschütztes *Recht*, »*ins Unreine*« zu sprechen, behauptet; es bestehe ein Selbstbestimmungsrecht des Sprechers, allein darüber zu entscheiden, ob das gesprochene Wort »aufbewahrt« und wem es zugänglich gemacht werden dürfe⁷³⁸. Dass für den österreichischen Rechtsbereich ein Schutz der damit konturierten Interessen des Sprechenden jedenfalls bejaht werden muss, zeigt meines Erachtens der Straftatbestand des Zugänglichmachens und Veröffentlichens von Tonaufnahmen (§ 120 Abs 2 StGB) ganz deutlich: Danach ist strafbar, wer ohne Einverständnis des Sprechenden die Tonaufnahme einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen einem Dritten zugänglich macht oder eine solche Aufnahme veröffentlicht.

All diese Gesichtspunkte lassen sich meines Erachtens ohne weiteres auf die Situation der Errichtung einer *Urkunde* übertragen: Auch hier lässt sich sagen, dass der Urkundenerrichter nicht immer Anlass haben wird, beim Inhalt und bei der Wahl seiner Formulierungen besondere Umsicht an den Tag zu legen; dies gilt bei Urkunden wohl noch viel mehr als bei einer Äußerung in einem mündlichen Gespräch, weil ja eine Urkunde durchaus auch lediglich für den Eigengebrauch errichtet werden kann (zum Beispiel als Erinnerungsnotiz oder rein private Aufzeichnung), also im Gegensatz zum gesprochenen Wort keineswegs immer dazu bestimmt sein muss, an einen vom Errichter/Erklärenden verschiedenen Adressaten zu gelangen. Mit anderen Worten: Ebenso wie einem Gesprächspartner muss daher auch dem Errichter einer Urkunde in gewissem Umfang das **Recht zugebilligt werden**, »*ins Unreine*« zu schreiben bzw **geheime Inhalte festzuhalten, ohne daraus Nachteile fürchten zu müssen**. Die Gefahr von Missverständnissen aus der Ungenauigkeit bzw Flüchtigkeit der Aufzeichnung erscheint völlig nachvollziehbar und wird etwa plastisch von dem im österreichischen

737 *Koziol*, Haftpflichtrecht² II 13.

738 Dazu mit umfangreichen Nachweisen aus dem deutschen Schrifttum *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (295).

Volksmund (vor allem unter Juristen) sehr gebräuchlichen Caveat »Jedes Schriftl ist ein Gift!⁷³⁹« auf den Punkt gebracht.

Würde die Rechtsordnung dieses Recht, ins Unreine zu schreiben und geheime Inhalte festzuhalten, nicht zumindest in gewissem Maße schützen, hätte jedermann bei jeglicher noch so unbedeutenden schriftlichen Aufzeichnung damit zu rechnen, dass Dritte ihre Vorlage verlangen können und sie Gegenstand einer Beweisaufnahme werden wird; in diesem Fall müsste stets darauf Bedacht genommen werden, die Gefahr von Missverständnissen durch akkurate Formulierungen auszuschließen, oder es müsste sogar gänzlich von der Aufzeichnung abgesehen werden. Dies brächte eine **völlig unverhältnismäßige und unzumutbare Belastung des Rechtsverkehrs** mit sich, weshalb eine uneingeschränkte Vorlagepflicht von Urkunden daher keinesfalls als ein gangbarer Weg erscheint. In diesem Lichte ist der **Schutz der Individualsphäre** durch die *Ausnahmetatbestände* für die Urkundenvorlagepflicht meines Erachtens **geradezu zwingend**.

Dieses Recht, ins Unreine zu schreiben und private/geheime Inhalte festzuhalten, **respektiert** die ZPO aber eben **nicht uneingeschränkt**, sondern nur soweit, als keine Gegenausnahmen eingreifen. Eine dieser Gegenausnahmen ist der hier konkret interessierende Gemeinschaftlichkeitstatbestand für Urkunden, die »im Interesse« der die Vorlage begehrenden Partei errichtet wurden (§ 304 Abs 2 Fall 1 ZPO). Auszugehen ist dabei von der sicherlich ganz allgemeinen Lebenserfahrung, dass Aufzeichnungen, die ausschließlich zur eigenen Verwendung erstellt werden, wesentlich formloser und unbedachter erfolgen als solche, die auch Dritten zur Verfügung stehen sollen. Ist dem Errichter nämlich **erkennbar**, dass die Urkunde (auch) **im Interesse eines Dritten, also zum Zweck der Verwendung durch ihn errichtet** wird, dann darf unterstellt werden, dass der Urkundenerrichter die Gefahren »unreiner« Formulierungen bei der Verwendung durch Dritte vorhersieht und es ihm **zuzumuten ist, sich einer »reinen«/ungefährlichen Formulierungsweise zu befleißigen und auf geheime Inhalte zu verzichten**. Letzteres bedeutet freilich nicht, dass es dem Urkundenerrichter völlig unmöglich gemacht wird, geheime Inhalte aufzuzeichnen; nach wie vor steht es ihm ja frei, den geheimen Inhalt in eine Urkunde

739 Diese Redensart dürfte im Übrigen auf ein Distichon aus *Johann Wolfgang von Goethes* *Zahme Xenien* II zurückzuführen sein: »Habt ihr gelogen in Wort und Schrift, andern ist es und euch ein Gift«.

aufzunehmen, die den Gemeinschaftlichkeitstatbestand nicht erfüllt und daher nicht Gegenstand einer unbeschränkten Vorlagepflicht sein kann.

Hat der Urkundenerrichter trotz Erkennbarkeit des Verwendungszwecks nicht davon abgesehen, »unreine« Formulierungen zu verwenden und geheime Inhalte aufzunehmen, spricht nichts dagegen, ihm die Vorlage zur Pflicht zu machen, selbst wenn seine durch die Ausnahmetatbestände geschützte Individualsphäre dadurch berührt ist⁷⁴⁰. Man könnte auch – in Abwandlung eines Gedankens von *Kodek*⁷⁴¹ – davon sprechen, dass sobald jemand mit anderen Kontakt aufnimmt und durch Urkundenerrichtung rechtserhebliche Erklärungen abgibt, die dazu bestimmt sind, von anderen verwendet zu werden, er den *Bereich seiner Privatheit verlässt*, so dass sein *Vertrauen auf die Flüchtigkeit des Wortes bzw seiner Notiz nicht mehr schutzwürdig* ist. Nachdem es dem Urkundenerrichter unter diesen Umständen zuzumuten ist, den besonderen Aufwand auf sich zu nehmen, sich einer »reinen« Formulierungsweise zu bedienen und auf den Inhalt der Urkunde Bedacht zu nehmen, besteht keine Rechtfertigung mehr, seine Aufzeichnung dem Beweisverfahren vorzuenthalten⁷⁴².

Hat man damit die teleologische Stoßrichtung des Gegenausnahmetatbestands nach § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO freigelegt, lassen sich auf dieser Grundlage weitere Schlussfolgerungen für **einzelne Auslegungsfragen** ziehen: Zum einen bestätigen diese teleologischen Überlegungen den schon eingangs aus der Sonderbestimmung des Schiedsrechts (§ 606 Abs 5 ZPO) hergeleiteten Befund⁷⁴³, dass es weitgehend *irrelevant* sein muss, ob die Urkunde im gemeinsamen Interesse des Urkundeninhabers und des die Vorlage begehrenden Beweisführers errichtet wurde; es genügt schon eine Errichtung *bloß im Interesse des Beweisführers*.

740 Der Gedanke, dass es auf die Erkennbarkeit des Verwendungszwecks der Urkunde ankommen muss, wird im Kern auch von *Schumacher*, RdW 2011, 319 (320), herausgestrichen.

741 ÖJZ 2001, 281 (296) in vergleichbarem Zusammenhang (Beweisverwertungsverbot für unrechtmäßige Tonbandaufnahmen).

742 Im Kern findet sich dieser Gedankengang bereits im älteren Schrifttum: So wurde etwa schon im gemeinen Recht die Vorlagepflicht der Handelsbücher davon abhängig gemacht, dass ein besonderes Gesetz oder ein Handelsbrauch bestehen, weil sich dann der Kaufmann *darauf einstellen und durch eine entsprechende Führung seiner Bücher die aus einer Offenlegung drohenden Nachteile vermeiden* konnte (*Mittermaier*, Edition von Urkunden 42).

743 Dazu oben S 183 f mit Nachweisen.

Ebenso wenig ist bedeutsam, zu welchem *konkreten Verwendungszweck* die Urkunde errichtet wurde, ob es also im Speziellen darum ging, ein Beweismittel zu schaffen, oder lediglich darum, – wie es der OGH⁷⁴⁴ formuliert – auf die rechtlichen Beziehungen der Streitparteien einzuwirken oder solche zu sichern. Und schließlich kann es nicht darauf ankommen, ob dem die Vorlage begehrenden Beweisführer, der genaue Inhalt der Urkunde bereits definitiv bekannt ist oder ob er diesen bloß vermutet⁷⁴⁵. Für die unbedingte Vorlagepflicht und den Wegfall des Schutzes der Individualsphäre genügt der Umstand, dass der *Urkundenerrichter damit rechnen musste, dass die Urkunde dazu bestimmt ist, nicht in seiner Individualsphäre zu verbleiben*, so dass schon von Beginn an, *kein schützenswertes Interesse am Recht, ins Unreine zu schreiben bzw geheime Inhalte festzuhalten*, bestanden hat.

Einfach zu lösen ist auf dieser Grundlage auch die Behandlung von Urkunden, die in Erfüllung gesetzlicher Pflichten zur Beweissicherung/-wahrung errichtet wurden, beispielsweise also solcher Urkunden, die auf Grund der **Dokumentationspflicht von Ärzten bzw Krankenanstalten**⁷⁴⁶ errichtet wurden. Fraglos haben derartige Aufzeichnungen im Interesse des Patienten zu erfolgen⁷⁴⁷ (wofür nicht zuletzt die teilweise gesetzlich explizit normierten Einsichtsrechte sprechen⁷⁴⁸). Dem dokumentierenden Arzt ist damit erkennbar, dass diese Urkunden dazu bestimmt sind, dem Informationsbedürfnis des Patienten zu dienen. Es ist ihm daher zuzumuten, dass er bei der Formulierung des Urkundeninhalts darauf bedacht nimmt, Mehrdeutigkeiten (die zu seinem Nachteil ausgelegt werden könnten) zu vermeiden, und dass er davon absieht, geheime Tatsachen, deren Offenbarung nicht gewünscht ist (zum Beispiel Details über eine Behandlungsmethode, die als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu bewerten ist) in die Urkunde aufzunehmen. Musste ihm die Möglichkeit einer Urkunden-

744 Oben S 180 bei und in FN 712 mit Nachweisen.

745 Zu dieser Frage schon oben S 149 f im Rahmen der allgemeinen Überlegungen zum Schutz der Individualsphäre. Siehe dort (sowie auch S 40 FN 149) aber auch zu den Grenzen, die sich aus der von der Rechtsprechung angenommenen Unzulässigkeit des *Ausforschungs- bzw Erkundungsbeweises* ergeben.

746 § 51 ÄrzteG idF BGBl I 2012/50 sowie § 10 Abs 1 Z 2 und 3 KaKuG; dazu näher schon oben oben S 41 f im Zusammenhang mit den vorprozessualen (präparatorischen) materiellrechtlichen Mitwirkungspflichten.

747 Siehe bloß *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 29, und *Neumayr/Resch*, JBl 2012, 627 (630 und 635 f) je mwH.

748 In diesem Sinn *Rechberger*, FS Tomandl 649 (653).

verwendung also schon im Errichtungszeitpunkt bewusst sein, besteht kein Bedarf, seiner Individualsphäre gegenüber der Wahrheitsforschung Schutz zu gewähren. Nichts anderes gilt etwa auch dann, wenn – wie dies in einer jüngeren OGH-Entscheidung⁷⁴⁹ zu beurteilen war – ein Arbeitgeber Aufzeichnungen über Maßnahmen zur Arbeitnehmersicherheit (Kontrollgänge) erstellt hat, weil es gerade Zweck dieser Dokumentationen war, Schutzmaßnahmen zugunsten des Arbeitnehmer zu gewährleisten. Hingegen ist die Abschrift des Tonbandprotokolls einer Hauptversammlung oder Aufsichtsratssitzung nicht im Interesse einzelner Aktionäre oder sonstiger Dritter errichtet worden, sondern dient lediglich der Gesellschaft gewissermaßen als Notiz zum eigenen Gebrauch⁷⁵⁰.

Nach dem Gesagten scheint es ohne weiteres einsichtig, dass das Gesetz dem Urkundenerrichter, dem die Widmung der Urkunde zur Verwendung durch Dritte erkennbar war, den Schutz seiner Individualsphäre versagt. Nicht übergangen werden sollte allerdings die Konstellation, dass die nunmehr auf Vorlage in Anspruch genommene Partei (der **Urkundeninhaber**) eine **vom Errichter verschiedene Person** ist. War der Urkundenzweck zwar dem Errichter, nicht aber dem aktuellen Urkundeninhaber erkennbar, könnte fraglich sein, ob auch unter diesen Umständen gesagt werden kann, dass die Individualsphäre des aktuellen Urkundeninhabers nicht schutzwürdig ist. Der Gesetzeswortlaut differenziert in dieser Hinsicht nicht, sondern knüpft lediglich daran an, dass die Errichtung im Interesse der Partei erfolgte; es scheint also unbeachtlich, ob dies auch dem nunmehrigen Urkundeninhaber erkennbar war. Prima vista liegt darin vielleicht nicht unbedingt eine selbstverständliche Lösung, bei genauerer Überlegung scheint sie aber doch sehr konsequent: Ihr dürfte zum einen der simple Gedanke zugrunde liegen, dass heikle Urkunden im Regelfall in den Händen desjenigen verbleiben, der sie auch errichtet hat. Zum anderen lässt sich ins Treffen führen, dass wohl nur der Urkundenerrichter selbst eines Schutzes im Hinblick darauf bedarf, ins Unreine schreiben zu können und geheime Inhalte festzuhalten. Anderen Personen als dem Urkunden-

749 OGH 8 OBA 4/09k in RdW 2009, 855/829 mit Anm *Gerhartl* = EvBl 2010/1. Kritisch dazu *Kernbichler*, ÖJZ 2010, 43 (45), und *Schumacher*, RdW 2011, 319.

750 *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 (67 mwH); OLG München 7 U 3015/92 in NJW-RR 1993, 745; BGH II ZR 248/92 in NJW 1994, 3094. Siehe auch OGH 2 Ob 512/85 betreffend ein Protokollbuch über Vorstandsbeschlüsse.

errichter drohen nämlich typischerweise keine derart gewichtigen Nachteile aus der »unreinen« Formulierung der Urkunde bzw aus einem geheimen Inhalt⁷⁵¹. Die ZPO dürfte also davon ausgehen, dass die Vorlageverweigerungsgründe zum Schutz der Individualsphäre (Ausnahmen nach § 305 ZPO) ohnehin *nur dem Schutz des Urkundenerrichters* selbst dienen; daraus wiederum folgt, dass auch die unbedingte Vorlagepflicht als Gegenausnahme (§ 304 ZPO) nur die Individualsphäre des Urkundenerrichters selbst tangiert. In diesem Licht scheint es daher gerechtfertigt, dass allein darauf abgestellt wird, ob dem *Errichter* angesichts der Zweckwidmung erkennbar war, dass diese Urkunde der Verwendung durch eine weitere, von ihm verschiedene Person dienen soll und es ihm daher zuzumuten war, Missverständnissen aus »unreinen« Formulierungen vorzubeugen und geheime Inhalte auszuklammern. Der insofern nicht differenzierende Wortlaut führt daher meines Erachtens zu sachgerechten Ergebnissen.

In Betracht zu ziehen ist schließlich auch noch die Sonderkonstellation, dass die Urkunde **über Auftrag des nunmehrigen Urkundeninhabers errichtet wurde, ohne dass deren Inhalt im voraus bekannt sein konnte**. Zu denken ist hier insbesondere an die Fälle der *Erstellung von Sachverständigengutachten*. Der OGH⁷⁵² hatte die Vorlagepflicht in einem Fall zu beurteilen, in dem ein Verpächter zur Bemessung des Investitionersatzanspruchs des Pächters ein Sachverständigengutachten erstellen ließ, und bejahte sie unter dem Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO. Dies muss im Lichte des hier herausgearbeiteten Gesetzeszwecks einigermaßen überraschen, weil ja in dieser Situation der Verpächter/Urkundeninhaber nicht unbedingt damit zu rechnen brauchte, dass diese Urkunde auch zur Verwendung durch den Pächter bestimmt sein soll. Dennoch erscheint die Bejahung der Vorlagepflicht durch den OGH im konkreten Fall zutreffend, weil sich der Sachverhalt zudem dadurch auszeichnet hat, dass der in der Folge die Vorlage begehrende Pächter selbst an der Befundaufnahme mitgewirkt und so einen entscheidenden Beitrag zum Zustandekommen des Gutachtens geleistet hat; zudem bezog sich das Vorlagebegehren in diesem Fall nur auf den die Befundaufnahme enthaltenden Teil

751 Dies deswegen, weil die Offenbarung eines Geheimnisses von einer anderen Person als der davon betroffenen, sozusagen nicht authentisch und daher regelmäßig weit weniger gravierend ist.

752 4 Ob 519/94 in NZ 1995, 103.

des Sachverständigengutachtens. Ausgehend vom Sachverhalt wäre es meines Erachtens jedoch sicherer gewesen, diese Situation dem – sogleich näher zu besprechenden – § 304 Abs 2 Fall 2 ZPO zu unterstellen: Denn hier war möglicherweise nicht unbedingt erkennbar, dass die Urkunde der Verwendung durch den nunmehrigen Beweisführer (Pächter) dienen soll; sehr wohl wird man aber sagen können, dass sich der Inhalt der Urkunde auf ein *gegenseitiges Rechtsverhältnis* des Beweisführers (Pächters) bezogen hat, so dass aus diesem Grund die Vorlagepflicht zu bejahen gewesen wäre. Hingegen war in einem ähnlichen Fall⁷⁵³ ein Beweissicherungsbefund, der vom in der Folge beklagten Bauherrn in Auftrag gegeben worden war, sehr wohl im Interesse des nun die Vorlage begehrenden Klägers errichtet worden, weil der Befund gerade dazu diente, dem Kläger Ansprüche aus der Bauherrnhaftpflichtversicherung zu sichern.

Resümierend erweist sich für die **teleologische Deutung** der Gegen Ausnahme des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO also der folgende Gedanke als zentral: Der Schutz der Individualsphäre durch die Vorlageverweigerungsgründe (Ausnahmetatbestände) kann immer dann entfallen, wenn angesichts der Zweckwidmung **bei Errichtung der Urkunde damit zu rechnen war, dass die Urkunde von der nun die Vorlage begehrenden Partei verwendet werden wird und es dem Errichter daher zuzumuten war, bei der Formulierung des Urkundeninhalts darauf Bedacht zu nehmen und davon abzusehen, geheime Inhalte darin festzuhalten.**

c. *Schutz vor Pflichtenkonflikt*

Neben dem Schutz der Individualsphäre verfolgen die Ausnahmen von der Vorlagepflicht (§ 305 ZPO) – wie schon mehrfach erwähnt wurde⁷⁵⁴ – auch einen Schutz des Vorlagepflichtigen vor Pflichtenkollisionen, und zwar sowohl solchen, die sich aus der Beachtung von Pflichten im Rechtssinn ergeben, als auch solchen, die aus sittlichen Pflichten resultieren. Die Kollision zwischen dem Prozesszweck der Wahrheitsermittlung einerseits und widerstreitenden Pflichten der zur Mitwirkung verpflichteten Partei andererseits ist im Gegensatz zum eben zuvor erörterten Konflikt mit der Individualsphäre jedoch bislang – soweit ersichtlich – nicht näher diskutiert worden. Zwar ist die Vermeidung von

753 OGH 2 Ob 267/04k in JBl 2005, 392 = NZ 2006/39.

754 Oben § 4 II.B.3; S 151 ff und S 173 f.

Pflichtenkonflikten als Hindernis im Beweisverfahren im Allgemeinen durchaus anerkannt⁷⁵⁵, doch dürfte dieser teleologischen Stoßrichtung speziell im Hinblick auf die Vorlageverweigerungsgründe noch zu wenig Beachtung geschenkt worden sein, so dass die einschlägigen Tatbestände bislang nicht in einer eigenständigen Fallgruppe zusammengefasst wurden. Bei näherer Betrachtung sollte jedoch nicht zu leugnen sein, dass gleich mehrere Ausnahmetatbestände nach § 305 ZPO eben gerade auf dem Gedanken beruhen, die Partei infolge eines Pflichtenkonflikts von der Mitwirkung zu entbinden⁷⁵⁶.

Wie die Rechtsordnung im Grundsätzlichen mit einem Pflichtenkonflikt umgeht, wurde schon dargelegt⁷⁵⁷: Situationen, in denen für ein Rechtssubjekt keine rechtmäßige Handlungsalternative besteht, sind prinzipiell nicht anzunehmen; gleichzeitig aber darf nicht übersehen werden, dass Pflichtenkonflikte jedenfalls dann als völlig unbedenklich einzustufen sind, wenn der Pflichtadressat den **Pflichtenkonflikt durch die privatautonome Begründung der widerstreitenden Verpflichtungen selbst herbeigeführt** hat, dieser also **nicht von der Rechtsordnung unausweichlich vorgegeben** war. Denn hier war die dem Rechtssubjekt von der Rechtsordnung (zwingend) einzuräumende Möglichkeit einer rechtmäßigen Handlungsalternative ja zweifellos gegeben, zumal das Rechtssubjekt die Möglichkeit hatte, die Übernahme einer der beiden Pflichten abzulehnen und so dem Pflichtenkonflikt aus dem Weg zu gehen.

Diese ganz grundsätzlichen Überlegungen helfen nun auch, die Vorlageverweigerungsgründe zum Schutz vor einem Pflichtenkonflikt und die Gegen Ausnahme der Gemeinschaftlichkeit infolge Urkundenerrichtung im Interesse richtig zu deuten. Der Knackpunkt liegt wiederum auf der Frage, warum es der konkrete Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO zu rechtfertigen vermag, dass die Ausnahmetatbestände (Vorlageverweigerungsgründe) neutralisiert werden, so dass der Prozesszweck der Wahrheitsermittlung und sein Instrument, nämlich die Vorlage-/Mitwirkungspflicht, prävalieren. Dieser Vorrang wird meines Erachtens damit zu erklären sein, dass bei

755 So wird im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten sehr wohl herausgestrichen, dass diese den Zweck verfolgen können, Pflichtenkonflikte zu vermeiden; siehe etwa *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (289).

756 Vgl näher zu den betreffenden Tatbeständen im Einzelnen schon oben § 4 II.B.3; S 151 ff und S 173 f.

757 Oben S 152 f mwH.

Errichtung im Interesse der die Vorlage begehrenden Partei für den Urkundenerrichter von Beginn an **vorhersehbar** war, dass diesem gemäß der Zweckbestimmung der Urkunde ein **Recht auf Verwendung der Urkunde** zukommen kann. Hat der Urkundeninhaber nun aber seiner daraus resultierenden prozessualen Verpflichtung entgegenstehende Pflichten übernommen, so **musste er auch mit einem allenfalls auftretenden Pflichtenkonflikt rechnen**⁷⁵⁸. Es besteht somit – an die allgemeinen Überlegungen zur Behandlung von Pflichtenkollisionen anknüpfend (oben S 132 f) – kein Bedarf mehr, ihn von der einen Verpflichtung (Vorlage) zu entbinden. Damit erweist sich die Neutralisierung der Vorlageverweigerungsgründe zum Schutz vor einem Pflichtenkonflikt bei Gemeinschaftlichkeit im Sinne des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO ohne weiteres als sachlich gerechtfertigt.

Es soll nicht übersehen werden, dass auch hier Situationen denkbar sind, in denen der nunmehrige **Urkundeninhaber**, der im Prozess auf Vorlage in Anspruch genommen wird, eine **vom Urkundenerrichter verschiedene Person** ist. Wenn somit der nun vorlagepflichtige Urkundeninhaber nicht an der Urkundenerrichtung beteiligt gewesen sein muss, ist es auch keineswegs zwingend, dass er von der Zweckwidmung der Urkunde tatsächlich Kenntnis haben konnte; er hätte dann auch nicht unbedingt damit rechnen müssen, dass es zu einem Pflichtenkonflikt kommen kann, weshalb in dieser Konstellation die unbedingte Vorlagepflicht *prima vista* nicht durch die vorstehende Argumentation gerechtfertigt erscheint. Da nun aber der Gesetzeswortlaut nicht differenziert und die Vorlagepflicht jedenfalls eingreifen lässt, könnte die Überzeugungskraft dieses Gedankengangs zweifelhaft erscheinen. Letztlich wird meines Erachtens jedoch auch in solchen Situationen die unbedingte Vorlagepflicht auf die Vorhersehbarkeit des Pflichtenkonflikts zurückführen sein: Man wird nämlich wohl sagen können, dass ein Urkundeninhaber, der an der Errichtung unbeteiligt war, typischerweise keine Gewissheit über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Zweckwidmung der Urkunde zur Verwendung durch

758 Konkret musste ihm die Gefahr eines drohenden Pflichtenkonflikts jeweils in dem Zeitpunkt erkennbar sein, in dem er die zweite Pflicht übernommen hat: Also entweder im Zeitpunkt der Urkundenerrichtung, wenn zufolge der Zweckwidmung der Urkunde die Pflicht übernommen wurde, diese Urkunde der Partei zur Verwendung zur Verfügung zu stellen, oder, wenn die Urkundenerrichtung zeitlich vorgelagert war, in jenem Moment, als er eine Pflicht übernommen hat, die mit seiner prozessualen Vorlagepflicht im Widerstreit treten könnte.

jemanden anderen haben kann, weshalb er *jedenfalls mit dem Auftreten eines Pflichtenkonflikts rechnen muss*. Es erscheint also auch in solchen Situationen (wenn der vorlagepflichtige Urkundeninhaber an der Urkundenerrichtung unbeteiligt war) legitim, dass das Gesetz eine unbedingte Vorlagepflicht statuiert und auf den damit möglicherweise beim vorlagepflichtigen Urkundeninhaber ausgelösten Pflichtenkonflikt keine Rücksicht nimmt.

d. Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung

Die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde nach § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO bewirkt ferner, dass sich der Urkundeninhaber nicht mehr auf den Vorlageverweigerungsgrund der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung (§ 305 Z 3 ZPO) berufen kann. Es überrascht ein wenig, dass sich weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum konkrete Überlegungen dazu finden, weshalb dieser – an sich verfassungsrechtlich abgesicherte⁷⁵⁹ – Schutz der Partei bei Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde nicht mehr eingreifen soll. In der Tat fällt es nicht leicht, eine Rechtfertigung dafür zu finden.

Ein Ansatzpunkt könnte darin liegen, dass man die **neutralisierende Wirkung** der Gemeinschaftlichkeit auf den Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung **relativiert**. Zu erinnern ist hier nämlich daran, dass die Vorlagepflicht – selbst wenn sie infolge Gemeinschaftlichkeit eine unbedingte ist – niemals zwangsweise durchgesetzt werden kann⁷⁶⁰. Wengleich also die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung keinen Vorlageverweigerungsgrund darstellt, so wird der Schutz davor dennoch **nie gänzlich fallen gelassen**. Ist nämlich die Erfüllung der Vorlagepflicht *nicht gegen den Willen des Urkundeninhabers erzwingbar*, droht im Fall der Nichtentsprechung »lediglich« die Sanktion einer negativen Würdigung dieses (passiven) Verhaltens durch das Gericht (§ 307 Abs 2 ZPO). Auch darin liegt – wie in anderem Zusammenhang zutreffend betont wurde⁷⁶¹ – ein Schutzmechanismus zugunsten der an sich mitwirkungspflichtigen Partei: Es bleibt ihr überlassen, zu entscheiden, ob

759 Siehe oben S 132 mit Nachweisen.

760 Siehe schon oben S 40 bei und in FN 151 mwH.

761 Nämlich im Hinblick auf den Schutz der Individualsphäre: *Gottwald*, BB 1979, 1780 (1783); siehe auch oben S 141.

sie bereit ist, die Abwendung der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung mit dem (drohenden) Prozessverlust zu bezahlen.

Doch selbst wenn man somit annimmt, dass die ZPO den Schutz des vorlagepflichtigen Urkundeninhabers vor strafgerichtlicher Verfolgung infolge einer Gemeinschaftlichkeit nicht völlig aufgibt, bleiben an diesen Tatbestand dennoch gravierende Nachteile für den Urkundeninhaber geknüpft. Denn während er im Normalfall ohne weiteres durch den Vorlageverweigerungsgrund (§ 305 Z 3 ZPO) in den Genuss dieses Schutzes kommt, hat er, wenn Gemeinschaftlichkeit der Urkunde gegeben ist, für diesen Schutz zu bezahlen, indem er eine negative Würdigung seines Prozessverhaltens und damit den Prozessverlust riskiert. Damit erübrigt sich die Frage nach der Rechtfertigung der negativen Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit also keineswegs, sie ist genau genommen nur etwas anders zu formulieren: Es ist nicht zu beantworten, warum die Gemeinschaftlichkeit den Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung beseitigt, sondern es ist zu begründen, weshalb die **Gemeinschaftlichkeit diesen Schutz verteuert**.

Wechselt man demnach den Fokus bei der Suche nach dem Rechtfertigungsgrund für die nachteiligen Wirkungen des Gemeinschaftlichkeitstatbestandes, wird dadurch die Beantwortung freilich um nichts leichter. Auch dafür, dass sich der Schutz des Urkundeninhabers infolge der Gemeinschaftlichkeit »nur« verteuert, scheint eine überzeugende Rechtfertigung kaum greifbar. Meines Erachtens ist daher fraglich, ob diese gravierende Rechtsfolge überhaupt legitimiert werden kann; es schiene dann eine **teleologische Reduktion** des § 304 ZPO in der Tat **erwägenswert**, wonach die unbedingte Vorlagepflicht den Vorlageverweigerungsgrund des § 305 Z 3 ZPO nicht ausschaltet. Für eine eingehende Klärung bedürfte es allerdings einer gesonderten und vor allem auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grundrechte vertieften Prüfung, von der im Rahmen dieser Arbeit jedoch abgesehen werden muss.

Will man die unbedingte Vorlagepflicht infolge Gemeinschaftlichkeit nach § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO bei Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung trotz der geschilderten Bedenken bejahen, dann sollte zumindest eine Entschärfung der dadurch ausgelösten Konsequenzen gesucht werden. Eine solche könnte darin liegen, dass bezüglich der aus der Vorlage gewonnenen Erkenntnisse für das Strafverfahren ein **Verwertungsverbot** angenommen wird. Gleiches wird bereits explizit für die Mitwirkungspflicht des Schuldners im Insolvenzverfahren (§ 99 IO)

gefordert⁷⁶² und ist im deutschem Insolvenzrecht sogar ausdrücklich positiviert (§ 97 Abs 1 InsO). Das Strafgericht hätte dann so zu verfahren, als wäre das unverwertbare Beweismittel nicht existent⁷⁶³. Bei Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung ergäbe sich bei dieser Sichtweise für die mitwirkungspflichtige Partei aus der Gemeinschaftlichkeit also lediglich die nachteilige Konsequenz, dass sie sich nicht mehr auf den Vorlageverweigerungsgrund des § 305 Z 3 ZPO berufen kann und im Fall der Nichtvorlage eine negative Würdigung riskiert; legt die Partei aber vor, dann bleibt ihr der Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung zumindest mittelbar erhalten.

3. Bekundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses

a. *Allgemeines*

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde ferner für Personen, »deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin bekundet sind« (§ 304 Abs 2 Fall 2 ZPO). Der historische Urahn dieser Bestimmung ist im gemeinrechtlichen Tatbestand der Gemeinschaftlichkeit *ratione materiae* zu sehen, von dem jene Fälle erfasst waren, in denen sich die Urkunde auf ein mehreren Personen zustehendes Recht bezieht⁷⁶⁴. Heute wird dazu betont, dass es hier – im Gegensatz zu Fall 1 – nicht auf den Errichtungszweck der Urkunde, sondern auf deren **Inhalt** ankommt⁷⁶⁵. Diese Auffassung steht also völlig im Einklang mit dem Wortlaut des Abs 1 Z 3, wonach die Vorlagepflicht voraussetzt, dass die Urkunde »ihrem Inhalte nach« eine gemeinschaftliche ist.

Eine gewisse Friktion zum Gesetzeswortlaut tut sich allerdings auf, wenn betont wird, die Urkunde müsse ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand haben, das zwischen dem Beweisführer, der die Vorlage der Urkunde begehrt, und *einem anderen* besteht; nicht notwendig soll es

762 *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 99 KO Rz 16 mwH. Weitere Hinweise, insbesondere aus dem Unionsrecht oben S 136 FN 564.

763 *Kirchbacher* in Fuchs/Ratz, WK-StPO § 246 Rz 56 mwH.

764 Dazu näher oben S 63 mit Hinweisen.

765 OGH 5 Ob 225/08m in MietSlg 61.646, betreffend das Protokollbuch über Vollversammlungen eines Verbandes (zum Spannungsverhältnis dieser die Vorlagepflicht in casu behandelnden Entscheidung mit der früheren Rechtsprechung *Koller/Riss*, RdW 2013, 62 [68]). Ferner *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (200). Ebenso zum Paralleltatbestand des § 810 Fall 2 BGB *Marburger* in Staudinger, BGB (2009) § 810 Rz 14; *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 57.

demnach also sein, dass auch der vorlagepflichtige Prozessgegner/Urkundeninhaber an diesem Rechtsverhältnis beteiligt ist⁷⁶⁶. Auch hier (im Zusammenhang mit § 304 Abs 2 *Fall 2* ZPO) ist daran zu erinnern⁷⁶⁷, dass der Wortlaut des Abs 1 Z 3 recht deutliche Anforderungen aufstellt; denn danach hängt die Vorlagepflicht ja explizit davon ab, dass die Urkunde »eine **beiden Parteien gemeinschaftliche**« ist.

Ferner soll es irrelevant sein, ob die Urkunde von den Parteien selbst, einem Dritten oder etwa auch von einer Behörde errichtet worden ist⁷⁶⁸. Ebenso wenig wird es als entscheidend angesehen, ob der Urkundeninhalt ein gegenseitiges Rechtsverhältnis erzeugt oder beurkundet; es genüge vielmehr, dass die Urkunde eine rechtliche Feststellung bezweckt⁷⁶⁹ und der beurkundete Vorgang zu dem fraglichen Rechtsverhältnis in unmittelbarer rechtlicher Beziehung steht; die Urkunde **müsse** nur eine objektive und unmittelbare Beziehung zu dem Rechtsverhältnis aufweisen, an dem der die Vorlage Begehrende beteiligt ist⁷⁷⁰.

Wiederum lassen sich die damit angesprochenen Auslegungsfragen erst überzeugend lösen, nachdem man Klarheit über Zweck und Funktionsweise dieses Gemeinschaftlichkeitstatbestands gewonnen hat. Es ist also auch hier die Frage zu stellen, welche ratio dahinter steht, dass eine Urkunde im Sinne des § 304 Abs 2 *Fall 2* ZPO den normalerweise in den Ausnahmetatbeständen nach § 305 ZPO aufgestellten Schutz (a) der Individualsphäre, (b) vor einem Pflichtenkonflikt und (c) vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung entfallen lässt.

766 *Kodek* in Fasching/Konecny, *Zivilprozeßgesetze*² § 304 ZPO Rz 22; OGH 5 Ob 225/08m in *MietSlg* 61.646. Selbiges Ergebnis wird für den Paralleltatbestand des § 810 Fall 2 BGB vertreten (*Marburger* in Staudinger, BGB [2009] § 810 Rz 14; *Habersack* in *MünchKomm-BGB*⁶ § 810 Rz 7), doch erscheint dies wenig aussagekräftig, weil – wie *Schumacher* (ÖBA 2007, 197 [201]) zurecht einmahnt – der Wortlaut des § 810 BGB in diesem Punkt erheblich von § 304 Abs 2 *Fall 2* ZPO abweicht; dazu siehe sogleich auch im Text. Anders (also für das Erfordernis, dass beide Streitparteien am Rechtsverhältnis beteiligt sind) aber *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (201), und auch schon das ältere Schrifttum: *Blattner*, *Edition gemeinschaftlicher Urkunden* 48, und *Goldschmidt*, *ZHR* 29, 341 (391 ff).

767 Zum Gemeinschaftlichkeitstatbestand des Abs 2 *Fall 1* siehe schon oben S 182 ff.

768 LGZ Wien in *EvBl* 1949/321; *Gitschthaler*, *RZ* 1984, 4 (5).

769 OGH 2 Ob 317/65 in *SZ* 38/218 (Faktura als bloße Mitteilung eines Preises); *Gitschthaler*, *RZ* 1984, 4 (5).

770 *Kodek* in Fasching/Konecny, *Zivilprozeßgesetze*² § 304 ZPO Rz 22; OGH 2 Ob 151/97p in *ZVR* 1999/122 = *VersE* 1772; 9 Ob A 153/88 in *SZ* 61/208; 2 Ob 512/85. Ebenso für die deutsche Rechtslage *Habersack* in *MünchKomm-BGB*⁶ § 810 Rz 7.

b. Schutz der Individualsphäre

Es wurde schon zum Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 *Fall 1* ZPO (Errichtung im Interesse) dargelegt⁷⁷¹, dass ein Schutz der Individualsphäre in Durchbrechung der allgemeinen Urkundenvorlagepflicht deswegen in gewissem Umfang erforderlich ist, weil es andernfalls (also bei uneingeschränkter Vorlagepflicht) zu einer unzumutbaren Belastung des geschäftlichen Verkehrs käme: Bei jeglicher Art von Aufzeichnung müsste auf unmissverständliche Formulierungen geachtet werden, um für den Fall der Vorlage Nachteile auszuschließen (»Recht, ins Unreine zu schreiben«); ferner müsste von der Aufzeichnung geheimer Tatsachen völlig abgesehen werden, wenn deren Offenbarung nicht riskiert werden soll. Beim Gemeinschaftlichkeitstatbestand nach *Fall 1* erwies sich der Schutz der Individualsphäre daher als verzichtbar, weil der Urkundenerrichter bei einer Errichtung im Interesse der Partei von Beginn an damit zu rechnen hat, dass die Urkunde dem nun die Vorlage begehrenden Beweisführer zur Verfügung stehen soll; der Urkundenerrichter konnte daher bei der Errichtung darauf bedacht nehmen, unreine Formulierungen zu vermeiden und geheime Tatsachen, deren Offenbarung er nicht riskieren will, aus dem Urkundeninhalt auszuklammern. Ein Eindringen in seine Individualsphäre durch die unbedingte Vorlagepflicht bewertet der Gesetzgeber daher als unbedenklich.

Im Wesentlichen dieselben Überlegungen greifen auch beim Gemeinschaftlichkeitstatbestand nach § 304 Abs 2 *Fall 2* ZPO ein. Nachdem hier ein **gegenseitiges Rechtsverhältnis** beurkundet ist, wird man sogar nicht nur sagen können, dass der Urkundenerrichter damit rechnen musste, dass der geheime bzw »unrein« formulierte Urkundeninhalt einmal publik werden könnte, sondern es finden sich in der Urkunde schon von vornherein gar **keine gegenüber dem die Vorlage begehrenden Beweisführer geheimen Tatsachen**: Da das darin beurkundete Rechtsverhältnis ja gerade auch ihn betrifft, wird er von den in der Urkunde festgehaltenen Tatsachen **ohnehin Kenntnis** haben. Schon im Rahmen der allgemeinen Überlegungen zum Schutz der Individualsphäre⁷⁷² ist ja klar geworden, dass die Individualsphäre keinesfalls dann zu einer Beseitigung der Mitwirkungspflicht führt, wenn

771 Oben § 4 III.B.2.b; S 185 ff.

772 Oben S 149 f mWH.

durch die Mitwirkung *lediglich Tatsachen offenbart würden, die dem Beweisführer ohnehin (bereits) bekannt sind*, zumal in diesem Fall keine Gefahr mehr drohen kann, dass der Beweisführer Einblick in eine ihm bislang verschlossene Individualsphäre bekommt. In einer solchen Situation könnte die Aufhebung der Vorlagepflicht den Urkundeninhaber lediglich davor schützen, den Beweisführer beim Beweis hinsichtlich einer ihm ohnehin schon bekannten Tatsache unterstützen zu müssen; ein solcher Schutz wird der Partei im österreichischen Zivilverfahrensrecht jedoch nicht zugestanden, weil – soweit es bloß um vermögensrechtliche Nachteile (Prozessverlust) geht – das *nemo tenetur-Prinzip* nicht greift⁷⁷³. Vor diesem Hintergrund erscheint es vertretbar, wenn etwa für Aktenvermerke, die eine mündliche Vereinbarung mit dem die Urkundenvorlage begehrenden Beweisführer bekunden, eine unbedingte Vorlagepflicht grundsätzlich bejaht wird⁷⁷⁴.

Einzuräumen ist allerdings, dass Situationen, in denen die Urkunde zwar ein Rechtsverhältnis des Beweisführers betrifft, er von den darin beurkundete Tatsachen aber **noch keine Kenntnis** hat und daher sehr wohl Einblick in eine fremde Individualsphäre erhalten würde, nicht völlig auszuschließen sind. Derartiges ist etwa denkbar, wenn ein Teil eines Vertragsverhältnisses ein Gutachten in Auftrag gegeben hat, das der Klärung strittiger Fragen aus dem gegenseitigen Rechtsverhältnis dienen soll. Eine derartige Konstellation hatte der OGH in der schon oben besprochenen Entscheidung⁷⁷⁵ zu beurteilen: Das Höchstgericht gab dem Begehren eines Pächters auf Vorlage eines Sachverständigen-gutachtens statt, das der Verpächter zur Bewertung der vom Pächter vorgenommenen Investitionen in Auftrag gegeben hatte. In der Tat wird man sagen können, dass der in diesem Gutachten beurkundete Vorgang »zu dem gegenseitigen Rechtsverhältnis in unmittelbarer rechtlicher Beziehung« steht und daher eine unbedingte Vorlagepflicht

773 Oben § 4 II.B.1; S 131 ff.

774 Schumacher, ÖBA 2007, 197 (201), der dies in der Folge (aaO 202) allerdings dahingehend einschränkt, dass Aktenvermerke über Telefonate oder Besprechungen mit der Partei doch *nicht* unbedingt vorzulegen sein sollen, wenn die Urkunde bloß der internen Dokumentation dienen sollte. Diese Einschränkung Schumachers könnte meines Erachtens jedoch fraglich erscheinen, zumal ja beim Gemeinschaftlichkeitstatbestand der Bekundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses eben gerade *nicht auf den Errichtungszweck der Urkunde abzustellen* ist, sondern allein auf deren Inhalt (vgl oben S 198 bei und in FN 765).

775 OGH 4 Ob 519/94 in NZ 1995, 103; dazu schon S 192 f bei FN 752.

nach § 304 Abs 2 Fall 2 ZPO auslösen sollte⁷⁷⁶. Dennoch verspürt man wohl gewisse Vorbehalte gegen eine Vorlagepflicht des Verpächters in einer solchen Situation, weil damit dem die Vorlage begehrenden Pächter Tatsachen offenbar würden, von denen er bislang keine Kenntnis hatte, nämlich die aktuelle und objektive Bewertung der strittigen Investitionen. Die sachgerechte Lösung dürfte – wie meist – mithilfe einer differenzierenden Betrachtungsweise zu finden sein: Im konkreten Sachverhalt bezog sich das Begehren des Beweisführers lediglich auf den die *Befundaufnahme* enthaltenden Teil des Gutachtens und somit also nur auf jenen Teil der Urkunde, der bloß solche Tatsachen beurkundet hat, die dem Beweisführer schon bekannt waren bzw zumindest ohne weiteres aus eigener Wahrnehmung bekannt sein konnten. Diesbezüglich scheint die Vorlagepflicht im Lichte der vorstehenden Überlegungen zur ratio des Gemeinschaftlichkeitstatbestands des Fall 2 gerechtfertigt und die Entscheidung des OGH daher zutreffend.

Deutlich wird an diesem Fall aber, dass der im Schrifttum und in der Rechtsprechung gebräuchliche Rechtssatz⁷⁷⁷ zur Auslegung dieses Gemeinschaftlichkeitstatbestandes einer **Einschränkung** bedarf: Es sollte nicht schon allein der Umstand ausreichen, dass der beurkundete Vorgang zu dem fraglichen Rechtsverhältnis in unmittelbarer rechtlicher Beziehung steht bzw dass die Urkunde eine objektive und unmittelbare Beziehung zu dem Rechtsverhältnis aufweist; zudem ist zu fordern, dass die Urkunde **nur solche Tatsachen oder Vorgänge beurkundet, die dem die Vorlage begehrenden Beweisführer ohnehin bekannt sind oder von ihm infolge seiner Beteiligung am fraglichen Rechtsverhältnis ohne weiteres in Erfahrung gebracht werden können.**

Angesichts dieser teleologischen Analyse lässt sich nun auch eine fundierte Antwort darauf geben, ob es genügt, dass das beurkundete **gegenseitige Rechtsverhältnis** zwischen dem Beweisführer, der die Vorlage der Urkunde begehrt, und *irgendeinem anderen* besteht, oder ob zu fordern ist, dass auch der vorlagepflichtige **Prozessgegner/Urkundeninhaber daran beteiligt** ist. Wie sich herausgestellt hat, beruht der Entfall des Schutzes der Individualsphäre darauf, dass die beurkundeten Tatsachen dem die Vorlage begehrenden Beweisführer oh-

776 Der OGH berief sich in der konkreten Entscheidung (FN 775) allerdings auf den Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 *Fall 1* ZPO (Errichtung im Interesse), was bereits oben (§ 193) in Frage gestellt worden ist.

777 Oben S 199 bei und in FN 769 f mit Nachweisen.

nehin bekannt sind oder von ihm ohne weiteres ausgeforscht werden können; hiefür spielt es keine Rolle, ob an dem gegenseitigen Rechtsverhältnis auch der vorlagepflichtige Prozessgegner beteiligt ist. Der Gesetzeswortlaut des Abs 1 Z 3, der fordert, dass die Urkunde »**beiden Parteien gemeinschaftlich**« ist, erscheint in diesem Licht **zu eng** und ist daher meines Erachtens – dem Standpunkt der herrschenden Auffassung⁷⁷⁸ folgend – korrigierend auszulegen.

c. *Schutz vor Pflichtenkonflikt*

Die Ausnahmen von der Vorlagepflicht (§ 305 ZPO) bezwecken – wie schon erwähnt⁷⁷⁹ – auch den Schutz des Vorlagepflichtigen vor einem Pflichtenkonflikt. Zwar darf der Rechtsordnung grundsätzlich nicht unterstellt werden, dass sie Situationen schafft, in der für ein Rechtssubjekt keine rechtmäßige Handlungsalternative besteht. Sofern sich der Pflichtenkonflikt jedoch daraus ergibt, dass der Pflichtadressat die widerstreitenden Verpflichtungen durch privatautonome Begründung selbst herbeigeführt hat, ist die Annahme des Pflichtenkonflikts unbedenklich; es bedarf hier keiner »automatisch« eingreifenden Aufhebung einer der beiden widerstreitenden Pflichten⁷⁸⁰. Die **Vorlageverweigerungsgründe** (Ausnahmen) gewähren unter bestimmten Umständen jedoch einen solchen **Dispens von der widerstreitenden Mitwirkungspflicht**. Es stellt sich nun wiederum die Frage, warum dem Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 Fall 2 ZPO (Gegenausnahme) die Wirkung zukommt, dass der mit den Ausnahme-tatbeständen gewährte Schutz vor einem Pflichtenkonflikt neutralisiert wird.

Die Rechtfertigung für den Vorrang der Mitwirkungspflicht gegenüber der widerstreitenden Handlungspflicht ist meines Erachtens dann leicht zu begründen, wenn der Urkundeninhalt nur solche Tatsachen oder Vorgänge beurkundet, die der Partei ohnehin **schon bekannt sind**. In diesen Situationen handelt es sich beim Urkundeninhalt um **keine geheimen Tatsachen**, so dass die der Vorlage widerstreitende Pflicht

778 Nachweise oben S 198 f FN 766.

779 Oben § 4 II.B.3; S 151 ff und S 174 f. Ferner siehe auch die Ausführungen oben zum Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO oben § 4 III.B.2.c; S 193 ff.

780 Oben S 152 f mWH.

des Urkundeninhabers ohnehin nicht mehr verletzt werden kann und ein Pflichtenkonflikt daher schon per se ausgeschlossen ist.

Fraglich ist nun wiederum, was gelten soll, wenn die Urkundenvorlage Tatsachen offenbaren würde, welche dem Beweisführer noch nicht konkret bekannt sind, sondern von ihm bloß **vermutet** werden⁷⁸¹. Hier scheint eine Mitwirkungspflicht, die vom Urkundeninhaber die Verletzung einer widerstreitenden Handlungspflicht fordern würde, nicht in jedem Fall gerechtfertigt. Nur dann, wenn die beurkundeten Tatsachen vom Beweisführer infolge seiner Beteiligung am gegenseitigen Rechtsverhältnis ohne weiteres selbst **in Erfahrung gebracht werden können**, kann der Pflichtenkonflikt der Vorlagepflicht des Urkundeninhabers nicht im Wege stehen: In diesem Fall handelt es sich bei den betreffenden Tatsachen zwar noch um Geheimnisse und es kann daher auch eine der Vorlage widerstreitende Geheimhaltungspflicht des Urkundeninhabers eingreifen. Allerdings würde deren Verletzung in der Regel *keine Schadenersatzpflicht* auslösen, weil sich der zur Geheimhaltung verpflichtete Urkundeneigentümer auf *rechtmäßiges Alternativverhalten* berufen könnte⁷⁸². Droht somit aber *keine Gefahr einer schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit* aus der Verletzung der mit der Vorlagepflicht in Widerstreit stehenden Pflicht des Urkundeninhabers, dann besteht auch kein Bedarf, den Urkundeninhaber wegen eines Pflichtenkonflikts von der Vorlagepflicht freizustellen. Dies gilt umso mehr, wenn der Vorlage keine Rechtspflicht sondern bloß eine *sittliche Pflicht* (Ehrenpflicht, Angelegenheiten des Familienlebens)⁷⁸³ im Weg stehen würde; hier stellt sich zwar nicht die Frage der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit, doch wird man auch die Verletzung einer sittlichen Pflicht nicht mehr als nachteilig anzusehen haben, wenn der schädigende Erfolg (Offenbarung) bei Beachtung der sittlichen Pflicht des Pflichtadressaten (= des Urkundeninhabers) ebenfalls eingetreten wäre.

Hat man Teleologie und Wirkungsweise des Gemeinschaftlichkeitsatbestands nach § 304 Abs 2 Fall 2 ZPO somit konkret bestimmt, bestätigt sich damit, dass die schon zuvor unter dem Aspekt des Schutzes der Individualsphäre (oben S 202) formulierte Einschränkung geboten

781 Zu den Grenzen, dies sich dabei aus der von manchen vertretenen Unzulässigkeit des Ausforschungs- bzw Erkundungsbeweises ergeben, siehe bereits oben S 150 sowie auch S 40 FN 149 mit Nachweisen.

782 Dazu allgemein siehe nur *Karner* in KBB, ABGB³ § 1295 Rz 14; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁺⁰¹ § 1295 Rz 9 ff; *Kozioł*, Grundfragen Rz 7/22 ff.

783 Siehe dazu näher oben S 173 f.

ist: Gemeinschaftlichkeit infolge der Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses liegt nur dann vor, wenn dem die Vorlage begehrenden Beweisführer die in der Urkunde **beurkundeten Tatsachen oder Vorgänge ohnehin bekannt sind oder von ihm infolge seiner Beteiligung am fraglichen Rechtsverhältnis ohne weiteres in Erfahrung gebracht werden können.**

Nachdem für diesen Gegenausnahmetatbestand allein von Bedeutung ist, dass infolge des gegenseitigen Rechtsverhältnisses die in der Urkunde festgehaltenen Tatsachen dem Beweisführer bekannt oder zumindest für ihn ohne weiteres ausforschbar sind, ergibt sich auch unter diesem Aspekt **kein Bedarf**, dass die **vorlagepflichtige Partei an diesem Rechtsverhältnis beteiligt** ist; der herrschenden Auffassung ist also beizupflichten⁷⁸⁴.

d. Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung

Die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde nach § 304 Abs 2 Fall 2 ZPO führt auch dazu, dass die mitwirkungspflichtige Partei den Vorlageverweigerungsgrund nach § 305 Z 3 ZPO verliert, dass ihr also kein Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung mehr zukommt. Bereits im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftlichkeitstatbestand wegen Urkundenerrichtung im Interesse der Partei (Fall 1)⁷⁸⁵ wurden Bedenken dagegen formuliert, dass die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde eine derartige Wirkung nach sich ziehen soll. Für eine Rechtfertigung dieser gravierenden Rechtsfolge scheinen auch beim hier nun interessierenden Gemeinschaftlichkeitstatbestand keine sachlichen und hinreichenden Gründe erkennbar. Im Einzelnen kann dazu auf die schon zuvor angestellten Überlegungen verwiesen werden.

Will man die unbedingte Vorlagepflicht infolge Gemeinschaftlichkeit bei Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung dennoch bejahen, dann sollten – wofür ebenfalls bereits plädiert wurde⁷⁸⁶ – diese Konsequenzen zumindest entschärft werden, indem bezüglich der aus der Vorlage gewonnenen Erkenntnisse für das Strafverfahren ein **Verwertungsverbot** angenommen wird.

784 Dazu siehe auch schon unmittelbar oben S 198 und 203 mit Nachweisen.

785 Oben § 4 III.B.2.d; S 196 ff.

786 Oben S 197 f.

4. Schriftliche Verhandlungen zwischen den Beteiligten bzw mit einem gemeinsamen Vermittler

a. Allgemeines

Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäftes gepflogenen schriftlichen Verhandlungen (§ 304 Abs 2 Fall 3 ZPO). Rechtshistorisch bemerkenswert ist an diesem Gemeinschaftlichkeitstatbestand, dass er – soweit überblickbar – weder in das römische noch in das gemeine Recht zurückverfolgt werden kann. Erst in der preußischen AGO war eine Bestimmung mit ähnlichem Regelungsgehalt anzutreffen⁷⁸⁷: Diese Verfahrensordnung hatte eine ganz umfassende Urkundenvorlagepflicht festgeschrieben, die gleichsam als Staatsbürgerpflicht betrachtet wurde; sie war bloß von einer Ausnahme durchbrochen. Die Privatkorrespondenz einer Partei war nur dann vorzulegen, wenn sie zwischen den Parteien über das streitige Geschäft geführt worden ist oder wenn sie zwischen der Partei und einem Dritten stattgefunden hat, der von beiden Parteien gemeinschaftlich als Makler bzw Vermittler gebraucht worden ist (X. Theil § 92a AGO).

Unter den heutigen Tatbestand des § 304 Abs 2 Fall 3 ZPO werden **alle vor oder nach Geschäftsabschluss geführten Schriftwechsel der Parteien miteinander** oder der einen Partei mit dem gemeinsamen Vermittler subsumiert⁷⁸⁸. Bisweilen wurde dieser Tatbestand auch bloß als eine »Abart« von § 304 Abs 2 Fall 1 und 2 ZPO angesehen⁷⁸⁹. Die Notizen eines Rechtsanwaltes über Verhandlungsergebnisse hat der OGH⁷⁹⁰ als private Aufzeichnungen angesehen und eine Vorlagepflicht verneint, was von Teilen der Lehre⁷⁹¹ als eine zu enge Auslegung angesehen wurde.

787 Dazu eingehend mit Nachweisen oben im rechtshistorischen Abschnitt § 3 I.C.5; S 80 ff.

788 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 304 ZPO Rz 29. Ebenso für den Paralleltatbestand des § 810 Fall 2 BGB *Marburger* in Staudinger, BGB (2009) § 810 Rz 15.

789 *Goldschmidt*, ZHR 29, 461 (389) zur sinngleichen Bestimmung des § 387 CPO 1877.

790 1 Ob 698/77 in EvBl 1978/173 = JBl 1979, 376; RIS-Justiz RS0040489. Vgl für die deutsche Rechtslage *Habersack* in MünchKomm-BGB⁶ § 810 Rz 9: handschriftliche Notizen des Wohnungsverwalters zur Vorbereitung des Protokolls der Eigentümerversammlung.

791 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 304 ZPO Rz 30.

In mittlerweile bewährter Manier wird nun sogleich wieder zu erörtern sein, worin die Rechtfertigung dafür zu sehen ist, dass die Vorlageverweigerungsgründe des § 305 ZPO (a) zum *Schutz der Individualsphäre*, (b) zum *Schutz vor Pflichtenkollisionen* und (c) zum *Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung* zurückzutreten haben, wenn dieser Gemeinschaftlichkeitstatbestand verwirklicht ist; erst dies wird es möglich machen, den Tatbestand teleologisch treffsicher auszulegen.

Auch bei diesem Gemeinschaftlichkeitstatbestand taucht erneut die Frage auf, ob die die Vorlagepflicht auslösende Gemeinschaftlichkeit nur dann vorliegt, wenn **beide Parteien**, das heißt sowohl der Beweisführer als auch sein Gegner, an den Verhandlungen beteiligt waren. Der Wortlaut des Abs 2 Fall 3 gibt darauf keine eindeutige Antwort, zumal er nur von »Beteiligten« und nicht von Parteien spricht; allerdings könnte dieses Erfordernis sich auch hier wiederum aus Abs 1 Z 3 ergeben, wo ja – wie nun schon mehrfach erwähnt – verlangt wird, dass die Urkunde »eine beiden Parteien gemeinschaftliche« ist. Ferner wird auf die Beurteilung der im Schrifttum diskutierten Notizen von Verhandlungsergebnissen einzugehen sein.

b. Schutz der Individualsphäre

Weshalb für schriftliche Verhandlungen der Schutz der Individualsphäre aufgehoben wird, bedarf im Lichte der vorstehenden Ausführungen keiner aufwendigen Begründung. Der Individualsphäre kann ein Schutz jedenfalls dann versagt werden, wenn dem Beweisführer die betreffenden **Tatsachen schon bekannt** sind⁷⁹²: In diesem Fall droht nämlich keine Gefahr mehr, dass der Gegner Einblick in die ihm bislang verschlossene Individualsphäre bekommt, und die Aufhebung der Mitwirkungspflicht würde den Urkundeninhaber lediglich davor schützen, den Gegner bei der *Beweisführung* hinsichtlich einer diesem ohnehin schon bekannten Tatsache unterstützen zu müssen; ein solcher Schutz wird im österreichischen Zivilverfahrensrecht jedoch generell nicht gewährt.

Urkunden aus schriftlichen Verhandlungen, an denen der **Beweisführer**, der nun die Vorlage begehrt, **unmittelbar selbst beteiligt** war, enthalten nun freilich keinen Inhalt, der dem Beweisführer unbekannt

792 Dazu eingehend oben S 149 f mit Hinweisen.

sein könnte: Denn entweder hat der Beweisführer die Urkunde selbst errichtet, oder er war Adressat der Urkunde. Nachdem somit keine Verletzung der Individualsphäre droht, ist die unbedingte Vorlagepflicht gerechtfertigt.

Nichts anderes kann gelten, wenn der Beweisführer nicht unmittelbar selbst an den schriftlichen Verhandlungen teilgenommen hat, sondern – wie es das Gesetz formuliert – ein **gemeinsamer Vermittler** eingeschaltet wurde. Auch bei einer solchen bloß *mittelbaren* Beteiligung kommt der Individualsphäre kein Schutz gegenüber dem Beweisführer mehr zu: Zwar hat er diesfalls möglicherweise *noch keine Kenntnis* von den geheimen Tatsachen, die in der vorzulegenden Urkunde enthalten sind, doch hat der Urkundenerrichter durch die einvernehmliche Einschaltung eines *gemeinsamen* Vermittlers aus freien Stücken seine **Individualsphäre bereits** soweit **geöffnet**, dass dem Beweisführer eine Kenntnisnahme möglich gewesen wäre; man kann also davon sprechen, dass sich der Geheimnisherr privatautonom des Schutzes seiner Individualsphäre begeben hat⁷⁹³. Dies rechtfertigt die unbedingte Vorlagepflicht ohne Rücksicht auf die allfällige Offenbarung von noch geheimen Tatsachen.

Auf Basis dieses teleologischen Fundaments lässt sich nun ohne Schwierigkeiten beantworten, ob die unbedingte Vorlagepflicht nach diesem Gemeinschaftlichkeitstatbestand voraussetzen muss, dass **beide Parteien** – das heißt sowohl der die Urkundenvorlage begehrende Beweisführer als auch sein Prozessgegner – an den schriftlichen Verhandlungen (unmittelbar oder mittelbar) beteiligt waren. Abstrakt formuliert geht es hier also wieder um jene Situation, in der die nunmehr auf Vorlage in Anspruch genommene Partei (der **Urkundeninhaber**) eine **vom Urkundenerrichter verschiedene Person** ist. Im Ergebnis sollte dies meines Erachtens für die Aufgabe des Schutzes der Individualsphäre keinen Unterschied machen: Ist dem Beweisführer der Urkundeninhalt infolge unmittelbarer Beteiligung an den Verhandlungen *bekannt*, dann spielt es keine Rolle, in wessen Händen sich die Urkunde derzeit befindet; ein Geheimnisschutz scheidet wegen der bereits erfolgten Offenbarung jedenfalls aus. Und auch dann, wenn der Urkundeninhalt dem Beweisführer *noch nicht bekannt* ist, die *Individualsphäre* jedoch vom Urkundenerrichter *bereits geöffnet* und eine Offenbarung

793 Oben S 150.

gegenüber dem Beweisführer in Kauf genommen wurde, kommt einem vom Urkundenerrichter verschiedenen Urkundeninhaber kein Schutz der Individualsphäre mehr zu: Hier könnte zwar theoretisch noch ein Geheimhaltungsinteresse des Urkundeninhabers bestehen, doch ist dieses nicht gewichtig genug, weil anderen Personen als dem Urkundenerrichter selbst typischerweise keine derart gravierenden Nachteile aus der »unreinen« Formulierung⁷⁹⁴ der Urkunde bzw aus einem geheimen Inhalt drohen; die ZPO gewährt den Schutz der Individualsphäre *nur dem Urkundenerrichter selbst*⁷⁹⁵, dieser hat auf den Schutz der Individualsphäre aber bereits verzichtet.

Im Ergebnis lässt sich daraus ableiten, dass es – wie auch in den Gemeinschaftlichkeitstatbeständen nach § 304 Abs 2 Fall 1 und Fall 2 ZPO – *nicht entscheidend* ist, dass beide Parteien an dem die Urkundengemeinschaftlichkeit begründenden Tatbestand beteiligt waren; es genügt vielmehr, dass die vorzulegende Urkunde dem Beweisführer und einer anderen (dritten) Person gemeinschaftlich ist, um die unbedingte Vorlagepflicht des Urkundeninhabers/Prozessgegners auszulösen. Der Wortlaut des § 304 Abs 1 Z 3 ZPO (»eine beiden Parteien gemeinschaftliche«) ist meines Erachtens daher auch hinsichtlich dieses Gemeinschaftlichkeitstatbestands teleologisch korrigierend auszulegen.

Fraglich ist schließlich noch, ob unter diesem Tatbestand auch für solche Urkunden eine unbedingte Vorlagepflicht eingreifen kann, die bloß anlässlich der Verhandlungen entstanden sind, jedoch *nicht dazu bestimmt waren, an den Beweisführer zu gelangen*; zu denken ist hier insbesondere an die schon angesprochenen (privaten) **Notizen** eines Verhandlungsteilnehmers. Diesbezüglich könnte argumentiert werden, dass der Urkundeninhalt dem Beweisführer auch in dieser Situation keine bisher geheimen Tatsachen offenbart, zumal und sofern er ja selbst an den Verhandlungen beteiligt gewesen ist. Meines Erachtens ist bei einer Subsumtion privater, nur zum Eigengebrauch erstellter Aufzeichnungen unter diesen Gemeinschaftlichkeitstatbestand allerdings Zurückhaltung geboten: Zum einen verlangt der Gesetzeswortlaut, dass das Objekt der Vorlagepflicht »schriftliche Verhandlungen« sind, was

794 Zu diesem Schutzzweck der Vorlageverweigerungsgründe eingehend oben S 186 ff mit Nachweisen.

795 Dies deswegen, weil die Offenbarung eines Geheimnisses von einer anderen Person als der davon betroffenen sozusagen nicht authentisch ist und daher regelmäßig weit weniger gravierend ausfällt. Dazu schon oben S 191 f.

wohl impliziert, dass die Urkunde dazu bestimmt gewesen sein muss, an den Verhandlungspartner zu gelangen; eine Subsumtion von (Erinnerungs-)Notizen wird daher schon aus diesem Grund sehr problematisch sein. Hinzu kommt, dass wohl jegliche Art von privaten Notizen naturgemäß subjektiv gefärbt ist und »ins Unreine« bzw. mehrdeutig formuliert sein kann, weil der Urkundenerrichter bei *privaten* Notizen eben nicht schon im Zeitpunkt der Errichtung damit zu rechnen hat, dass die Verwendung der Urkunde auch einem Dritten möglich sein soll. Aus eben diesem Grund ist die unbedingte Vorlagepflicht – wie eingehend dargelegt⁷⁹⁶ – auf jene Urkunden beschränkt, die *im Interesse* des die Vorlage begehrenden Beweisführers errichtet wurden (§ 304 Abs 2 Fall 1 ZPO). Nichts anderes sollte für Notizen aus Verhandlungen gelten: Gemeinschaftlichkeit und eine unbedingte Vorlagepflicht kann nur dann bejaht werden, wenn die Urkunde dazu bestimmt war, dem nun die Vorlage begehrenden Beweisführer zur Verfügung zu stehen; dies könnte etwa bei *Besprechungsprotokollen* gegeben sein, die gerade auch zu dem Zweck errichtet wurden, vom Beweisführer verwendet zu werden.

c. *Schutz vor Pflichtenkonflikt*

Es wurde ebenfalls schon herausgearbeitet⁷⁹⁷, dass die unbedingte Vorlagepflicht (Gegenausnahme) auch den durch die Vorlageverweigerungsgründe (Ausnahmen) normalerweise gegebenen Schutz des Prozessgegners vor einem Pflichtenkonflikt aufhebt. Will man für den Gemeinschaftlichkeitstatbestand der schriftlichen Verhandlungen zu einem teleologisch abgesicherten Auslegungsergebnis kommen, dann ist wiederum die Frage zu beantworten, warum es der konkrete Gemeinschaftlichkeitstatbestand zu rechtfertigen vermag, dass der Prozesszweck der Wahrheitsermittlung und sein Instrument die Vorlage-/Mitwirkungspflicht gegenüber dem Schutz vor einem Pflichtenkonflikt prävalieren.

Dieser Vorrang kann meines Erachtens auf dieselben Überlegungen zurückgeführt werden wie beim Gemeinschaftlichkeitstatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO (Errichtung im Interesse)⁷⁹⁸: Wurde die Urkunde im Rahmen von schriftlichen Verhandlungen errichtet, an

796 Oben § 4 III.B.2.b; S 185 f.

797 Oben § 4 II.B.3; S 151 ff und S 173 f.

798 Oben S 194 f.

denen der nun die Vorlage begehrende Beweisführer beteiligt war, so hatte der Urkundenerrichter von Beginn an damit zu rechnen, dass der Beweisführer Kenntnis vom Urkundeninhalt erlangen wird. Sofern einer Vorlage Geheimhaltungspflichten des Urkundenerrichters entgegenstehen, war ihm der daraus möglicherweise resultierende *Pflichtenkonflikt ebenfalls vorhersehbar*⁷⁹⁹. Es besteht somit – an die allgemeinen Überlegungen zur Behandlung von Pflichtenkonflikten anknüpfend⁸⁰⁰ – kein Bedarf mehr, ihn von der einen Verpflichtung (Vorlage) zu entbinden und den Prozesszweck der Wahrheitserforschung zurücktreten zu lassen.

Hat man damit den telos hinter der Neutralisierung jener Vorlageverweigerungsgründe, die den Schutz vor einem Pflichtenkonflikt verfolgen, identifiziert, wird es möglich, **konkrete Auslegungsfragen** zu lösen. Es bestätigt sich zunächst die schon unter dem Aspekt des Verlustes des Schutzes der Individualsphäre⁸⁰¹ gezogene Schlussfolgerung, dass auch der Gemeinschaftlichkeitstatbestand der schriftlichen Verhandlungen *keine Gemeinschaftlichkeit* der Urkunden zwischen dem die Vorlage begehrenden Beweisführer und dem Urkundeninhaber/Prozessgegner erfordert; oder anders formuliert: Es müssen **nicht beide Parteien des konkreten Rechtsstreits an den schriftlichen Verhandlungen beteiligt** gewesen sein, sondern lediglich der Beweisführer.

Ferner führt die Bewertung aus der Warte des Schutzes vor einem Pflichtenkonflikt auch im Hinblick auf **private Aufzeichnungen/Notizen** zu übereinstimmenden Auslegungsergebnissen: Ebenso wie es sich aus dem Blickwinkel des Schutzes der Individualsphäre gezeigt hat, wird man solche Urkunden auch im Lichte des Schutzes vor Pflichtenkollisionen von der unbedingten Vorlagepflicht grundsätzlich auszunehmen haben. Denn ein Entfall dieses Schutzes ist nach den gesetzlichen Wertungen nur dann gerechtfertigt, wenn dem Urkundenerrichter der Pflichtenkonflikt zwischen seinen Verschwiegen-

799 Die Gefahr eines drohenden Pflichtenkonflikts war dabei jeweils in dem Zeitpunkt erkennbar, in dem der Urkundenerrichter die zweite Pflicht übernommen hat: Also entweder im Zeitpunkt der Urkundenerrichtung, oder, wenn die Urkundenerrichtung zeitlich vorgelagert war, in jenem Moment, als er eine Pflicht übernommen hat, die mit seiner Vorlagepflicht im Widerstreit steht. Vgl bereits oben S 195 FN 758.

800 Eingehend oben § 4 II.B.3; S 151 ff.

801 Oben § 4 III.B.4.b; insb S 208 f.

heitspflichten und der Urkundenverwendung durch den Beweisführer vorhersehbar war; dies ist aber bei Errichtung einer privaten, nur zum eigenen Gebrauch bestimmten Urkunde zu verneinen.

d. Schutz vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung

Wie alle anderen Gegenausnahmetatbestände beseitigt auch die Gemeinschaftlichkeit der Urkunden aus schriftlichen Verhandlungen (§ 304 Abs 2 Fall 3 ZPO) den Schutz des Prozessgegners davor, sich durch die Mitwirkung/Vorlage der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen zu müssen. Auch hier erscheint es schwierig, eine Rechtfertigung dafür zu finden, weshalb dieser Schutz verloren geht. Es kann dazu auf die schon zu den anderen Gemeinschaftlichkeitstatbeständen dargelegten Argumente verwiesen werden⁸⁰²: Im Ergebnis scheint eine teleologische Reduktion der unbedingten Vorlagepflicht nach § 304 ZPO erwägenswert; zumindest sollte aber ein Verwertungsverbot im Strafverfahren bestehen.

5. Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung

a. Allgemeines

Nach § 304 Abs 1 Z 1 ZPO besteht eine unbedingte Vorlagepflicht für Urkunden, wenn der Gegner selbst auf die Urkunde zum Zwecke der Beweisführung im Prozess Bezug genommen hat. Dieser Tatbestand hat somit dieselbe Funktion wie jene anderen Tatbestände des § 304 ZPO, die mit dem Etikett der Gemeinschaftlichkeit versehen sind: Er wirkt als **Gegenausnahme zu den Ausnahmen von der grundsätzlichen Vorlagepflicht**. Dennoch wird dieser Tatbestand vom Wortlaut der ZPO nicht als ein Unterfall der gemeinschaftlichen Urkunden behandelt. Das war – wie die rechtshistorische Spurensuche zutage gefördert hat – freilich nicht immer so: Schon das römische Recht kannte eine Urkundenvorlagepflicht infolge Bezugnahme⁸⁰³. Im gemeinen Recht hatte man

802 Zu § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO oben § 4 III.B.2.d; S 196 ff sowie zu Fall 2 oben § 4 III.B.3.d; S 205 f.

803 Nämlich konkret im Zusammenhang mit der Klagsführung aus einer so genannten *litterarum obligatio*, die durch Eintragung in den Hausbüchern (*rationes*) der Römer wirksam wurde. Dazu eingehend und mit Nachweisen oben S 59 f.

die (förmliche) Bezugnahme auf ein Beweismittel sogar ausdrücklich als einen Anwendungsfall der Gemeinschaftlichkeit betrachtet⁸⁰⁴. Der Tatbestand blieb auch in den Verfahrensrechten der Partikulargesetzgebungen erhalten, wurde dort jedoch – soweit überblickbar – nicht mehr explizit mit der Gemeinschaftlichkeit in Verbindung gebracht⁸⁰⁵. Heute wird er nur noch vereinzelt dem Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz unterstellt⁸⁰⁶. Man geht meines Erachtens aber nicht fehl, in diesem Tatbestand zumindest einen der Keime für jene Rechtsidee zu sehen, die heute unter dem Namen Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel firmiert; im Folgenden wird § 304 Abs 1 Z 1 ZPO daher ebenfalls als ein Gemeinschaftlichkeitstatbestand tituliert werden.

Doch selbst wenn man diese rein begrifflichen – und daher ohnehin nur bedingt aussagekräftigen – Kategorisierungen beiseite lässt, scheint es gerechtfertigt, diesen Gegenausnahmetatbestand miteinzu beziehen, möchte man die Rechtsidee von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel ausleuchten. Seine Erörterung scheint deswegen geboten, weil diesem Tatbestand ja – wie schon betont – dieselbe Wirkung und dieselbe Funktionsweise zukommt wie den gesetzlich so benannten Gemeinschaftlichkeitstatbeständen: Er löst eine **unbedingte Vorlagepflicht** aus, indem er den Schutz des Prozessgegners (a) vor einer Verletzung der Individualsphäre, (b) vor einem Pflichtenkonflikt und (c) vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aufhebt.

Auch dieser Tatbestand wartet mit zahlreichen Unklarheiten und Schwierigkeiten bei der Auslegung und bei der Suche nach dem dahinterstehenden Gesetzeszweck auf. Manche⁸⁰⁷ deuten ihn als einen Anwendungsfall des Grundsatzes von *Treu und Glauben*, weil derjenige, der selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat, in der Folge nicht deren Vorlage verweigern und damit dem Gericht und dem Gegner die Möglichkeit nehmen dürfe, die Wahrheit seiner Behauptung zu prüfen.

804 Nachweise oben S 69 FN 298 und S 72 FN 310.

805 So etwa Art 386 der Bayerischen Prozessordnung 1869: »Hat eine Partei eine Urkunde als Beweismittel bezeichnet und der Gegenpartei mitgeteilt, ohne sie in der Sitzung zur Vorlage zu bringen, so kann die Gegenpartei, welche diese Urkunde als Beweismittel für sich benützen will, von ihr die Herausgabe verlangen«. Zur Bayerischen Prozessordnung näher oben § 3 I.C.2.b; S 76 ff.

806 *Sperl*, Rechtspflege 417; *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (93 FN 33).

807 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 304 ZPO Rz 3; diesem folgend *Neumayr/Resch*, JBl 2012, 627 (633).

In eine ähnliche Kerbe schlägt das im Schrifttum⁸⁰⁸ vorgebrachte Argument, wonach die Weigerung der Vorlage trotz früherer Bezugnahme auf die Urkunde ein *venire contra factum proprium* darstellen würde. Im Kern derselbe Gedanke dürfte sich ferner auch hinter dem Begründungsansatz verbergen, wonach sich die unbedingte Vorlagepflicht daraus ergeben soll, dass im Prozess abgegebene Erklärungen sowohl für als auch gegen die Partei wirken und dass infolge Bezugnahme durch eigenes Vorbringen im Prozess die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels ausdrücklich und unbestritten deklariert werde⁸⁰⁹. Gleichsinig wurde schließlich formuliert, durch die Bezugnahme hätte der Urkundeninhaber sein Interesse daran, den Urkundeninhalt geheim zu halten und so seine Individualsphäre zu schützen, dem Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung untergeordnet⁸¹⁰.

Prima vista hat eine derartige Sichtweise sicherlich einiges für sich; näher besehen könnte man sie jedoch auch mit guten Gründen in Zweifel ziehen. Zum einen lässt sich dies nämlich mit einem von gewichtigen Stimmen eingenommenen Standpunkt zur Auslegung des Bezugnahme-Tatbestands kaum in Einklang bringen: Nach *Stürner*⁸¹¹ kann es bereits als eine die Vorlagepflicht auslösende Bezugnahme im Sinne dieses Tatbestands zu werten sein, wenn die Urkunde von der Partei anlässlich einer Fragebeantwortung im Rahmen der Parteienvernehmung bzw im Rahmen des § 184 ZPO bezeichnet wird. Folgt man dieser Auffassung, dann ist also auch eine **unfreiwillige Bezugnahme** auf die Urkunde denkbar, womit aber das Argument des Verstoßes gegen Treu und Glauben bzw gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium* wohl in sich zusammenfallen müsste.

Zum anderen scheint begründungsbedürftig, wie es mit dem *Grundsatz des uneingeschränkten Vorbringens* (§ 179 ZPO) harmoniert, dass ein Beweisführer jedenfalls an das Beweismittel gebunden bleiben soll, weil er einmal darauf Bezug genommen hat. Aus § 179 ZPO wird nämlich – gleichsam als dessen negative Seite – auch die Möglichkeit des Beweisführers angenommen, ein bereits gestelltes **Beweisanbot** bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung **zurückzunehmen**⁸¹²; und

808 *Bajons* in Nagel/Bajons, Beweis 427 (465); ebenso *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (199).

809 *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (93).

810 *Schreiber* in MünchKomm-ZPO⁴ § 426 Rz 2.

811 Aufklärungspflicht 101.

812 Vgl *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905.

sogar ein bereits erfolgtes Geständnis kann bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung widerrufen werden⁸¹³.

Schließlich sollte nicht übersehen werden, dass ja – was schon mehrfach betont wurde⁸¹⁴ – jeder Gegenausnahmetatbestand nach § 304 ZPO sämtliche Ausnahmetatbestände des § 305 ZPO beiseite schiebt; für eine teleologische Rechtfertigung der unbedingten Vorlagepflicht genügt es also nicht, zu begründen, weshalb der Schutz der Individualosphäre aufgehoben wird, sondern es ist gleichermaßen eine Erklärung für die Neutralisierung des Schutzes vor Pflichtenkollisionen und vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zu geben. Ob diese umfassende Wirkung des Gegenausnahmetatbestands in den zitierten Erklärungsansätzen hinreichend berücksichtigt wurde, scheint jedoch fraglich.

b. *Stellungnahme*

Meines Erachtens steht die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme in einem engen **normativen Zusammenhang** mit der in § 302 ZPO aufgestellten Einschränkung der Möglichkeit, das eigene Beweisangebot fallen zu lassen. Diese Bestimmung und ihre teleologische Stoßrichtung werden noch eingehend zu erörtern sein⁸¹⁵. An dieser Stelle ist den späteren Überlegungen daher nur knapp vorzugreifen, um darzulegen, welche Funktion dabei der Vorlagepflicht nach § 304 Abs 1 Z 1 ZPO zukommt.

Auszugehen ist zunächst davon, dass durch das **Anbot** eines Urkundenbeweises eine **Pflicht zur sofortigen Vorlage des Beweismittels** ausgelöst wird. Kommt der Beweisführer dieser **Vorlagepflicht** nach, so gewährt er seinem Gegner damit eine **vorteilhafte Rechtsposition**, und zwar gleich in zweierlei Hinsicht: Zum einen wird ihm die faktische Möglichkeit eröffnet, dieses Beweismittel auch für die eigene Beweisführung nutzen zu können. Zum anderen unterstellt die ZPO dem vorlegenden Beweisführer eine Erklärung betreffend die Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Urkunde; daraus ergibt sich eine

813 *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 266 ZPO Rz 16; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 600 aE; OGH 5 Ob 319/60 in EvBl 1961/123 = JBl 1961, 429 = RZ 1961, 167; 9 OBA 118/01w; RIS-Justiz RS0040004.

814 Insbesondere oben S 179.

815 Unten § 5 III.; S 264 ff.

vorteilhafte Rechtsposition des Gegners auch im Rahmen der Beweiswürdigung. Nach ganz allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen kann einem Rechtssubjekt (hier: dem Gegner) eine vorteilhafte Rechtsposition gegen seinen Willen nicht mehr ohne weiteres entzogen werden. Eine *Verschlechterung* der Rechtsposition des Gegners könnte nun allerdings insbesondere dadurch bewirkt werden, dass der Beweisführer das Beweismittel fallen lässt, sein *Beweisanbot* also wieder *zurückzieht*. Vor dieser Gefahr einer Verschlechterung seiner Rechtsposition wird der Gegner unter anderem (aber nicht nur) durch die Bestimmung des § 302 ZPO geschützt.

Fraglich scheint, was zu gelten hat, wenn der Beweisführer seiner Pflicht zur sofortigen Vorlage des angebotenen Beweismittels *nicht* nachkommt, also lediglich das Beweisanbot stellt, die **Urkunde jedoch nicht vorlegt**: Soll auch hier schon (das heißt ab dem Moment des Beweisanbots) eine vorteilhafte Rechtsposition des Gegner angenommen werden, welche ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden darf? Die Antwort hierauf gibt eben § 304 Abs 1 Z 1 ZPO: Er knüpft bereits an die Bezugnahme zum Zwecke der Beweisführung (= Beweisanbot) eine unbedingte Vorlagepflicht. Damit soll dem Gegner also bereits ab dem Beweisanbot eben jene geschützte Rechtsposition zuerkannt und gesichert werden, die ihm bei einer pflichtgemäßen (bereits mit dem Beweisanbot zu verbindenden) Urkundenvorlage entstanden wäre.

Auf Grundlage dieser (wenngleich komprimierten) Überlegung lässt sich meines Erachtens klären, ob eine Bezugnahme im Sinne des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO auch schon dann gegeben ist, wenn die Urkunde von der Partei anlässlich einer Fragebeantwortung im Rahmen der Parteienvernehmung bzw im Rahmen des § 184 ZPO bezeichnet wird. Entgegen den Überlegungen *Stürners*⁸¹⁶ wird eine solche Prozesssituation nicht unter den Tatbestand zu subsumieren sein, weil unter diesen Umständen wohl nicht davon gesprochen werden kann, dass dem Gegner durch die Bezugnahme eine vorteilhafte Rechtsposition gewährt wurde.

816 Oben S 214 FN 811.

c. *Korrespondierende Mitwirkungspflicht
außerhalb des Beweisrechts*

Es wurde schon ausgeführt⁸¹⁷, dass das Prozessziel der Wahrheitserforschung keineswegs nur mit Instrumenten verfolgt wird, die dem Beweisrecht zuzuzählen sind. Die ZPO sieht ebenso vor, dass ein aktiver Beitrag zur Aufklärung des Sachverhalts in Form des **Parteivortrags** zu leisten ist. Dies gilt nicht nur in Form von mündlichen Aussagen der Partei (§ 184 ZPO), sondern auch im Hinblick auf Urkunden. Hat eine Partei **in ihrem Schriftsatz auf eine Urkunde Bezug genommen**, dann hat sie (wenn über den im Schriftsatz enthaltenen Antrag mündlich verhandelt werden soll) dem Schriftsatz eine Abschrift beizulegen (§ 77 ZPO) oder auf Verlangen des Gegners die Urschrift »bei Gericht niederzulegen« (§ 82 Abs 1 ZPO). Unzweifelhaft wird auch in diesen Bestimmungen eine Mitwirkungspflicht der Partei statuiert⁸¹⁸. Ihr Tatbestand lässt sofort Assoziationen zu § 304 Abs 1 Z 1 ZPO aufkommen, und es drängt sich damit die Frage auf, in welchem Verhältnis diese beiden Vorlagepflichten zueinander stehen.

Offensichtlich ist zunächst nur, dass die letztgenannte Vorlagepflicht (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) im Abschnitt über die *mündliche Verhandlung*, konkret beim Beweis durch Urkunden situiert ist, während sich die §§ 77, 82 ZPO im Abschnitt über die Schriftsätze finden, welcher sämtliches *Vorbringen außerhalb der mündlichen Verhandlung* regelt⁸¹⁹. Ein Unterschied besteht auch darin, dass die Vorlagepflicht nach § 304 Abs 1 Z 1 ZPO eine Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung voraussetzt, während §§ 77, 82 ZPO (lediglich) von der Bezugnahme in einem Schriftsatz sprechen.

Prima vista könnte dies vielleicht zu dem Schluss verleiten, dass der **Anwendungsbereich der beiden Vorschriften** danach **abzugrenzen** ist, ob die Bezugnahme in der mündlichen Verhandlung (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) oder im Rahmen eines Schriftsatzes (§ 81 Abs 1 ZPO) erfolgt. Eine solche Differenzierung lässt jedoch keinen dahinterstehenden sinnstiftenden Zweck erkennen: Weshalb sollte die Vorlagepflicht bei einer Bezugnahme in einer mündlichen Verhandlung von anderen (nämlich

817 Oben S 27 ff mit Nachweisen.

818 Ebenso *Rassi*, ZZP 121, 165 (193). Siehe auch *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 77 ZPO Rz 1: »Pflicht zur Urkundenvorlage«.

819 *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 74 ZPO Rz 2.

engeren: »zum Zwecke der Beweisführung«) Voraussetzungen abhängen, als wenn die Bezugnahme in einem Schriftsatz erfolgt? Ein Grund für eine derartige Differenzierung scheint nicht greifbar.

Geboten erscheint daher eine andere Auslegung: Meines Erachtens zwingt der unterschiedliche Standort und Regelungszusammenhang der beiden Vorlagepflichten (hier Schriftsätze – dort Urkundenbeweis) nicht zur Frage »Wann bzw wo ist die Bezugnahme erfolgt?« (Schriftsatz oder mündliche Verhandlung), sondern verlangt, nach dem **Zweck der Bezugnahme** zu prüfen: Ist die Bezugnahme zum Zweck der *Beweisführung* erfolgt⁸²⁰ oder (lediglich) dazu, um die Urkunde zum *Gegenstand des eigenen Vorbringens* zu machen⁸²¹. Je nachdem, welchen Zweck die Bezugnahme verfolgt hat, wäre dann auch auf der Rechtsfolgenebene zu differenzieren, das heißt also danach, *in welcher Form* die Vorlagepflicht zu erfüllen ist: Entweder ist die Urkunde als Beweismittel vorzulegen oder lediglich als Teil des eigenen Vorbringens zur Information des Gegners⁸²². Die Vorlagepflicht des § 82 Abs 1 ZPO wäre somit als das Ergebnis einer auf die beweisrechtliche Vorlagepflicht (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) angewandten Parallelverschiebung in Richtung des Parteivorbringens zu sehen.

Eine ganz vergleichbare Spiegelung von Mitwirkungspflichten aus dem Beweisverfahren einerseits und im Rahmen der Parteivorträge andererseits wurde ja auch schon bei der Behandlung des Beweises durch **Parteienvernehmung** festgestellt⁸²³: Zwar ist zwischen dem *Parteivortrag* und dem Beweis durch *Parteienvernehmung* strikt zu unterscheiden; da jedoch für beide Arten von Prozesshandlungen eine Mitwirkungspflicht der Partei festgeschrieben ist, zwingt ein harmonisches

820 Dazu muss die Urkunde aber nicht unbedingt formell in einem Beweisanbot angeführt werden, sondern es genügt wohl, wenn sie im Tatsachenvorbringen als Beweis erwähnt wird; *Schumacher*, ÖBA 2007, 197 (199).

821 Dass auf Urkunden bloß zum Zweck des Vorbringens Bezug genommen wird, also ohne dass die Urkunde zum Gegenstand der Beweisführung gemacht werden soll, ist keineswegs ausgeschlossen (implizit etwa *Gitschthaler* in Rechberger, ZPO⁴ § 82 Rz 1; *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 177 ZPO Rz 6; ein gegenteiliger Eindruck entsteht allerdings wohl bei Lektüre der Materialien CPG I 225 f). In Betracht kommt dies in all jenen Fällen, in denen die dadurch behaupteten Tatsachen nicht beweisbedürftig sind (§ 266 f, § 269, § 270 ZPO; siehe dazu auch schon oben S 3 mwH).

822 Das Informationsbedürfnis des Gegners wird als Zielrichtung des § 82 ZPO stets betont: *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ I 628; *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 82 ZPO Rz 1; ihm folgend *Gitschthaler* in Rechberger, ZPO⁴ § 82 Rz 1.

823 Oben S 28 ff mwH.

Verständnis dieser Regelungen dazu, der Mitwirkungspflicht unabhängig davon, in welcher der beiden Erscheinungsformen sie schlagend wird, dieselbe Reichweite beizulegen. Demnach müssen – wie schon dargelegt wurde – etwa die für die Parteienvernehmung anerkannten Weigerungsgründe auch im Rahmen der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht (§ 178 Abs 1 ZPO) sowie des Fragerechts (§ 184 ZPO) eingreifen. Nichts anderes kann daher gelten, wenn Parteivortrag und Beweis nicht durch Erklärungen erfolgen, sondern durch die Vorlage von *Urkunden*: Auch hier muss ein Gleichlauf in den Voraussetzungen und der Reichweite der Mitwirkungspflicht bestehen, welcher durch §§ 77, 82 ZPO einerseits und § 304 ZPO andererseits hergestellt wird. Man wird in §§ 77, 82 ZPO demnach das Spiegelbild zur beweisrechtlichen Mitwirkungspflicht des § 304 ZPO sehen können, oder – anders formuliert – das Pendant zur Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht (§ 178 Abs 1 ZPO) bzw zum Fragerecht (§ 184 ZPO) speziell im Hinblick auf Urkunden.

Die eben dargelegte Sichtweise erlaubt auch eine Antwort auf die Frage, ob die Vorlagepflicht nach §§ 77, 82 ZPO bei Vorliegen von **Weigerungsgründen** aufgehoben ist oder nicht. Nachdem durch Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung eine unbedingte Vorlagepflicht begründet wird, Weigerungsgründe also nicht geltend gemacht werden können⁸²⁴, muss auch die Bezugnahme zum Zweck des Parteivortragens eine unbedingte Vorlagepflicht begründen⁸²⁵. Andernfalls müsste man in Kauf nehmen, dass der Verfahrensgegner im Rahmen des Beweisverfahrens zu einer weiter gehenden Mitwirkung verpflichtet ist als im Rahmen des Parteivortrags.

824 Oben S 174.

825 AA aber *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 82 ZPO Rz 2, der in analoger Anwendung des § 305 ZPO Vorlageweigerungsgründe zugesteht. Ihm folgend *Gitschthaler* in Rechberger, ZPO⁴ § 82 Rz 1.

IV. Augenscheinsobjekte und Auskunftssachen

A. Allgemeines

Die im vorstehenden Abschnitt (§ 4 III.; S 171 ff) behandelten Urkunden sind der in der Praxis vermutlich häufigste und wichtigste, aber keineswegs der einzige Fall von Beweismitteln, bei denen sich die Frage einer Mitwirkungs- bzw Vorlagepflicht der nicht beweisbelasteten Partei stellen kann. Das Gesetz kennt daneben nämlich noch zwei weitere Kategorien von im Prozess vorlegbaren Sachen⁸²⁶: Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände. Beim Beweis durch Augenschein macht der Richter unmittelbare Sinneswahrnehmungen über körperliche Zustände oder Eigenschaften von Personen oder Sachen⁸²⁷. Unter Auskunftssachen versteht man heute nicht bloß die vom Gesetz explizit angeführten Denkmäler, Grenzzeichen, Marksteine (§ 318 ZPO), sondern ebenso Bild- und Tonträger sowie elektronische Dokumente, wenn dadurch Gedanken mit anderen Mitteln als menschlicher Schrift verkörpert werden⁸²⁸; Auskunftssachen wird deshalb gleichsam eine Mittelstellung zwischen Urkunden und Augenscheinsgegenständen zugeschrieben⁸²⁹.

B. Augenscheinsobjekte

1. Grundsatz – Ausnahme – Gegenausnahme

Mit Blick auf den Beweis durch Augenschein ist zunächst herauszustreichen, dass sich die Frage von Mitwirkungspflichten und somit auch die Frage der Gemeinschaftlichkeit nur dann stellen, wenn der Augenscheinsgegenstand nicht ohnehin frei und allgemein zugänglich ist⁸³⁰.

826 Vgl *Walther*, RZ 1993, 47 (48).

827 Statt aller siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1013; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 368 Rz 1.

828 *Walther*, RZ 1993, 47 (48); *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 318 Rz 1. AA *Fasching*, Lehrbuch² Rz 945, und *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² § 318 ZPO Rz 4 (Augenscheinsgegenstände).

829 *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 318 Rz 1.

830 *Dilcher*, AcP 158, 469 (491 mwH).

Eigenständige Regelungen zur Mitwirkungspflicht infolge Gemeinschaftlichkeit finden sich im Abschnitt über den Augenscheinsbeweis zwar nicht. Soll aber Gegenstand des Augenscheins eine Sache sein, welche sich nach den Angaben des Beweisführers im Besitz des Gegners befindet, so ist zufolge ausdrücklichen **Verweises** die Anwendung der »§§ 301 und 303 bis 307« ZPO, also der Vorschriften über die Urkundenvorlage vorgesehen (§ 369 ZPO); damit wird also die **Regelung zum Urkundenbeweis übernommen**. Dieser Verweis wird von den Gesetzesmaterialien⁸³¹ damit begründet, dass »Augenscheinsgegenstände, sobald das Gericht deren Besichtigung anordnet und somit deren Wert für die Wahrheitsfeststellung anerkennt, dieselbe Bedeutung für die Proceßentscheidung gewinnen, welche Beweisurkunden oder eine Auskunftssache haben.« Und auch schon in früherer Zeit wurde – in Ermangelung eines ausdrücklichen Verweises – einer analogen Anwendung der Bestimmungen über die Urkundenedition auf den Augenscheinsbeweis das Wort geredet⁸³².

Wendet man nun zufolge des gesetzlichen Verweises die einschlägigen Regelungen über Urkunden auf Augenscheinsgegenstände an, dann führt dies dazu, dass auch hier in der Frage der Vorlagepflicht jenes zuvor⁸³³ für Urkunden aus dem Gesetz herausdestillierte **Prüfungsschema von Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme** anzulegen ist: Im **Grundsatz** kann dem Gegner des Beweisführers die *Vorlage aller* in seinen Händen befindlichen Augenscheinsgegenstände aufgetragen werden. Dies ergibt sich aus der sinngemäßen Anwendung des § 303 Abs 1 ZPO, wo eine Vorlagepflicht hinsichtlich aller »für die Beweisführung erheblichen« Beweismittel angeordnet wird, und aus einem Umkehrschluss aus § 305 ZPO, wonach die Vorlage »anderer« – also nicht von § 304 ZPO erfasster – Beweismittel nur verweigert werden kann, wenn einer der dort genannten Tatbestände erfüllt ist; wie beim Urkundenbeweis besteht also auch für Augenscheinsgegenstände eine generelle prozessuale **Mitwirkungspflicht**, die nur ausnahmsweise eingeschränkt oder beseitigt wird.

831 Materialien CPG I 323.

832 Siehe nur *Planck*, Lehrbuch II 262 f; *Heldmann*, ZZP 26, 407 (413 bei und in FN 13 mwH); zum Entwurf der CPO 1877 auch schon *Wach*, KVJS 14, 323 (370). Siehe ferner zur deutschen Rechtslage (§ 371 Abs 2 iVm §§ 422 f dZPO) *Stürmer*, Aufklärungspflicht 100.

833 Eingehend oben § 4 III.A; S 171 ff.

Solche **Ausnahmen**, welche die Mitwirkungspflicht der Parteien zur Vorlage lockern, sind in Gestalt von *Weigerungsgründen* normiert. Nach § 369 iVm § 305 ZPO kann die Vorlage aus denselben Gründen verweigert werden, die von der Urkundenvorlagepflicht befreien. Diese Ausnahmen sind auch hier als das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen typisierten Abwägung zwischen dem Prozesszweck der Wahrheitserforschung einerseits und den ihm entgegen stehenden Interessen des Vorlagepflichtigen andererseits zu verstehen. Jene verschiedenen Interessen und Rechtsprinzipien, die sich in den Ausnahmetatbeständen niedergeschlagen haben, können wiederum nach drei Aspekten unterteilt werden: Sie dienen (a) dem Schutz der Individualsphäre, (b) dem Schutz vor einem Pflichtenkonflikt oder (c) dem Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung.

Vom Verweis durch § 369 ZPO ist schließlich auch § 304 ZPO erfasst, so dass für die genannten Ausnahmen auch **Gegenausnahmen** normiert sind, die eine unbedingte Vorlagepflicht auslösen. Bei wörtlicher Anwendung dieser Tatbestände kann die Vorlage also dann nicht verweigert werden, wenn der Gegner selbst auf den Augenscheinsgegenstand zum Zwecke der Beweisführung *Bezug genommen* hat (Z 1), wenn der Gegner *nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung oder Vorlage verpflichtet* ist (Z 2), wenn der Augenscheinsgegenstand »seinem Inhalte nach ein beiden Parteien *gemeinschaftlicher*« ist (Z 3). In wortgetreuer Anwendung des § 304 Abs 2 ZPO hätte demnach ein Augenscheinsgegenstand als gemeinschaftlich insbesondere für die Personen zu gelten, in deren Interesse er errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin bekundet sind; ferner wäre auch Satz 2 anzuwenden, wonach die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäftes gepflogenen schriftlichen Verhandlungen Gemeinschaftlichkeit begründen.

Angesichts des umfassenden Verweises auf die Regelungen zum Urkundenbeweis, spricht nichts dagegen, grundsätzlich das dort auf Basis einer teleologischen Annäherung entwickelte Verständnis zu Funktion und Wirkungsweise der Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels zu übernehmen. Allerdings liegt auch auf der Hand, dass die von der ZPO zum Urkundenbeweis beispielhaft angeführten Gemeinschaftlichkeitstatbestände beim Beweis durch Augenschein nicht schlicht durch eine gedankenlose Parallelverschiebung zum Einsatz gebracht werden können. Es ist daher unausweichlich, dazu einige gesonderte Überlegungen anzustellen.

2. Adaptierte Auslegung der Gemeinschaftlichkeitstatbestände

Dass das Gemeinschaftlichkeitskriterium bei Augenscheinsgegenständen ebenso wie bei Urkunden erfüllt sein kann, wurde schon sehr früh außer Streit gestellt⁸³⁴. Eine gewisse Herausforderung stellt es allerdings dar, wenn man zu diesem Zweck versucht, auf die vom Gesetzgeber zum Urkundenbeweis angeführten Tatbestandsbeispiele zurückzugreifen.

a. Errichtung im Interesse

Bereits der erste Gemeinschaftlichkeitstatbestand, das heißt die Errichtung im Interesse des Beweisführers, wirkt auf den ersten Blick nicht recht brauchbar, um ihn auf Augenscheinsobjekte anzuwenden. Auszugehen ist dabei zunächst von dem heute herrschend⁸³⁵ angenommenen Charakteristikum der Augenscheinsgegenstände, das darin besteht, dass diese – im Gegensatz zu Urkunden und Auskunftssachen – *keinen Gedankeninhalt*, sondern lediglich einen Zustand vermitteln. Daraus wurde gefolgert, dass sie »nur zufällig die Eigenschaft eines Beweismittels« haben können, also (anders als insbesondere Urkunden) nicht von vornherein dazu bestimmt sein könnten, ein Beweismittel zu sein, was eben eine **zweckorientierte »Errichtung im Interesse«** des nachmaligen Beweisführers **ausschließen** würde; eine Gemeinschaftlichkeit nach diesem Tatbestand komme demnach nicht in Betracht⁸³⁶.

Dieser Einwand lässt sich meines Erachtens allerdings gleich mit zweierlei Argumenten entkräften. Zu bedenken ist zum einen, dass allein der Umstand, dass Augenscheinsobjekte nicht der Fixierung menschlicher Gedanken dienen, die **zweckgerichtete Schaffung** eines solchen Beweismittels (»im Interesse«) noch keineswegs kategorisch ausschließt. Sehr wohl bleibt es ja **möglich**, dass ein Augenscheinsgegenstand mit der Absicht geschaffen wird, bestimmte andere Tatsachen – das heißt solche, die keinen menschlichen Gedankeninhalt darstellen – festzuhalten. Man halte sich bloß die Situation vor Augen,

834 *Planck*, Lehrbuch II 263; diesem folgend *Heldmann*, ZZP 26, 407 (414).

835 *Petschek/Stagl*, Zivilprozeß 334; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 945; *Gitschthaler* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² § 368 ZPO Rz 3; *Walther*, RZ 1993, 47 (48).

836 *Heldmann*, ZZP 26, 407 (415 f und 429).

dass Lichtbilder oder Videoaufzeichnungen von einem Verkehrsunfall erstellt wurden oder dass ein beweiserhebliches Geräusch auf Tonband festgehalten wurde. Derartige Aufzeichnungen werden, zumal sie keine menschlichen Gedanken enthalten bzw vermitteln, als Augenscheinsgegenstände qualifiziert⁸³⁷ und können dennoch ohne weiteres im Interesse des späteren Beweisführers errichtet worden sein.

Zum anderen scheint es nicht zwingend geboten, den Gemeinschaftlichkeitstatbestand der »Errichtung im Interesse« derart eng auszulegen, dass damit allein die Herstellung bzw Neuerschaffung des Beweismittels gemeint ist. Es spricht nichts dagegen, es der Errichtung eines Beweismittels »im Interesse« gleichzuhalten, wenn ein an sich bereits bestehendes Beweismittel **vor Verlust/Vernichtung bewahrt und aufgehoben** wird. Ein anschauliches Beispiel lieferte etwa die bis zum Inkrafttreten des MaklerG⁸³⁸ im Jahre 1996 noch explizit normierte Pflicht des Handelsmäklers, von jeder durch seine Vermittlung nach Probe⁸³⁹ verkauften Ware die Probe, falls sie ihm übergeben wurde, aufzubewahren (§ 96 HGB idF vor dem MaklerG⁸⁴⁰). Diese Pflicht zur Aufbewahrung/Erhaltung eines Beweismittels diente ganz fraglos dem *Interesse des Käufers an einer allfälligen späteren Beweisführung*, zumal sie von Gesetzes wegen mit dem Zeitpunkt limitiert war, in dem die Ware ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt war⁸⁴¹. Man hat in diesen Konstellationen dementsprechend einen *gemeinschaftlichen* Augenscheinsgegenstand bejaht⁸⁴². Zwar existiert eine solche gesetzliche Bestimmung heute nicht mehr, es lassen sich aber nichtsdestotrotz praktische Beispiele finden: So ist etwa an die oft auf den formularmäßigen Reparaturaufträgen von Kfz-Werkstätten zu findende Frage zu denken, ob die ausgetauschten (weil

837 Siehe bloß *Gitschthaler* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ § 368 ZPO Rz 5; *Walther*, RZ 1993, 47 (49).

838 BGBl 1996/262.

839 Dazu siehe bloß *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1080 Rz 3; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1080 Rz 7.

840 Vgl auch schon nahezu gleichlautend Art 80 AHGB: »Der Handelsmäkler muß, sofern nicht die Parteien ihm dieses erlassen haben [...], von jeder durch seine Vermittlung nach Probe verkauften Waare die Probe, nachdem er dieselbe Behufs der Wiedererkennung gezeichnet hat, [...] aufbewahren [...]«

841 Vgl wiederum bereits Art 80 AHGB: »bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen, oder das Geschäft in anderer Weise erledigt ist.«

842 Explizit *Planck*, Lehrbuch II 263, zum (in den vorstehenden FN zitierten) nahezu gleichlautenden Art 80 AHGB.

angeblich defekten) Fahrzeugteile entsorgt oder zur Besichtigung durch den Werkbesteller aufgehoben werden sollen. Man wird solche Konstellationen meines Erachtens problemlos dem Gemeinschaftlichkeitstatbestand der »Errichtung« des Beweismittels im Interesse des späteren Beweisführers sinngemäß unterstellen dürfen.

Im Ergebnis erweist sich der Gemeinschaftlichkeitstatbestand der Errichtung im Interesse – unter Berücksichtigung der ausgeführten gedanklichen Adaptierungen – als im Bereich des Augenscheinsbeweises durchaus einsetzbar. Zudem finden sich im (überaus spärlichen) Schrifttum sogar Aussagen, die erkennen lassen, dass man auch hinsichtlich dieses Beweismittels eben dieselben Momente für maßgeblich erachtet hat, wie sie oben im Zusammenhang mit der Vorlagepflicht von im Interesse des Beweisführers errichteten Urkunden herausgearbeitet wurden: In diesem Sinne wurde die Gemeinschaftlichkeit und damit die Vorlagepflicht betreffend einen Augenscheinsgegenstand davon abhängig gemacht, dass die Partei **mit der Möglichkeit hätte rechnen müssen, dass der Augenscheinsgegenstand als Beweismittel verwertet werden könnte**⁸⁴³. Wie im Rahmen der Überlegungen zum Urkundenbeweis herausgearbeitet wurde, liegt exakt hierin die **Rechtfertigung** dafür, dass die von den Ausnahmetatbeständen (§ 305 ZPO) geschützten Interessen (Individualsphäre/Pflichtenkonflikt/Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung) gegenüber dem Prozesszweck der Wahrheitserforschung zurückzutreten haben⁸⁴⁴.

b. Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses

Versucht man, den Gemeinschaftlichkeitstatbestand nach § 304 Abs 2 Fall 2 ZPO beim Augenscheinsbeweis zur Anwendung zu bringen, stellen sich einem auch hier prima vista Hindernisse in den Weg. Problematisch erscheint, dass die Beurkundung eines Rechtsverhältnisses ja an sich definitionsgemäß das **Festhalten eines Gedankeninhalts** impliziert, was jedoch bei einem Augenscheinsobjekt nach dem herrschen-

843 *Heldmann*, ZZP 26, 407 (430), allerdings nicht unmittelbar im Hinblick auf den Gemeinschaftlichkeitstatbestand der Errichtung im Interesse, dessen Anwendbarkeit beim Augenscheinsbeweis von *Heldmann* ja in Abrede gestellt wird (vgl oben S 223 bei und in FN 836).

844 Oben S 186 ff; allerdings zweifelnd im Hinblick auf die Beseitigung des Schutzes vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung.

den Verständnis eben nicht in Frage kommt⁸⁴⁵. Allerdings wird dieser Gemeinschaftlichkeitstatbestand – wie erwähnt⁸⁴⁶ – durchwegs dahin verstanden, dass durch den Urkundeninhalt nicht unbedingt ein gegenseitiges Rechtsverhältnis erzeugt oder beurkundet worden sein muss; es soll bereits genügen, dass die Urkunde eine rechtliche Feststellung bezweckt und der beurkundete Vorgang zu dem fraglichen Rechtsverhältnis in unmittelbarer rechtlicher Beziehung steht. Die Urkunde müsse bloß eine objektive und unmittelbare Beziehung zu dem Rechtsverhältnis aufweisen, an dem der die Vorlage Begehrende beteiligt ist. Damit erweist sich das Festhalten eines Gedankeninhalts als **kein zwingendes Element dieses Gemeinschaftlichkeitstatbestands**, so dass dieser ohne weiteres auch **auf den Augenscheinsbeweis übertragbar** erscheint.

Als anschauliches **Beispiel** für die »Beurkundung« eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses durch ein Augenscheinsobjekt lässt sich etwa folgender Fall bilden⁸⁴⁷: Der Kunde eines Schneiders gibt die Anfertigung eines Mantels in Auftrag, welcher exakt einem vom Kunden zuvor anprobierten Modell gleichen soll. Wird in der Folge streitig, ob der angefertigte und gelieferte Mantel tatsächlich dem der Vereinbarung zugrunde gelegten Modell entsprochen hat, kann der Kunde eine unbedingte Vorlagepflicht hinsichtlich des Modells geltend machen, weil darin der Inhalt des gegenseitigen Rechtsverhältnisses (Werkvertrag) quasi »beurkundet« ist⁸⁴⁸.

Resümierend spricht somit meines Erachtens nichts dagegen, auch beim Augenscheinsbeweis auf den Gemeinschaftlichkeitstatbestand der Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses zurückzugreifen.

845 Nachweise oben S 223 FN 835.

846 Oben S 199 samt Nachweisen.

847 In Abwandlung des von *Heldmann*, *ZZP* 26, 407 (428), gebildeten Beispiels, in dem der Kunde eines Schusters von diesem die Vorlage der bei Auftragserteilung verwendeten Leisten begehrt.

848 Überaus treffsicher daher etwa bereits die Formulierung von *Planck*, Lehrbuch II 264 mwH, wonach ein gemeinschaftlicher Augenscheinsgegenstand dann vorliegt, wenn dessen *Beschaffenheit sinnlich erkennbare Momente der Entstehungsschichte eines Rechtsverhältnisses* darstellt.

c. *Schriftliche Verhandlungen*

Es mag aufs Erste paradox anmuten, doch wenn man die Möglichkeit einer »Beurkundung« durch Augenscheinsobjekte anerkannt hat, dann scheinen wohl auch »schriftliche Verhandlungen« im Sinne des § 304 Abs 2 *Fall 3* ZPO mithilfe von Augenscheinsobjekten nicht völlig ausgeschlossen. Zwar wird man dabei freilich auf die Verwendung von Schrift verzichten müssen, weil es hiermit unvermeidlich zu einer Aufzeichnung von Gedankeninhalten kommt (was der Kategorisierung des Beweismittels als Augenscheinsobjekt definitionsgemäß im Wege steht⁸⁴⁹). Allerdings sind wiederum durchaus wertungsmäßig gleichzuhaltende Konstellationen denkbar, so etwa der Kauf nach Probe, wenn die Probe übersendet worden ist⁸⁵⁰. Ebenso scheint dann auch die Tatbestandvariante der Einschaltung eines gemeinsamen Vermittlers anwendbar⁸⁵¹.

d. *Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung*

Was die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) betrifft, greifen beim Augenscheinsbeweis grundsätzlich dieselben Überlegungen, wie sie schon oben⁸⁵² zum Urkundenbeweis dargelegt wurden. Auch hier ist meines Erachtens davon auszugehen, dass die unbedingte Vorlagepflicht in einem engen normativen Zusammenhang mit der **Beschränkung der Möglichkeit zur Zurückziehung des Beweisanbots** steht; dies wird im Folgenden noch eingehend zu erörtern sein⁸⁵³, weshalb hier nur die wesentlichen Gedanken komprimiert darzustellen sind.

Auszugehen ist wiederum davon, dass durch das **Anbot** eines Augenscheinsbeweises eine **Pflicht zur sofortigen Vorlage des Beweismittels** ausgelöst wird⁸⁵⁴. Kommt der Beweisführer dieser **Vorlagepflicht**

849 Nachweise oben S 223 FN 835.

850 Dies findet sich auch bei *Planck*, Lehrbuch II 263 bei und in FN 11, als Äquivalent zu gemeinschaftlichen Urkunden.

851 *Planck*, Lehrbuch II 263 FN 11

852 § 4 III.B.5.b; S 215 ff.

853 Unten § 5 IV.; S 277 ff.

854 Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung (näher unten S 278) jedenfalls für solche Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen, die wie Urkunden vorgelegt werden können.

nach, so gewährt er seinem Gegner damit eine **vorteilhafte Rechtsposition**, und zwar dadurch, dass ihm die Möglichkeit eröffnet wird, dieses Beweismittel auch für die eigene Beweisführung nutzen zu können. Nach ganz allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen kann einem Rechtssubjekt (hier: dem Gegner) eine vorteilhafte Rechtsposition gegen seinen Willen nicht mehr ohne weiteres entzogen werden. Eine *Verschlechterung* der Rechtsposition des Gegners könnte nun allerdings insbesondere dadurch bewirkt werden, dass der Beweisführer das Beweismittel fallen lässt, sein *Beweisanbot* also wieder *zurückzieht*. Grundsätzlich hat das Gericht auch vorgelegte Augenscheinsgegenstände bei sich zu behalten; wurden sie für eine Entscheidung verwertet oder kommen sie dafür in Betracht, so sind sie bis zur Rechtskraft der Entscheidung beim Akte zurückzubehalten (§ 169 Abs 1 und 3 Geo). Damit ist sichergestellt, dass das einmal vorgelegte Beweismittel selbst im Fall der Zurückziehung des Beweisanbots *im Gerichtsakt zu verbleiben hat* und die faktische Möglichkeit des Gegners, das Beweismittel auch für die eigene Beweisführung zu nutzen, nicht mehr verloren gehen kann.

Ist der Beweisführer seiner Pflicht zur sofortigen Vorlage des angebotenen Beweismittels *nicht* nachgekommen, hat er also lediglich das Beweisanbot gestellt, das Augenscheinsobjekt **jedoch nicht vorlegt**, ist – wie auch bei Urkunden⁸⁵⁵ – dennoch bereits ein Schutz des Gegners vor einer Verweigerung der ihm gleichzeitig mit dem Beweisanbot zu gewährenden faktischen Möglichkeit zur Beweismittelnutzung geboten: Die ZPO akzeptiert es nämlich nicht, dass der Beweisführer dem Gegner die faktische Möglichkeit zur Nutzung des angebotenen und daher vorzulegenden Beweismittels verweigert. Das Beweisanbot (Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung) löst daher eine *unbedingte Vorlagepflicht* aus (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO iVm § 369 ZPO). Es genügt demnach bereits das Beweisanbot, um beim Gegner eine geschützte Rechtsposition auf Nutzung des Beweismittels entstehen zu lassen; ab diesem Moment darf die Durchführung des Beweises vom Beweisführer gegen den Willen des Gegners nicht mehr verhindert werden. Kommt er dieser Vorlagepflicht nicht nach, kann dies vom Gericht negativ gewürdigt werden (§ 307 Abs 2 iVm § 369 ZPO), und zwar unabhängig davon, ob ein Vorlageverweigerungsgrund im Sinne des § 305 ZPO vorliegt.

855 Vgl unten § 5 III.A.3; S 267 ff.

C. Auskunftssachen

Auskunftssachen verbindet mit den Urkunden, dass beide Beweismittel Gedankeninhalte festhalten – während Urkunden dies mit Schriftzeichen tun, bedienen sich Auskunftssachen jedoch anderer Formen als der Schrift. Treffend ist daher gesagt worden, die entscheidende Zäsur innerhalb der (nicht persönlichen) Beweismittel verlaufe zwischen der Gruppe der Augenscheinsgegenstände einerseits und der Gruppe der Urkunden und Auskunftssachen andererseits⁸⁵⁶.

Auch bei den Auskunftssachen bedient sich die ZPO zu ihrer Regelung des **Verweises auf** die Bestimmungen über den **Urkundenbeweis** (§ 318 Abs 2 ZPO); grundsätzlich kann daher von einer **Gleichstellung** der Auskunftssachen mit den Urkunden gesprochen werden⁸⁵⁷. Nachdem hinsichtlich der Mitwirkungspflicht Auskunftssachen und Urkunden demselben Regime unterstellt werden, genügt es daher – zur Vermeidung von Wiederholungen –, es dem Gesetzgeber mehr oder weniger gleichzutun und pauschal auf die in diesem Zusammenhang dargelegten Überlegungen zu verweisen⁸⁵⁸. Da Auskunftssachen ebenso wie Urkunden *Gedankeninhalte vermitteln*, tauchen hier – anders als bei Augenscheinsobjekten⁸⁵⁹ – auch kaum Schwierigkeiten bei der **sinngemäßen Anwendung der Gemeinschaftlichkeitstatbestände** des § 304 Abs 2 ZPO auf.

Es scheint daher legitim, sich darauf zu beschränken, lediglich einige wesentliche Aspekte anhand der in praxi wohl besonders häufigen Situation von **Tonbandaufzeichnungen** zu veranschaulichen. Hier scheint eine Gleichbehandlung mit Urkunden schon deswegen angezeigt, weil die Analogie im Hinblick auf die Fixierung eines Gedankeninhalts besonders augenscheinlich ist⁸⁶⁰. Situationen, in denen die Tonbandaufzeichnung »im Interesse« des Beweisführers erfolgt (»erichtet«) ist (Abs 2 Fall 1), sind leicht vorstellbar; gleiches gilt für die »Bekundung« eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses (Abs 2 Fall 2)⁸⁶¹.

856 *Walther*, RZ 1993, 47 (48).

857 Vgl aber sogleich die Einschränkung bei und in FN 860.

858 Oben § 4 III.; S 171 ff.

859 Zur Notwendigkeit, die Gemeinschaftlichkeitstatbestände des § 304 ZPO auf den Beweis durch Augenschein zu adaptieren, vgl oben § 4 IV.B.2; S 225 ff.

860 In diesem Sinn auch *Dilcher*, AcP 158, 469 (494).

861 Man denke bloß an die heute ganz gängige Aufzeichnung von Telefongesprächen über Wertpapierorders.

Dementsprechend hat man dafür plädiert, *Tonbandaufnahmen von Vertragsgesprächen* als eine gemeinschaftliche Auskunftssache zu behandeln⁸⁶².

Eine gewisse Sonderbehandlung könnten Auskunftssachen allerdings im Hinblick auf die unbedingte **Vorlagepflicht infolge Bezugnahme** (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) erfordern. Auffällig ist hier, dass § 302 ZPO – wie schon beim Augenscheinsbeweis – vom Verweis des § 318 Abs 2 ZPO ausdrücklich ausgenommen ist, also jene Bestimmung, die die Zurückziehung eines Beweisanbots nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gestattet, nicht eingreift⁸⁶³. In diesem Punkt sind Auskunftssachen demnach nicht den Urkunden, sondern den Augenscheinsgegenständen gleichgestellt. Die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme steht – wie schon erwähnt⁸⁶⁴ – in engem Zusammenhang mit der Beschränkung der Möglichkeit, ein Beweismittel fallen zu lassen (§ 302 ZPO). Nachdem diese Bestimmung beim Beweis durch Auskunftssachen unanwendbar ist, könnte man Zweifel daran hegen, ob der unbedingten Vorlagepflicht infolge Bezugnahme dasselbe teleologische Verständnis beigelegt werden kann wie beim Urkundenbeweis. Letztlich ändert dies aber nichts an der teleologischen Einordnung der Vorlagepflicht infolge Bezugnahme⁸⁶⁵: Damit soll sichergestellt werden, dass dem Gegner die sofort mit dem Beweisanbot zu gewährende vorteilhafte Rechtsposition auf faktische Nutzung des Beweismittels nicht wieder entzogen bzw vorenthalten werden kann; darauf wird noch näher im Zusammenhang mit den Beschränkungen des Falllassens von Beweismitteln einzugehen sein⁸⁶⁶.

862 *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (292).

863 Unter diesem einen Aspekt erscheint es daher vielleicht etwas überschießend, wenn in der Kommentarliteratur (*Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 318 ZPO Rz 1) bisweilen pauschal von einer Gleichstellung mit Urkunden gesprochen wird.

864 Oben § 4 III.B.5.b; S 215 ff.

865 Zu den Augenscheinsgegenständen siehe unmittelbar zuvor oben § 4 IV.B.2.d; S 227 f.

866 Unten § 5 IV; S 277 ff.

V. (Handels-)Bücher

Bevor sich die Analyse der Mitwirkungspflichten der Gruppe der persönlichen Beweismittel (Zeugen, Sachverständige, Parteienvernehmung) zuwendet, soll noch ein Sonderfall des Urkundenbeweises behandelt werden. Es wurde bereits anlässlich des Überblicks über vorprozessuale Mitwirkungspflichten⁸⁶⁷ angesprochen, dass jeder Unternehmer, der unternehmensrechtlich zur Rechnungslegung verpflichtet ist⁸⁶⁸, seine (Handels-)Bücher⁸⁶⁹ und insbesondere Inventare, empfangene Geschäftsbriefe, Abschriften der abgesendeten Geschäftsbriefe und Belege für Buchungen in den von ihm zu führenden Büchern (Buchungsbelege) sieben Jahre lang geordnet aufzubewahren hat (§ 212 Abs 1 UGB). Gleich im Anschluss an diese **Aufbewahrungspflicht** statuiert das UGB auch eine hierauf bezogene **prozessuale**⁸⁷⁰ (!) **Vorlagepflicht**: In einem Rechtsstreit kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Vorlage der Bücher einer Partei anordnen (§ 213 Abs 1 UGB); die Vorschriften der ZPO über die Verpflichtung zur Urkundenvorlage bleiben unberührt (§ 213 Abs 2 UGB)⁸⁷¹. Bei »Vermögensauseinandersetzungen« wird eine noch weitergehende Vorlagepflicht angeordnet (§ 215 UGB).

Damit ist die Frage aufgeworfen, in welchem Verhältnis die Vorlagepflicht nach § 213 UGB zu den allgemeinen Vorlagepflichten für (gemeinschaftliche) Urkunden steht.

Die hier interessierende prozessuale Vorlagepflicht nach § 213 UGB wird vom Schrifttum⁸⁷² unter Hinweis auf die in dieser Hinsicht sehr

867 Oben § 2 II.B.1; S 41 ff mit umfangreichen Nachweisen.

868 Diese Einschränkung des insofern nicht eindeutigen Wortlauts wird aus der systematischen Stellung der Bestimmung hergeleitet; *U. Torggler* in Straube, UGB³ § 212 Rz 5. Zur teleologischen Bestätigung dieser Auffassung siehe sogleich unten S 235. Die Anknüpfung einer Vorlagepflicht allein an den Umstand, dass jemand Bücher führte, wurde aber auch schon seit jeher als problematisch eingestuft: Es käme – so wurde argumentiert – einer Bestrafung gleich, würde man all diejenigen, die ordentliche Bücher führten, mit einer Vorlagepflicht belegen. (*Mittermaier*, Edition von Urkunden 60).

869 Durch das HaRÄG wurde der Begriff »Handelsbücher« auf »Bücher« gestutzt, was die Materielien (Erläuterung 1058 BgNR 22. GP 51) mit einer Anpassung der bisherigen Bestimmungen an die neuen Tatbestände und Terminologien begründen. Kritisch dazu *U. Torggler* in Straube, UGB³ § 212 Rz 4 (»überflüssig«).

870 *U. Torggler* in Straube, UGB³ § 213 Rz 2.

871 Während der Geltung des AHGB war dies – mangels einer entsprechenden Bestimmung – noch strittig; *Huggenberger*, Urkundenedition 31 f.

872 *U. Torggler* in Straube, UGB³ § 213 Rz 2, 8 und 21.

eindeutigen Materialien⁸⁷³ als eine **unbedingte** und **von der Gemeinschaftlichkeit** im Sinne des § 304 Abs 1 Z 3, Abs 2 ZPO **unabhängige Vorlagepflicht** gewertet. Für die Annahme eines eigenständigen Vorlage-tatbestands ließe sich vor allem ins Treffen führen, dass andernfalls die Bestimmung des § 213 UGB funktionslos bzw überflüssig werden würde; da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden darf, dass er unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen erlässt⁸⁷⁴, könnte man ja meinen, dass dem § 213 UGB ein eigenständiger Einsatzbereich nicht abgesprochen werden darf. Eine solche Argumentation schlägt im konkreten Zusammenhang letztlich aber nicht durch. Was nämlich häufig unerwähnt bleibt, hier jedoch sehr wesentlich erscheint, ist, dass aus den Materialien⁸⁷⁵ ebenfalls klar hervorgeht, dass das UGB die insofern »über die Bestimmungen der CPO hinausgehende« Vorlagepflicht vor allem deswegen explizit angeordnet hat, »weil in Wissenschaft und Praxis Zweifel darüber bestehen, in welchem Umfange die Handelsbücher eines Kaufmanns als für ihn und den Gegner gemeinschaftliche Urkunden anzusehen sind.« In diesem Lichte erscheint die Vorschrift keineswegs mehr zwingend als ein *zusätzlicher*, neben § 304 ZPO tretender Tatbestand für eine unbedingte Vorlagepflicht; sie kann gleichermaßen – bzw meines Erachtens sogar vorrangig – dahin gedeutet werden, dass der Gesetzgeber hiermit angesichts des Meinungsstreits lediglich die *Qualifikation von Büchern als gemeinschaftliche Urkunden klarstellen* wollte⁸⁷⁶. Ein ganz ähnliches Klarstellungsbedürfnis hat der Gesetzgeber im Übrigen hinsichtlich des schon besprochenen⁸⁷⁷ Schiedsspruchs geortet und ist dort ähnlich vorgegangen (vgl § 606 Abs 5 ZPO).

Doch auch davon abgesehen sprechen gute Gründe dafür, die Bücher von Unternehmern als gemeinschaftliche Urkunden im Sinne des § 304 Abs 2 ZPO betrachten: Wie aus der zitierten Materialienstelle hervorgeht und wie auch sonst einhellig angenommen wird, sind die Bücher eines rechnungslegungspflichtigen Unternehmers grundsätzlich den beweisrechtlichen Vorschriften über *Urkunden*, insbesondere über

873 *Denkschrift* HGB 46.

874 Nachweise oben S 17 FN 66.

875 *Denkschrift* HGB 46 f.

876 Dazu, dass ein kontroverser Diskussionsstand eine an sich redundante gesetzliche Regelung zu rechtfertigen vermag und somit methodisch unbedenklich erscheinen lässt, siehe etwa *Koziol*, ÖBA 1992, 886 (890).

877 Oben samt Nachweisen S 183 f.

deren Vorlage zu unterstellen⁸⁷⁸, weil es sich dabei um das nächstverwandte der im Gesetz typisierten Beweismittel handelt⁸⁷⁹. Ferner wird treffend betont, dass die Buchführungs- und Aufbewahrungspflichten keineswegs nur im Eigeninteresse des Unternehmers an der Führung eines geordneten Wirtschaftsbetriebs aufgestellt werden, sondern **ebenso dem Fremdinteresse** all jener dienen, die mit dem Unternehmer in Geschäftsbeziehung treten⁸⁸⁰. Damit steht einer Subsumtion der Bücher unter den Tatbestand des § 304 Abs 2 Fall 1 ZPO (Errichtung im Interesse) meines Erachtens nichts im Wege. Es scheint daher keineswegs verwegen, die Vorlagepflicht nach § 213 Abs 1 UGB als einen **Sonderfall der unbedingten Vorlagepflicht für gemeinschaftliche Urkunden** einzuordnen, der lediglich deswegen in einer eigenständigen Bestimmung erfasst wurde, um einer seinerzeit geführten Kontroverse ein Ende zu setzen.

Eine Stütze findet diese Sichtweise schließlich auch noch im **rechts-historischen Rückblick**: In der *Hannoverischen Proceßordnung* von 1850, welche ursprünglich Grundlage für den Entwurf einer »allgemeinen ZPO für die deutschen Bundesstaaten« sein sollte und in der Folge (mittelbar) auch die Entwürfe für die dZPO prägte⁸⁸¹, war nach der gesetzlichen Definition Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde auch immer dann anzunehmen, »wenn die Urkunde [...] in Handels- und Geschäftsbüchern besteht, welche zur Aufzeichnung der in Folge des Geschäfts geleisteten Zahlungen oder Lieferungen bestimmt sind« (§ 319 Abs 2 leg cit). Und auch die nach römischem Recht von den *Argentariern* geführten und vorzulegenden Geschäftsbücher, welche evidentermaßen in einer gewissen Verwandtschaft zu den hier interessierenden Bestimmungen stehen, wurden von manchen als gemeinschaftliche Urkunden betrachtet⁸⁸².

Nicht ausgeblendet werden sollte bei alledem allerdings, dass sich die Vorlagepflicht von Büchern zudem dadurch auszeichnet, dass sie

878 *Goldschmidt*, ZHR 19, 341 (372); *Feil*, GesRZ 1977, 7 (11). OGH 6 Ob 611/80 in SZ 53/95; 4 Ob 525/87 in RdW 1987, 292 = HS 18.053, 19.116.

879 *U. Torggler* in Straube, UGB³ § 213 Rz 20. Allgemein siehe auch *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 10.

880 *Bajons*, NZ 1991, 51 (51 und 52). *Kodek* in *Fasching/Konecny*; Zivilprozessgesetze² § 304 ZPO Rz 27, unterstellt Eintragungen in Handelsbüchern hingegen der Fallgruppe der Beurkundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses.

881 Zu einschlägigen Bestimmung des § 319 Abs 2 siehe oben § 3 I.C.8; S 85 f.

882 Oben S 58.

neben der rein prozessualen Zielsetzung der Wahrheitserforschung noch einen *weiteren Gesetzeszweck* verfolgt: Schon zur Vorlagepflicht der Argentarioer hatte man im Schrifttum treffend bemerkt⁸⁸³, dass damit nicht zuletzt auch die obrigkeitliche Kontrolle der ordentlichen Buchführung der *Argentarioer* auf die einzelnen Privatrechtssubjekte ausgelagert und somit im Ergebnis auch intensiviert werden sollte: Musste ein Argentarioer nämlich damit rechnen, dass seine Rechnungsführung zu jedem Zeitpunkt durch Einsichtsberechtigte überprüft werden konnte, lag darin ein (durch rein obrigkeitliche Überwachung niemals in diesem Ausmaß erzielbarer) Ansporn zu akkuraten Aufzeichnungen. Der Vorlagepflicht kam insofern also **Kontrollfunktion** zu, so dass man den Grund für ihre Einführung, nicht (allein) in privat-/verfahrenrechtlichen, sondern (ebenso) in **öffentlich-rechtlichen Überlegungen** zu sehen hat. Ganz in diesem Sinn wurde zum *gemeinen Recht* sehr plastisch betont, die Pflicht des Kaufmanns zur Vorlage seiner Büchern folge aus dem Umstand, dass sie »mit einem gewissen Grade von öffentlicher Glaubwürdigkeit versehen sind. Der Gewinn ist Privatsache des Kaufmanns, seine Geschäftsführung ist Teil seines öffentlichen Lebens; über jenen mag er disponieren, diese hängt von seiner Willkür nicht ab⁸⁸⁴.« Die Buchführung des Kaufmanns könne daher »nicht als dessen Privatsache betrachtet werden, sondern muss aus Rücksichten des öffentlichen Wohls gesetzlich geschützt und beobachtet werden; daher müssen alle Handelsgeschäfte mit einer gewissen Öffentlichkeit ausgestattet werden und daher auch das, was der Kaufmann aufzeichnet, als ›Gemeingut des Handelsstandes‹ angesehen werden. Da auf seinen Kredit vertraut werde, sei er strenge Rechenschaft über seine Geschäftsführung schuldig⁸⁸⁵.«

Zwar wird man § 213 UGB nun freilich nicht auf exakt denselben Rechtsgedanken zurückführen können wie die Vorlagepflicht, die im römischen Recht für die Argentarioer vorgesehen war⁸⁸⁶; diese Verpflichtung war nämlich zu einem Teil auch durch deren öffentliche Stellung als Träger eines funktionierenden Kreditwesens bedingt. Allerdings scheint die Anerkennung besonderer⁸⁸⁷ öffentlicher Interessen hinter

883 Dazu eingehend oben S 56 f samt umfangreichen Nachweisen.

884 *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 42.

885 *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden 52 f.

886 *Mittermaier*, Edition von Urkunden 41.

887 Wie schon im Rahmen der Analyse der mitwirkungsfördernden Faktoren herausgearbeitet wurde (oben S 115 bei und in FN 472), besteht auch schon im *Normalfall*

der Buchvorlagepflicht meines Erachtens auch für die geltende österreichische Rechtslage (§ 213 UGB) angezeigt. So wird nämlich die unternehmensrechtliche *Buchführungs- und Aufbewahrungspflicht* (§ 212 UGB) verbreitet (auch) mit dem Schutz öffentlicher Interessen begründet⁸⁸⁸, woraus Teile der Lehre⁸⁸⁹ eine Sonderbehandlung der *Beweisführung* durch Bücher ableiten: Ein Schutz der Individualsphäre komme demnach nicht in Betracht, weshalb *jedenfalls* eine *amtswegige Beweisaufnahme* in Ausübung der diskretionären Gewalt (§ 183 Abs 1 ZPO) möglich sei; in Abweichung von der allgemeinen Regel (§ 183 Abs 2 ZPO) stehe also die übereinstimmende Erklärung beider Parteien, auf das Beweismittel verzichten zu wollen, der Beweisaufnahme nicht entgegen. Diese Auffassung erweist sich im Lichte der vorstehenden Analyse als systematisch völlig konsequent: Sieht man die Reichweite der prozessualen Mitwirkungspflichten nämlich als das *Ergebnis einer Abwägung der aufeinandertreffenden Interessen*, dann muss das Hinzutreten öffentlicher Interessen zu einer **weiteren**, über die unbedingte Vorlagepflicht infolge Gemeinschaftlichkeit noch hinausgehenden **Verschärfung der Mitwirkungspflichten** führen⁸⁹⁰.

Mithilfe dieser Sichtweise lassen sich nun zwei weitere Aspekte des herrschenden Verständnisses zu § 213 UGB würdigen: Erstens wird – wie erwähnt⁸⁹¹ – vertreten, dass die Vorlagepflicht des § 213 UGB **nur rechnungslegungspflichtige** Unternehmer trifft. Wenngleich sich eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs aus dem Wortlaut der Bestimmung keineswegs eindeutig ableiten lässt, so ist ihr angesichts der eben angestellten Überlegungen vorbehaltlos zuzustimmen. Denn die hinter § 213 UGB stehenden besonderen öffentlichen Interessen existieren freilich nur dort, wo der Gesetzgeber auch eine Rechnungslegungspflicht vorgesehen hat. Besteht keine Rechnungslegungspflicht, dann kann eine (unbedingte) Vorlagepflicht nur nach den allgemeinen Regeln über den Urkundenbeweis begründet werden.

▷> ein *allgemeines* öffentliches Interesse an der Wahrheitserforschung im Zivilprozess und damit an einer Vorlagepflicht.

888 U. Torggler in Straube, UGB³ Vor § 189 Rz 37 mwN; Bajons, NZ 1991, 51 (51).

889 Bajons, NZ 1991, 51 (52); H. Torggler in Straube, HGB II¹ § 213 Rz 1; U. Torggler in Straube, UGB³ § 213 Rz 5.

890 Zu öffentlichen Interessen als mitwirkungsförderndem Faktor siehe eingehend schon oben § 4 II.A.2; S 120 ff.

891 Nachweise oben S 231 FN 868.

Zum Zweiten wird im Schrifttum⁸⁹² betont, dass sich die in § 213 UGB festgeschriebene Vorlagepflicht (nach dem Wortlaut der Bestimmung) nur auf die Bücher selbst, **nicht** aber etwa auch auf die **Handelsbriefe und anderen kaufmännischen Unterlagen** erstrecken soll. Im Lichte der vorstehenden teleologischen Analyse scheint es allerdings wohl durchaus erwägenswert, den Anwendungsbereich des § 213 UGB im Wege der **Analogie** zu erweitern, zumal ja hinsichtlich solcher Unterlagen ebenfalls eine Aufbewahrungspflicht besteht (§ 212 Abs 1 UGB), welcher ebenso wie den Rechnungslegungsvorschriften öffentlich-rechtlicher Charakter attestiert wird⁸⁹³. Es sollte hier daher das besondere öffentliche Interesse in gleichem Maße wie hinsichtlich der Bücher und somit auch eine Vorlagepflicht nach § 213 UGB zu bejahen sein. Der vom Gesetzeswortlaut vorgegebenen Differenzierung wird man sich nur dann anschließen können, wenn man Gründe findet, weshalb für solche Unterlagen kein bzw lediglich ein stark reduziertes öffentliches Interesse an öffentlicher Kontrolle angenommen werden darf. Nur wenn dieses öffentliche Interesse fehlt, hat es bei der Anwendung der allgemeinen Regeln über die (unbedingte) Urkundenvorlagepflicht zu bleiben. Mit anderen Worten: Die Vorlage kann zwar nach den allgemeinen Tatbeständen der §§ 303 ff ZPO aufgetragen werden, nicht aber nach § 213 UGB. Der Unterschied liegt dann darin, dass nur im erstgenannten Fall das Beweismittel nach § 183 Abs 2 ZPO durch übereinstimmende Erklärung der Parteien ausgeschlossen werden kann und dass Vorlageverweigerungsgründe nach § 305 ZPO eingreifen.

Resümierend wird man die Vorlagepflicht nach § 213 UGB damit als einen **Sonderfall der gemeinschaftlichen Urkunden** anzusehen haben, in dem sich die Vorlagepflicht zudem auf ein besonderes öffentliches Interesse gründet. Dies rechtfertigt eine Verschärfung dahingehend, dass die Vorlage durch übereinstimmende Parteienerklärung (§ 183 Abs 2 ZPO) ausnahmsweise nicht verhindert werden kann.

892 U. Torggler in Straube, UGB³ § 213 Rz 14 mwH; Gottwald, BeitrZPR V 19 (32). Für eine Vorlagepflicht hinsichtlich sämtlicher in § 212 UGB genannter Unterlagen jedoch *Geist* in Jabornegg, HGB § 213 Rz 3. Diese Frage beschäftigte bereits die Literatur zum AHGB; siehe *Huggenberger*, Urkundenedition 32 mwH.

893 U. Torggler in Straube, UGB³ § 212 Rz 2 mwH.

VI. Zeugen und Sachverständige

Wechselt man von den körperlichen zu den **persönlichen Beweismitteln**, stellt sich zunächst die Frage, ob und in welcher Form eine Mitwirkungspflicht des Beweisgegners hier überhaupt vorstellbar ist. Nur bejahendenfalls kann geprüft werden, von welchen Voraussetzungen diese Mitwirkungspflicht abhängig sein soll, insbesondere also, ob auch hier eine Gemeinschaftlichkeit von Zeugen und Sachverständigen denkbar ist. Es ist bereits klar geworden, dass eine der Vorlagepflicht bei körperlichen Beweismitteln parallele Mitwirkung auch hinsichtlich von Zeugen und Sachverständigen erforderlich sein kann: Zum einen werden in diesem Zusammenhang jene Fälle angeführt, in denen nur der Gegner der beweisbelasteten Partei *Kenntnis von der Identität oder der ladungsfähigen Anschrift* eines Zeugen hat, so dass die Sachverhaltserforschung von der Bekanntgabe dieser Informationen abhängt⁸⁹⁴. Zum anderen kommt auch in Betracht, dass Zeugen bzw Sachverständige einer *gegenüber dem Beweisgegner bestehenden Verschwiegenheitspflicht* unterliegen und ihre Vernehmung daher erst dadurch ermöglicht werden kann, dass sie der Beweisgegner davon entbindet⁸⁹⁵. Anders als für den Urkundenbeweis (§ 304 ZPO) und durch Verweis auch für Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen (§§ 369, 318 Abs 2 ZPO) wird aber dennoch weder hinsichtlich des Zeugen- noch hinsichtlich des Sachverständigenbeweises eine Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel im Gesetz angesprochen⁸⁹⁶.

Da sich beim Beweis durch Sachverständige an sich dieselben Rechtsprobleme auftun wie beim Zeugenbeweis⁸⁹⁷, wird im Folgenden vereinfachend nur das letztgenannte Beweismittel erörtert.

894 Dazu schon samt Nachweisen oben S 20 f bei und in FN 84.

895 Dazu schon samt Nachweisen oben S 21 bei und in FN 85.

896 *Neumann*, Zivilprozeßgesetze⁴ II 1031 FN 1.

897 Dazu schon oben § 1 II.D; S 22 ff.

A. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

1. Meinungsstand

Trifft den Zeugen eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, dann darf⁸⁹⁸ er die Aussage verweigern (§ 321 Abs 1 Z 3). Schon *Stürner*⁸⁹⁹ hat mit Blick auf den mit einer **Verschwiegenheitspflicht** belegten Zeugen die **Parallele zur Urkunde** in den Händen des Beweisgegners gezogen, zumal auch der Zeuge dem Zugriff der beweisbelasteten Partei gewissermaßen entzogen ist; der Fall liege daher hier nicht viel anders als bei *Urkunden oder Augenscheinsgegenständen*, die sich in der Verfügungsmacht der mitwirkungspflichtigen Partei befinden, denn ob die Verfügungsgewalt nämlich in einem dinglichen Recht am körperlichen Beweismittel besteht oder in dem Recht, ein persönliches Beweismittel vom Prozess fernzuhalten, mache nur einen geringen Unterschied. *Stürner* kommt daher zu dem konsequenten Ergebnis, dass die **Entbindung von einer Verschwiegenheitspflicht** gleichermaßen **Bestandteil einer prozessualen Mitwirkungspflicht** sein kann. Im Grundsatz erscheint es in der Tat geboten, dass – was schon angeklungen ist⁹⁰⁰ – unabhängig vom jeweiligen Beweismittel für die Reichweite der Mitwirkungspflicht grundsätzlich kongruente Lösungen erzielt werden. Es überzeugt daher, wenn *Stürner* weiters betont, dass es widersprüchlich wäre, die Partei zur Mitwirkung durch Vorlage körperlicher Beweismittel zu verpflichten, weil die Individualsphäre – und wie aus Sicht des österreichischen Verfahrensrechts zu ergänzen ist: auch die sonstigen von den Ausnahmetatbeständen (§ 305 ZPO) geschützten Interessen⁹⁰¹ – zu schwach ist, um sie davon zu befreien, sie aber wegen derselben Geheimtatsachen davon absehen dürfte, durch Entbindung

898 Ganz zutreffend wurde in diesem Zusammenhang herausgestrichen, dass – soweit nicht § 320 ZPO eingreift – derartige materielle Verschwiegenheitspflichten lediglich ein Aussageverweigerungsrecht, jedoch *kein Vernehmungsverbot* statuieren; ist der Zeuge daher zur Aussage bereit, besteht an der Zulässigkeit seiner Vernehmung kein Zweifel; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 (288); *derselbe*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 (89 f und 104); *Schumacher*, ZJP 123, 283 (286).

899 Aufklärungspflicht 202 ff.

900 Zum dogmatisch gebotenen Gleichklang zwischen den beweisrechtlichen Mitwirkungspflichten und den Bestimmungen über den Parteivortrag siehe schon oben S 28 ff.

901 Zur Schutzausrichtung der Ausnahmetatbestände des § 305 ZPO im Hinblick auf Pflichtenkollisionen und die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung siehe eingehend oben S 173 f.

ihrer Vertrauensperson zur Wahrheitserforschung beitragen zu müssen. Das Wissen der Vertrauensperson um Tatsachen des Geheimnisbereichs wäre besser geschützt als das eigene Wissen der Partei⁹⁰².

Ein solcher Standpunkt ist auch bereits im österreichischen Schrifttum vertreten worden: So hat *Schumacher*⁹⁰³ davor gewarnt, dass eine Partei mit einer negativen Würdigung ihres Verhaltens zu rechnen hat, wenn sie einen ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Zeugen nicht von dieser Verschwiegenheitspflicht entbindet; damit wird freilich implizit eine Mitwirkungspflicht in Gestalt der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht bejaht⁹⁰⁴. *Jahoda*⁹⁰⁵ bezeichnet etwa konkret einen vertragserrichtenden Rechtsanwalt, der als Zeuge befragt werden soll, sogar explizit als »lebende gemeinschaftliche Urkunde«, deren »Vorlage« nicht einseitig verhindert werden könne. Die österreichische Rechtsprechung⁹⁰⁶ hingegen lehnt eine Entbindungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei gänzlich ab. Teilweise⁹⁰⁷ wird vertreten, die Partei sei »nur in Extremfällen«, wie zum Beispiel bei Rechtsmissbrauch, zur Entbindung des Zeugen verpflichtet.

2. Stellungnahme

a. Kongruente Behandlung der persönlichen Beweismittel

Meines Erachtens ist jenen Lehrmeinungen beizupflichten, die im Rahmen der **allgemeinen Mitwirkungspflicht** der nicht beweisbelasteten Partei auch die Entbindung eines Zeugen von seiner Verschwiegen-

902 Nach *Stürner*; JZ 1985, 453 (459), soll eine solche Pflicht des Beweisgegners zur Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht ferner dann bestehen, wenn der Beweisführer in ein prozessuales Geheimverfahren einwilligt. Die Umsetzung eines Geheimnisschutzes durch ein partiell geheimes Verfahren scheint für das österreichische Verfahrensrecht aber kaum aussichtsreich; dazu schon oben S 108 FN 442 mWH.

903 ÖJZ 1987, 673 (676); *derselbe*, ÖBl 1988, 89 (90).

904 In diesem Sinn ferner auch *Rassi*, ZZP 121, 165 (193f), der die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht ebenfalls durchaus als eine Verletzung der Mitwirkungspflicht in Betracht zieht. Dass die Zulässigkeit einer negativen Würdigung von der Bejahung einer Mitwirkungspflicht abhängen muss, spricht etwa auch *Peters*, FS Schwab 399 (403f), deutlich aus.

905 AnwBl 1973, 122 (122).

906 OGH 1 Ob 254/99f in SZ 72/183 (Arztgeheimnis); RIS-Justiz RS0004570. Offenlassend hingegen 2 Ob 115/09i.

907 *Rassi*, EF-Z 2010, 212 (216).

heitspflicht fordern. In der Tat ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Fälle im Hinblick auf die Pflicht zur Mitwirkung an der Wahrheitserforschung anders einzustufen sein sollten als die körperlichen Beweismittel: In beiden Konstellationen – sowohl etwa bei Urkunden als auch bei Zeugen – steht der Beweisaufnahme/Wahrheitserforschung ein Hindernis im Wege, wobei es der Gegner in der Hand hat, dieses Hindernis zu beseitigen. Ob es sich dabei um ein körperliches Beweismittel handelt, das vom Gegner vorzulegen ist (*Vorlagepflicht*), oder ob es sich um einen Vernehmungsbeweis handelt, den der Gegner durch die Beseitigung eines Weigerungsgrundes ermöglichen soll (*Entbindungspflicht*), darf meines Erachtens **keine unterschiedliche Beurteilung** nach sich ziehen.

Geht man demnach vom gebotenen **Gleichlauf** zwischen der Mitwirkung bei körperlichen einerseits und bei persönlichen Beweismitteln andererseits aus, verlangt dies im Lichte der vorstehenden Analyse zum Urkundenbeweis allerdings nach weiteren **Differenzierungen**: Es ist nämlich daran zu erinnern, dass die Mitwirkungspflicht des Gegners der beweisbelasteten Partei in Gestalt der Urkundenvorlage keineswegs ausnahmslos angeordnet wird. Zwar besteht im **Grundsatz** eine Mitwirkungs-/Vorlagepflicht, doch wird durch Ausnahmen (Weigerungsgründe; § 305 ZPO) und Gegenausnahmen (unbedingte Vorlagepflichten; § 304 ZPO) ein sehr fein justiertes System des Rechtsgüterschutzes installiert. Dieses oben⁹⁰⁸ aus den gesetzlichen Bestimmungen zu den *körperlichen* Beweismitteln herausdestillierte Prüfungsschema muss freilich – wenn man es mit dem Gebot der kongruenten Behandlung aller Beweismittel ernst meint – gleichermaßen bei den *persönlichen* Beweismitteln zur Anwendung gelangen. Die Pflicht, den Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, besteht daher dann nicht, wenn dessen Aussage Tatsachen offenbaren würde, die – wären sie in einer Urkunde enthalten – den urkundeninnehabenden Gegner von der Vorlagepflicht befreien. Es muss dem Beweisgegner somit auch hier der von den **Ausnahmetatbeständen** des § 305 ZPO gewährte Schutz (a) der *Individualsphäre*, (b) vor einem *Pflichtenkonflikt* und (c) vor der *Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung* erhalten bleiben.

908 § 4 I.B; S 108 ff; ferner § 4 III.A; S 171 ff.

b. *Gegenausnahmetatbestände und ihre Adaptierung*

Wendet man das Prüfungsschema konsequent an, wird man dem Beweisgegner einen Schutz aus diesen Ausnahmen aber dann versagen müssen, wenn ein (**Gegenausnahme-**)**Tatbestand** verwirklicht ist, der eine unbedingte Urkundenvorlagepflicht auslösen würde (§ 304 ZPO), wozu insbesondere die **Gemeinschaftlichkeit** des Beweismittels zu zählen ist. Es stellt sich hier nun neuerlich die Frage, ob und wie die speziell für Urkunden maßgeschneiderten *Tatbestände* des § 304 Abs 2 ZPO *gedanklich anzupassen* sind, wenn sie auf ein anderes Beweismittel übertragen werden sollen. Eine solche Adaptierung hat sich als durchaus bewältigbar erwiesen und hat auch zu praktikablen Ergebnissen geführt, als es darum ging, Auskunftssachen und Augenscheinsobjekte den Wirkungen der Gemeinschaftlichkeit zu unterwerfen⁹⁰⁹. Schwierigkeiten könnten sich allerdings nun auftun, wenn versucht wird, das Gemeinschaftlichkeitskriterium nicht mehr nur auf die körperlichen, sondern auch auf die *persönlichen Beweismittel* zur Anwendung zu bringen. Bei näherer Überlegung und unter Bedachtnahme auf deren teleologische Stoßrichtung scheinen die Gemeinschaftlichkeitstatbestände aber meines Erachtens hier ebenfalls sinngemäß einsetzbar.

Eine »**Errichtung**« **im Interesse des Beweisführers** und damit eine unbedingte Entbindungspflicht wird man etwa dann annehmen können, wenn der Zeuge, dessen Verschwiegenheitspflicht nun zur Diskussion steht, eben gerade deswegen herangezogen wurde, um die betreffenden Tatsachen wahrzunehmen und anschließend für den Beweisführer bezeugen zu können. Es liegt nahe, diesbezüglich von einer »**Bezeugung im Interesse**« zu sprechen⁹¹⁰.

Auch der Gemeinschaftlichkeitstatbestand der »**Bekundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses**« scheint auf den Zeugenbeweis übertragbar: Hier wird zum Urkundenbeweis ja vertreten, dass es nicht erforderlich ist, dass der Urkundeninhalt ein gegenseitiges Rechtsverhältnis erzeugt oder beurkundet; es genügt vielmehr, dass die Urkunde

909 Siehe zu Augenscheinsobjekten oben § 4 IV.B.2; S 223 ff; zu Auskunftssachen § 4 IV.C; S 229 f.

910 Allenfalls könnte eine solche Formulierung mit Bedenken an der Glaubwürdigkeit des Zeugen einhergehen, weshalb sie wohl nur bedachtsam eingesetzt werden sollte.

eine rechtliche Feststellung bezweckt und der beurkundete Vorgang zu dem fraglichen Rechtsverhältnis in unmittelbarer rechtlicher Beziehung steht⁹¹¹. Demnach wird man es unter diesem Tatbestand auch hinreichen lassen, wenn der Zeuge einen *Vorgang wahrgenommen hat, der eine objektive und unmittelbare Beziehung zu dem Rechtsverhältnis aufweist, an dem der Beweisführer beteiligt ist*. Zu erinnern ist hier aber freilich daran, dass teleologische Überlegungen eine *Einschränkung* dahingehend erfordern, dass die unbedingte Mitwirkungspflicht nur dann ausgelöst wird, wenn es um solche Tatsachen oder Vorgänge geht, die dem Beweisführer ohnehin bekannt sind oder von ihm infolge seiner Beteiligung am fraglichen Rechtsverhältnis ohne weiteres in Erfahrung gebracht werden können. In allen anderen Fällen ist die Neutralisierung der Ausnahmetatbestände zum Schutz der Individualsphäre und zum Schutz vor einem Pflichtenkonflikt nicht gerechtfertigt⁹¹².

Ferner kommt eine unbedingte Pflicht zur Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht auch dann in Betracht, wenn der Gemeinschaftlichkeitstatbestand der »**schriftlichen Verhandlungen**« sinngemäß erfüllt ist: Dies kann dann vorliegen, wenn der Zeuge ebenso wie die bei schriftlichen Verhandlungen verwendeten Urkunden gewissermaßen als (Transport-)Medium für die ausgetauschten Erklärungen eingesetzt wurde; dann ist die der Geheimhaltungspflicht unterliegende Tatsache dem Zeugen ja eben deswegen anvertraut worden, damit sie dem Beweisführer mitgeteilt wird.

Und schließlich wäre auch daran zu denken, infolge einer **Bezugnahme** auf den Zeugen eine unbedingte Mitwirkungs-/Entbindungspflicht zu bejahen. Hier ist wiederum darauf hinzuweisen, dass dieser Tatbestand des § 304 ZPO in unmittelbarem normativen Zusammenhang mit der Frage steht, ob und unter welchen Umständen ein Beweismittel wieder fallen gelassen werden kann. Auf dieses Regelungsproblem wird auch für den Zeugenbeweis noch separat einzugehen sein⁹¹³. Hier ist daher nur knapp das wesentliche Ergebnis der noch anzustellenden Überlegungen vorwegzunehmen: Die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme soll dem Gegner jene vorteilhafte Rechtsposition verschaffen und sichern, die ihm entstanden wäre, wenn der Beweisführer seiner durch das Beweisanbot ausgelösten

911 Oben S 199 mit Nachweisen.

912 Eingehend dazu oben S 202.

913 Unten § 5 V; S 284 ff.

Pflicht zur sofortigen Vorlage bzw (beim Zeugen) zur genauen Bezeichnung des Beweismittels nachgekommen wäre. Bietet der Beweisführer einen Beweis durch Zeugen an, so ist er verpflichtet, den Namen und Anschrift der von ihm angebotenen Zeugen und insbesondere eine **Zustelladresse** im Sinne des § 4 ZustG dem Gericht bekannt zu geben. *Nicht* aber muss der angebotene Zeuge auch von einer Verschwiegenheitspflicht entbunden werden. Die sinnngemäße Anwendung des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO beim Zeugenbeweis wird den Beweisführer meines Erachtens daher nicht verpflichten, einen Zeugen auf den er zum Zweck der Beweisführung bereits Bezug genommen hat, von einer allfälligen Verschwiegenheitspflicht zu entbinden.

c. Sonderfall: Verschwiegenheitspflicht eines Vertragsverfassers

In der Praxis tritt die Frage nach der Notwendigkeit, Zeugen von einer sie treffenden Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, nicht selten dann auf, wenn ein von den Streitteilen als Vertragsverfasser eingesetzter **Rechtsanwalt, Notar oder Wirtschaftstreuhänder** im Prozess als **Zeuge über das Rechtsgeschäft** befragt werden soll. Die österreichische Rechtsprechung⁹¹⁴ steht auf dem Standpunkt, dass wenn eine solche Vertrauensperson nicht von einem einzelnen, sondern von mehreren Mandanten in »Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks in Anspruch genommen« wird, bereits die Entbindung der Vertrauensperson durch *einen* (!) der beteiligten Geheimnisherrn⁹¹⁵ ausreicht, um den Zeugnisverweigerungsgrund (§ 321 Abs Z 3 und 4 ZPO) entfallen zu lassen. Im Schrifttum⁹¹⁶ ist man dieser Auffassung weitgehend beigetreten.

Im Lichte der vorstehenden Überlegungen scheint es jedoch angezeigt, diesen Zugang zu verfeinern bzw weiterzuentwickeln. Auszugehen

914 OGH 5 Ob 520/91 in AnwBl 1991/3878 mit zust Anm *Strigl* = AnwBl 1993/4431 mit krit Anm *Arnold*; 4 Ob 228/14i in EvBl 2005/110 = SZ 2004/187; 6 Ob 128/07b. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung ist eingehend dargestellt und nachgezeichnet bei *Fichtenbauer*, AnwBl 1993, 69 (69), und *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 (91 ff).

915 Zu den Begriffen Geheimnisherr und Geheimnisträger bereits oben S 144 FN 598 samt Nachweisen.

916 *Fichtenbauer*, AnwBl 1993, 69 (69); *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 321 ZPO Rz 18; *Fenyves/Spitzer*, NZ 2010, 262 (265); *Schumacher*, ZZZ 123, 283 (300); zuletzt *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 (98 f) mwH. Dagegen allerdings *Arnold*, AnwBl 1993/4431 (Entscheidungsanmerkung).

ist zunächst davon, dass eine Vertrauensperson (Geheimnisträger), die mehreren Geheimnisherrn gegenüber zur Geheimhaltung verpflichtet ist, jede der sie treffenden Geheimhaltungs-/Verschwiegenheitspflichten als Aussageverweigerungsgrund (§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO) geltend machen kann. Wird sie *nur von einem* ihrer Geheimnisherrn entbunden, dann besteht das Aussageverweigerungsrecht grundsätzlich weiterhin. Einzuräumen ist allerdings, dass eine solche streng formale Lösung in jenen Situationen einigermassen unbefriedigend erscheint, in denen es um die Geheimhaltung solcher Tatsachen geht, die der Vertrauensperson gerade deswegen anvertraut wurden, um zwischen allen davon betroffenen Geheimnisherrn einen Zustand der *Rechtssicherheit* herzustellen. Wie vom OGH⁹¹⁷ und auch vom Schrifttum⁹¹⁸ ganz zutreffend betont wurde, besteht der **Zweck der Hinzuziehung** derartiger Vertrauenspersonen in der **übereinstimmenden Absicht der beteiligten Geheimnisherrn Rechtssicherheit herzustellen**. Diese gemeinsame Zielsetzung der Rechtssicherheit würde nun aber völlig ins Gegenteil verkehrt, wäre es einem der Beteiligten möglich, die Zeugenaussage des Geheimnisträgers zu verhindern, indem er nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden wird.

Es leuchtet ein, dass in derartigen Konstellationen die unbeschränkte Aussageverweigerung der Vertrauensperson unbefriedigend ist. Meines Erachtens sollte der Ausweg aus diesem Dilemma nun allerdings nicht – so wie es die herrschende Auffassung tut – allein darin gesucht werden, die Verschwiegenheitspflicht der Vertrauensperson generell entfallen zu lassen, wenn bloß einer der Beteiligten darauf verzichtet und ihre Hinzuziehung von einem »gemeinsamen Zweck« getragen war. Ein solcher Lösungsweg ist nämlich mit dem nicht unbedeutenden Nachteil behaftet, dass sich die Vertrauensperson in eben jener misslichen Lage wiederfindet, in die auch der Schuldner einer Leistung beim **Prätendentenstreit** gerät: Er wird von mehreren Gläubigern in Anspruch genommen und trägt das Risiko, beurteilen zu müssen, welche dieser Forderungen tatsächlich berechtigt ist; entscheidet er sich für die Erfüllung gegenüber dem unberechtigten Gläubiger, ist er Schadenersatzansprüchen des anderen ausgesetzt. Nicht anders ergeht es der gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertrauensperson,

917 5 Ob 520/91 in ecolex 1991, 621.

918 *Fichtenbauer*, AnwBl 1993, 69 (69).

wenn man mit der herrschenden Auffassung davon ausgeht, dass sie beim Verzicht bereits eines der beteiligten Geheimnisherrn nicht mehr zur Aussageverweigerung berechtigt sein soll; die *Vertrauensperson* trägt dann das *Risiko, beurteilen zu müssen, ob die Voraussetzungen für den Wegfall – insbesondere also der gemeinsame Zweck ihrer Hinzuziehung – tatsächlich gegeben sind* oder nicht. Anders als der Schuldner einer Sachleistung kann die Vertrauensperson dieser Gefahr *nicht durch eine gerichtliche Hinterlegung nach § 1425 ABGB* ausweichen.

Meines Erachtens kommt noch ein weiterer Grund hinzu, der es vorzugswürdig erscheinen lässt, in solchen Konstellationen keinen generellen Entfall der Verschwiegenheitspflicht bzw des Aussageverweigerungsrechts der Vertrauensperson anzunehmen. Zu bedenken ist nämlich ferner, dass grundsätzlich eine **kongruente Behandlung aller Beweismittel** im Hinblick auf die Bestimmung und den Umfang der prozessualen Mitwirkungspflichten geboten ist, dass also konkret das *allgemeine Fallprüfungsschema* anzuwenden sein sollte. Bei konsequenter Anwendung dieser zuvor bereits dargelegten Sichtweise ist es daher wohl angezeigt, die in der Verschwiegenheitspflicht der Vertrauensperson liegende Blockade nur dadurch zu überwinden, dass man vom anderen beteiligten Geheimnisherrn im Rahmen seiner *prozessualen Mitwirkungspflicht die Entbindung* der Vertrauensperson hievon verlangt. Demnach bleibt die Vertrauensperson also *verschwiegenheitspflichtig* und daher *aussageverweigerungsberechtigt* (§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO), solange sie nicht wirksam *von sämtlichen Geheimnisherrn von der Verschwiegenheitspflicht entbunden* wurde; jedoch besteht angesichts des *gemeinsamen Zwecks bzw der übereinstimmenden Absicht der beteiligten Geheimnisherrn* beim Einsatz der Vertrauensperson (Herstellung von Rechtssicherheit) eine Pflicht aller Geheimnisträger, die Vertrauensperson von ihrer Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Diese Entbindungspflicht lässt sich aus der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Wahrheitserforschung herleiten, welche hier – wiederum in adaptierter Form – *unbedingt* eingreift, zumal es sich bei der Vertrauensperson um ein **gemeinschaftliches Beweismittel** handelt: Die Vertrauensperson wurde nach der übereinstimmenden Absicht der beteiligten Geheimnisherrn gerade deswegen eingesetzt, um Rechtssicherheit herzustellen, was meines Erachtens zwanglos dem Gemeinschaftlichkeitstatbestand der **Urkundenerrichtung im Interesse** gleichgehalten werden kann. Als völlig treffend erweist es sich daher, wenn der vertragserrichtete Rechtsanwalt, der nun als Zeuge im Rechtsstreit der

Vertragsparteien befragt werden soll, im Schrifttum⁹¹⁹ als »lebende gemeinschaftliche Urkunde«, deren »Vorlage« nicht einseitig verhindert werden könne, titulierte wird.

B. Bekanntgabe von Ladungserfordernissen

Als zweite praktisch relevante Fallgruppe der Mitwirkung des Beweisgegners bei der Sachverhaltserforschung durch persönliche Beweismittel kommt in Betracht, dass nur der Gegner der beweisbelasteten Partei Kenntnis von der Identität und/oder der ladungsfähigen Anschrift eines Zeugen hat, so dass die Sachverhaltserforschung ohne Bekanntgabe dieser Informationen blockiert ist. In solchen Konstellationen wird man meines Erachtens ohne weiteres auf die vorstehend ausgeführten Überlegungen zurückgreifen können: Dem Beweisgegner ist zwar grundsätzlich eine **allgemeine Mitwirkungspflicht** auferlegt, die von ihm verlangt, die für die Ladung erforderlichen Informationen preiszugeben. Um den Gleichklang mit den vom Gesetz für die körperlichen Beweismittel aufgestellten Regeln herzustellen, sind auch die **Ausnahmen** (§ 305 ZPO) und die **Gegenausnahmen** (§ 304 ZPO) sinngemäß anzuwenden. Die Gemeinschaftlichkeitstatbestände werden hier nicht anderes auszulegen sein, wie eben zuvor (Punkt A) im Zusammenhang mit der Entbindung von Verschwiegenheitspflichten erörtert. Zu beachten ist allerdings, dass hier zudem auch eine unbedingte Mitwirkungspflicht infolge Bezugnahme zu bejahen sein wird: Nachdem § 304 Abs 1 Z 1 ZPO dem Gegner jene Rechtsposition sichern will, die ihm bei einem pflichtgemäßen Beweisanbot entstanden wäre und dieses eine genaue Bezeichnung des Zeugen samt ladungsfähiger Anschrift gebietet, wird man ab Bezugnahme die (unbedingte) Bekanntgabe der Ladungserfordernisse vom Beweisführer verlangen können⁹²⁰.

919 *Jahoda*, AnwBl 1973, 122 (122). Eine Parallele zur Vorlage gemeinschaftlicher Urkunden zieht in diesem Zusammenhang explizit etwa auch *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 (99).

920 Dazu wiederum näher unten § 5 V.A.; S 285 ff.

VII. Parteienvernehmung

Es wurde schon eingangs⁹²¹ erörtert, dass auch die gesetzlichen Bestimmungen über das Beweismittel der Parteienvernehmung bedeutsam sind, wenn man die Reichweite der prozessualen Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei bestimmen will: Zwar scheint eine Mitwirkung in einer den übrigen Beweismitteln vergleichbaren Form bei den persönlichen Beweismitteln der »Natur der Sache nach an sich nicht denkbar⁹²²«, doch sollte daraus freilich keineswegs der pauschale Schluss gezogen werden, die Partei wäre hier von jeglicher Mitwirkung an der Wahrheitsermittlung entbunden. Derartiges wird ihr insbesondere durch die *Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht* (§ 178 ZPO) einerseits und das *Fragerecht der Parteien* (§ 184 Abs 1 ZPO) andererseits abverlangt. Wenngleich sich die diesbezüglichen Bestimmungen im Abschnitt über den Parteivortrag finden und dieser von Parteienvernehmung als Beweismittel »grundverschieden« ist⁹²³, so dient er doch gleichermaßen der Sachverhaltsermittlung und -aufklärung⁹²⁴; die Bestimmungen über die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht sowie über das Fragerecht sind daher mitzuberücksichtigen.

Wie ebenfalls schon mehrfach betont wurde, war es ausweislich der Gesetzesmaterialien Wille des Gesetzgebers, die *Reichweite der Mitwirkungspflicht zwischen den einzelnen Beweismittelarten*, insbesondere zwischen der Urkundenvorlagepflicht und der Parteienvernehmung, kongruent anzulegen⁹²⁵: Mit der konkreten Ausgestaltung der Urkundenvorlagepflicht sollte verhindert werden, dass der Gegner »im Wege der Urkundenedition verhalten werden könne, behufs Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im weiteren Umfange Aufklärung geben zu müssen, als ihm dies im Wege der eidlichen Einvernehmung auferlegt werden kann.« Zutreffend wurde daraus abgeleitet, der Gesetzgeber habe sohin den Wunsch vorgegeben, dass bei der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen eine **Kongruenz zwischen der Parteienvernehmung und den anderen Beweismitteln** hergestellt wird⁹²⁶.

921 Oben § 1 II.F; S 27 ff mit Nachweisen.

922 *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² Vor § 266 ZPO Rz 3.

923 *Klein*, Vorlesungen 175; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1023; *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 184 ZPO Rz 1.

924 So explizit etwa *Klein*, Vorlesungen 175.

925 Materialien CPG I 310. Siehe dazu schon oben S 28.

926 *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (90).

Kombiniert man diese Erkenntnis vom Gebot der Kongruenz mit dem zuvor erstellten Befund über das fein differenzierende Regime von **Grundsatz-Ausnahmen-Gegenausnahmen** für die Vorlagepflicht bei Urkunden (und anderen körperlichen Beweismitteln)⁹²⁷, stellt sich wohl sogleich der Drang ein, auch den Beweis durch Parteienvernehmung diesem Prüfungsschema zu unterwerfen. Im Gegensatz zu allen anderen Beweismitteln scheint das positive Recht hierfür aber keinerlei Anhaltspunkte zu enthalten, ja wohl nicht einmal einen Spielraum für Analogien zuzulassen: Für *Urkunden*, *Auskunftssachen* und *Augenscheinsgegenstände*, ergibt sich die Anwendung dieses Prüfungsschemas – wie vorstehend dargelegt wurde – unmittelbar aus dem Gesetz selbst (§§ 303 ff, § 318 Abs 2, § 369 ZPO); was die Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei beim *Zeugenbeweis* betrifft, fehlt zwar eine explizite Regelung im Gesetz, doch ist ein Einsatz des Prüfungsschemas immerhin im Wege der Analogie zulässig und geboten⁹²⁸. Bei der *Parteienvernehmung* hingegen hält die ZPO spezielle Regelungen bereit, welche die Reichweite der Mitwirkungspflicht konkret determinieren: Nach § 380 Abs 1 ZPO finden auf die Vernehmung der Parteien die Bestimmungen über den Beweis durch Zeugen Anwendung. Zu Folge dieses Verweises ist im **Grundsatz** eine Aussage-/Mitwirkungspflicht normiert, die durch die konkret bezeichneten **Ausnahmen** der Vernehmungsverbote und Aussageverweigerungsgründe (§§ 320 f ZPO) durchbrochen wird. Das Verfahrensrecht stellt damit also besondere Regelungen auf, welche jedoch **keine Gegenausnahmen** vorsehen und somit auch für das Wirksamwerden der Gemeinschaftlichkeit *prima vista* keinen Raum zu lassen scheinen.

Bei näherer Überlegung stellt sich allerdings heraus, dass es methodisch doch nicht völlig auszuschließen ist, Gegenausnahmen von den der Partei zustehenden Weigerungsgründen eingreifen zu lassen. Zur Begründung dieses Gedankens ist etwas auszuholen. Wie erwähnt wird der Partei im Wege eines Verweises auf die für die Zeugen geltenden Bestimmungen (§ 380 Abs 1 iVm § 321 ZPO) das Recht zur **Aussageverweigerung** explizit eingeräumt. Nicht ganz klar erscheint dabei jedoch, welche **Sanktion** greifen soll, wenn die Partei ihre Aussage verweigert und sich dabei auf einen gesetzlich anerkannten

927 Dazu eingehend insbesondere oben § 4 I.B; S 108 ff sowie § 4 III.A; S 171 ff.

928 Dazu zuvor S 239 ff.

Grund berufen kann: Ausweislich der Gesetzesmaterialien⁹²⁹ soll die Weigerung *jedenfalls* – also unabhängig davon, ob ein Aussageverweigerungsgrund vorliegt oder nicht! – die Sanktion der *negativen Würdigung* durch das Gericht auslösen können. Schließt man sich diesem Standpunkt an, dann führt dies freilich – wie *Oberhammer*⁹³⁰ herausstreicht – zu der Konsequenz, dass die *Aussageverweigerungsgründe funktionslos* werden⁹³¹ und die Pflicht zur Parteiaussage im Ergebnis einer *unbedingten Mitwirkungspflicht* gleichkommt⁹³². Die aus den Materialien hervorleuchtende Sichtweise ist daher nicht unbestritten geblieben; eine andere Auffassung⁹³³ folgert aus einem Umkehrschluss zu § 381 Abs 1 ZPO, dass es bei Vorliegen eines Weigerungsgrundes *unzulässig* sein müsse, die Weigerung frei – und damit in der Regel zum Nachteil des die Aussage Verweigernden – zu würdigen.

Meines Erachtens könnte nun gerade der Einsatz des Gemeinschaftlichkeitskriteriums für diese evidentermaßen methodisch unbefriedigende Situation eine brauchbare Auflösung herbeiführen. Auszugehen ist zunächst von dem völlig treffenden Befund, dass wenn man dem Gericht (trotz des Weigerungsgrundes) die Befugnis zugesteht, die Aussageverweigerung negativ zu würdigen, damit im Ergebnis (trotz des Weigerungsgrundes) auch das Bestehen der Mitwirkungspflicht bejaht wird. Die Materialien sprechen ausdrücklich davon, dass »die Berufung auf [die Aussageweigerungs-]Gründe die Partei [*nicht*] stets vor nachteiligen Folgerungen« schützen kann⁹³⁴. Hieraus lässt sich folgern, dass

929 Materialien CPG I 326: »Es kann jedoch dem Gerichte auch nicht verwehrt werden, bei der Beweiswürdigung aus einer solchen Weigerung die durch die Verhältnisse gerechtfertigten Schlüsse zu ziehen. Welchen Einfluß dabei die für die Aussageverweigerung angeführten Gründe auf die Bildung der richterlichen Überzeugung ausüben sollen, läßt sich nicht gesetzlich feststellen.« Es könne nicht behauptet werden, »daß die Berufung auf jene Gründe die Partei stets vor nachteiligen Folgerungen schütze.«

930 ZPP 113, 295 (325 FN 109); ihm folgend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 258.

931 Zur Bedenklichkeit von Auslegungsergebnissen, die zur Funktionslosigkeit führen, aus methodischer Sicht siehe bereits oben S 17 bei und in FN 66 samt Nachweisen.

932 Exakt dieser Gedanke taucht bereits bei *Stürner*; Aufklärungspflicht 198f mwH, auf, wo betont wird, dass wenn an die der Partei zugestandene Passivität für sie ungünstige Folgen geknüpft werden, in Wahrheit *an der Mitwirkungspflicht festgehalten* wird; das eingeräumte *Weigerungsrecht* werde durch die Möglichkeit einer negativen Würdigung *völlig entwertet*.

933 *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (89f); *derselbe*, ZPP 123, 283 (288); ihm folgend *Spending* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² § 380 ZPO Rz 7.

934 Siehe schon zuvor FN 929; Hervorhebung durch den *Verfasser*.

der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass die Weigerungsgründe in bestimmten Fällen eine negative Würdigung sehr wohl ausschließen, mit anderen Worten die *Mitwirkungspflicht* der Partei tatsächlich *aufheben*, in manchen Fällen aber wiederum nicht. Damit wird nun freilich nichts anderes ausgesprochen, als dass es sowohl *Ausnahmen* von der Mitwirkungs-/Aussagepflicht gibt, als auch *Gegenausnahmen* zu diesen Ausnahmen. Wenngleich also im Gesetz das Eingreifen von Gegenausnahmen nicht explizit vorgesehen ist, so gestatten es meines Erachtens doch zumindest die Materialien, dass man Fälle anerkennt, in denen die *Ausnahmen* von der Mitwirkungspflicht (Weigerungsgründe) *neutralisiert* werden. Es scheint sohin methodisch zulässig, dass Prüfungsschema Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme auch auf die Mitwirkungspflicht im Rahmen der Parteienvernehmung zu übertragen; somit besteht auch Raum, das auf der Ebene der Gegenausnahmen wirkende Gemeinschaftlichkeitskriterium einzusetzen.

Mit dieser Sichtweise kann ein gangbarer Weg eröffnet werden, um das im Schrifttum beklagte und zuvor angesprochene Dilemma der drohenden **Funktionslosigkeit der Aussageweigerungsgründe zu beheben**: Hat man nämlich anerkannt, dass auch im Rahmen der Mitwirkung durch Parteienvernehmung Gegenausnahmen Platz greifen können, dann ist es keineswegs mehr zwingend, dass bei Vorliegen eines Aussageweigerungsgrundes die Mitwirkungspflicht tatsächlich entfällt und daher eine negative Würdigung ausgeschlossen ist. Oder anders formuliert: Die negative Würdigung der Aussageverweigerung durch die Partei ist systematisch zulässig, jedoch nur dann, wenn ein Gegenausnahmetatbestand verwirklicht ist.

Nachdem sich damit gezeigt hat, dass es angesichts des Kongruenzgebots für die Mitwirkungspflichten bei den einzelnen Beweismitteln systematisch zulässig und sogar geboten ist, das Gemeinschaftlichkeitskriterium auch beim Beweis durch Parteienvernehmung ins Spiel zu bringen, ist noch zu überlegen, ob hierfür überhaupt ein **praktischer Einsatzbereich** denkbar ist, ob also eine Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels im Hinblick auf die Parteienvernehmung überhaupt faktisch in Betracht kommt. Hält man sich die gesetzlich beispielhaft definierten Tatbestände (§ 304 Abs 2 ZPO) vor Augen, sollte es meines Erachtens nicht besonders schwer fallen, zumindest einige realistische Anwendungsfälle zu bilden.

Von einer »**Errichtung**« **des Beweismittels im Interesse** des Beweisführers (§ 304 Abs 2 Fall 1 ZPO) könnte man etwa dann ausgehen,

wenn die Partei jene Tatsachen, über die sie im Rahmen der Parteienvernehmung aussagen soll, gerade deswegen erfahren hat, um eine Beweismöglichkeit zu schaffen. Beispielsweise ließe sich etwa an folgende Situation denken: Der vom Legatar auf Leistung geklagte Erbe hat als Testamentszeuge für jene (fremdhändige) Verfügung (§ 579 ABGB) fungiert, auf die sich der nun gegen ihn geltend gemachte Legatsanspruch gründet. Im Prozess ist nun die wirksame Errichtung der letztwilligen Verfügung strittig, wozu Beweis durch Parteienvernehmung des beklagten Erben aufgenommen werden soll. Wendet man das Prüfungsschema an, so ist im *Grundsatz* davon auszugehen, dass diesbezüglich eine Mitwirkungs-/Aussagepflicht des beklagten Erben besteht; verletzt er diese, dann droht eine negative Würdigung dieses Verhaltens. Der beklagte Erbe könnte die Aussage jedoch verweigern, wenn die Aussage ihm oder einem nahen Verwandten zur Schande reichen würde (§ 380 iVm § 321 Abs 1 Z 1 ZPO)⁹³⁵; in diesem Fall sollte seine Weigerung normalerweise nicht negativ gewürdigt werden, weil infolge der *Ausnahme* (Weigerungsgrund) die Mitwirkungspflicht entfällt. Nachdem der beklagte Erbe jedoch eben gerade deswegen Kenntnis von den das Beweisthema bildenden Tatsachen hat, weil er sich als Zeuge für die Errichtung des Legats und daher »im Interesse« des klagenden Legatars zur Verfügung gestellt hat⁹³⁶, befreit ihn die Berufung auf den Aussageweigerungsgrund nicht von der Mitwirkungspflicht. Hier kann man nämlich sinngemäß von einer Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels sprechen, so dass eine *Gegenausnahme* eingreift und eine *unbedingte Mitwirkungs-/Aussagepflicht* des beklagten Erben besteht. In einem solchen Fall kann seine Passivität vom Gericht negativ gewürdigt werden.

Resümierend lässt sich damit sagen, dass es systematisch angezeigt erscheint, auch beim Beweis durch Parteienvernehmung die Mitwirkungspflicht anhand des dreigliedrigen Prüfungsschemas

935 Zu denken wäre etwa an den Fall, dass der beklagte Erbe verheiratet ist und mit der Erblasserin eine außereheliche Affäre unterhalten hat, was durch die Parteienaussage über die Umstände des Zustandekommens der letztwilligen Verfügung bekannt würde.

936 Testamentszeugen sind stets *Aktszeugen*, das heißt Personen, die mit Wissen und Willen des Erblassers den rechtsgeschäftlichen Vorgang verfolgen, um ihn allenfalls später bestätigen zu können. Die Eigenschaft als Zufallszeuge genügt nicht, es bedarf des beiderseitigen Einverständnisses mit der Zeugenschaft (*Kralik*, Erb-recht 142 f; *Welser* in Rummel, ABGB³ § 596 Rz 1).

Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme zu beurteilen. Ist ein *Ausnahmetatbestand* verwirklicht (§ 380 iVm § 321 ZPO), dann entfällt die Mitwirkungs-/Aussagepflicht der Partei; ihre Passivität darf in diesem Fall nicht negativ gewürdigt werden. Das Pendel schlägt jedoch wieder in die Gegenrichtung aus, wenn eine *Gegenausnahme* eingreift, weil eine den Gemeinschaftlichkeitstatbeständen (§ 304 Abs 2 ZPO) wertungsmäßig gleichzuhaltende Situation vorliegt; in diesem Fall ist die verweigerte Mitwirkung der Partei trotz Vorliegens eines Aussageverweigerungsgrundes negativ zu würdigen.

Schließlich ist noch in Erinnerung zu rufen⁹³⁷, dass die Reichweite der Mitwirkungspflichten bei der Beweisaufnahme – insbesondere aber nicht nur durch Parteienvernehmung – einerseits und im Rahmen des **Parteivortrags** andererseits aufeinander abzustimmen sind. Es wurde schon ausgeführt, dass aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Beweismittels der Parteienvernehmung für die Reichweite des Fragerechts Konsequenzen zu ziehen sein müssen: So wurde im Schrifttum überzeugend aufgezeigt⁹³⁸, dass sowohl die Aussageverweigerungsgründe der Partei (§ 380 Abs 1 iVm § 321 ZPO) als auch die Urkundenvorlageweigerungsgründe (§ 305 ZPO)⁹³⁹ gleichermaßen der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht beim Parteivortrag Grenzen setzen sollten; denn man müsste einen Wertungswiderspruch in Kauf nehmen, wenn die Partei im Rahmen der Vernehmung die Aussage bzw Vorlage verweigern dürfte, sie dieselben Tatsachen aber über Befragung (§ 184 Abs 1 ZPO) im Rahmen des Parteivortrags wahr und vollständig (§ 178 Abs 1 ZPO) anzugeben hätte. Um solche rechtssystematischen Verwerfungen zu vermeiden, wird daher jedenfalls darauf zu achten sein, dass **zwischen allen Erscheinungsformen prozessualer Mitwirkung Kongruenz sichergestellt ist**⁹⁴⁰, also sowohl was die Mitwirkung im Rahmen des Beweisverfahrens betrifft, als auch im Hinblick auf den Parteivortrag.

937 Siehe schon oben S 28 ff mit Nachweisen.

938 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 364; zustimmend *Rassi*, ZZZ 121, 165 (191).

939 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 956; ihm folgend etwa *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (92).

940 Dazu auch oben S 151 im Zusammenhang mit der durchgehenden Umsetzung des Schutzes der Individualsphäre in der ZPO.

§ 5

Gemeinschaftlichkeit und Zurückziehung des Beweisanbots

I. Ausgangsüberlegungen und bisherige Erkenntnisse

A. Heutige Rechtslage

Es hat sich schon eingangs⁹⁴¹ herausgestellt, dass die Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel im Zusammenhang mit **zwei verschiedenen prozessualen Regelungsaspekten** zum Einsatz kommt: Zum einen dient das Gemeinschaftlichkeitskriterium als Tatbestandsmerkmal für (unbedingte) *Mitwirkungspflichten* der nicht beweisbelasteten Partei an der Sachverhaltserforschung; dies wurde im vorstehenden Abschnitt⁹⁴² behandelt. Zum anderen wird (und wurde) dieses Kriterium herangezogen, um damit die Voraussetzungen zu definieren, unter denen es dem Beweisführer möglich ist, ein bereits gestelltes *Beweisanbot wieder zurückzuziehen* bzw – wie oft formuliert wird – auf das Beweismittel zu *verzichten* oder es *fallen zu lassen*. Obwohl es sich um ein *prima vista* bei allen Beweismitteln gleichermaßen auftretendes Regelungsproblem handelt und die ZPO auch einen allgemeinen Teil des Beweisrechts kennt⁹⁴³, existiert dazu ebenso wenig wie für die Frage der Mitwirkungspflichten eine allgemeine, beweismittelübergreifende Bestimmung im Gesetz. Es finden sich vielmehr nur mehrere **Einzelbestimmungen**, die über den Urkunden-, Zeugen- und Sachverständigenbeweis verstreut sind:

Nach erfolgter Vorlegung einer **Urkunde** kann der Beweisführer auf dieses Beweismittel nur mit Zustimmung des Gegners verzichten (§ 302 ZPO). Die Partei kann auf einen **Zeugen**, welchen sie vorgeschlagen

941 Siehe bereits oben S 7 ff.

942 § 4; S 103 ff.

943 Eingehend oben § 1 II.A.1; S 12 ff.

hat, verzichten. Der Gegner kann jedoch verlangen, dass der Zeuge, falls er bereits zur Vernehmung erschienen ist, ungeachtet dieses Verzichtes vernommen oder dessen Vernehmung, wenn sie bereits begonnen hat, fortgesetzt werde (§ 345 ZPO). Die Partei, welche den Beweis durch **Sachverständige** angeboten hat, kann auf denselben verzichten. Der Gegner kann jedoch verlangen, dass die angeordnete Beweisaufnahme demungeachtet vorgenommen werde, wenn entweder die Beweisaufnahme bereits begonnen hat oder wenigstens die Sachverständigen zum Zwecke der Beweisaufnahme schon bei Gericht erschienen sind (§ 363 Abs 1 ZPO).

Schon bei dieser ersten Annäherung sticht ins Auge, dass einschlägige Bestimmungen sowohl für *körperliche als auch für persönliche Beweismittel* aufgestellt werden. Dies erhärtet den Verdacht, dass darin tatsächlich ein alle Beweismittel erfassender Grundsatz zum Ausdruck kommen könnte. In diesem Licht muss es dann jedoch umso mehr überraschen, dass sich für Augenscheinsgegenstände und für Auskunftssachen keine entsprechenden Regelungen finden; der dort jeweils vorgesehene Verweis auf die Bestimmungen aus dem Urkundenbeweisrecht nimmt § 302 ZPO nämlich explizit aus (§ 318 Abs 2, § 369 ZPO). Insofern lässt sich also feststellen, dass es im Gesetz diesbezüglich an einer **Kongruenz in der Behandlung aller Beweismittel** fehlt.

Hinzu kommt, dass, wie ebenfalls schon eingangs⁹⁴⁴ aufgezeigt wurde, die Einschränkungen der Möglichkeit zur Zurückziehung des Beweisanbots mit dem methodischen Makel der **Funktionslosigkeit** behaftet zu sein scheinen: Denn für den Gegner des Verzichtenden besteht ja ohnehin stets die Möglichkeit, eben jenen Zeugen/Sachverständigen, auf den verzichtet wurde, selbst anzubieten bzw die Vorlage der Urkunde des Verzichtenden zufolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) zu beantragen; trotz des Verzichts ist das Beweismittel für den Gegner des Verzichtenden also keineswegs verloren. Der Verzicht bzw – genauer gesagt – die Einschränkung seiner Zulässigkeit steht damit im Verdacht, keinen sinnvollen Anwendungsbereich zu haben.

Trotz dieser einigermaßen offen zutage liegenden ungelösten Fragen wird aus den zitierten Einzelregelungen der so genannte Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel als **allgemeines Prinzip**

944 Dazu schon oben S 16f zum Urkundenbeweis und S 17f zum Zeugenbeweis.

deduziert⁹⁴⁵. Die herrschende Auffassung⁹⁴⁶ formuliert auf ihrer Basis den Rechtssatz, dass der Beweisführer **nicht ohne Zustimmung des Gegners auf die Durchführung des Beweises verzichten** kann; betont wird dabei (lediglich) die Einschränkung, dass dieser Grundsatz nach österreichischem Verfahrensrecht nicht generell, sondern erst ab einem bestimmten Zeitpunkt eingreifen soll.

B. Erkenntnisse aus der rechtshistorischen Betrachtung

Eingangs dieser Arbeit wurden die rechtshistorischen Wurzeln der Gemeinschaftlichkeit freigelegt; die wesentlichen Ergebnisse dieser Analyse sind hier in komprimierter Form in Erinnerung zu rufen. Es ist dabei hervorgekommen, dass sich nicht nur die an das Gemeinschaftlichkeitskriterium knüpfende Mitwirkungspflicht, sondern ebenso die Beschränkung der Möglichkeit, ein Beweismittel fallen zu lassen, sehr weit zurückverfolgen lässt.

Für den **römischen Zivilprozess** finden sich noch keine konkreten Überlegungen zu dieser Frage⁹⁴⁷.

Die Analyse zum **gemeinrechtlichen** Schrifttum hat zutage gefördert⁹⁴⁸, dass in der dort stark weiterentwickelten Beweistheorie die Rechtsidee der Gemeinschaftlichkeit auf das Regelungsproblem des Fallenlassens von angebotenen Beweismitteln ausgedehnt wurde. Als dogmatischer Ausgangspunkt dieser Lehre lässt sich wohl festmachen, dass aus der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels zunächst hergeleitet wurde, dass es dem Gericht erlaubt war, ein vom Beweisführer »produciertes« Beweismittel *auch zum Nachteil des Beweisführers zu verwenden*. Darin liegt aus heutiger Sicht freilich eine Selbstverständlichkeit, die mit dem Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit gar nicht mehr in Verbindung gebracht wird. Wesentlich erscheint dieser gedankliche Entwicklungsschritt in der Geschichte der Gemeinschaftlichkeit

945 Wenngleich dabei relativiert wird, dass dieser Grundsatz im österreichischen Zivilverfahrensrecht nur in engen Grenzen gilt; oben S 13 bei und in FN 56 f.

946 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 234; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetz² Vor § 266 ZPO Rz 85. Weitere Nachweise zum Meinungsstand oben S 15 FN 60 (Urkunden), S 18 FN 68 (Zeugen) und S 88 FN 22 (Sachverständige).

947 Näher dazu oben S 58 f mit Nachweisen.

948 Zum Folgenden ausführlich oben § 3 I.B.2.b; S 67 ff mit umfassenden Nachweisen.

aber dennoch, weil in eben diesem Regelungszusammenhang – soweit überblickbar – **erstmalig** die **Einschränkung** aufgestellt wurde, dass auf eine selbst angebotene Urkunde nicht mehr ohne weiteres **einseitig verzichtet** werden durfte. Drohten (zufolge der Gemeinschaftlichkeit) negative Ergebnisse aus der Würdigung der eigenen Urkunde, dann hätte ein Fallenlassen des Beweismittels für den Beweisführer grundsätzlich einen tauglichen Ausweg darstellen können, um die Verwertung des Beweismittels faktisch zu verhindern und um ihm nachteiligen Beweisergebnissen zu entkommen.

Das eigene Beweisanbot war aber nicht bloß wegen der damit grundsätzlich eröffneten (**faktischen**) **Verwertungsmöglichkeit** zum Vorteil des Gegners gefährlich, sondern noch viel mehr auch deswegen, weil aus der Vorlage des Beweismittels zudem schwerwiegende Konsequenzen im Hinblick auf die **Beweiskraft** gezogen wurden. Man knüpfte dazu konkret an eine Konstitution Kaiser *Justinians* an, nach welcher sich der Beweisgegner einem *Schriftvergleich* anhand einer von ihm selbst vorgelegten Urkunde nicht widersetzen konnte, weil die Echtheit selbst vorgelegter *Urkunden* nicht bestritten werden durfte. Daraus extrahierte man den allgemeinen Gedanken, dass die Beweiskraft von Urkunden, auf die sich eine Partei zum Zweck der eigenen Beweisführung berufen hatte, von ihr generell nicht in Abrede gestellt werden konnte. Diese Regel übertrug man schließlich auch auf die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von *Zeugen*, welche eine Partei angeboten hatte, und zwar sogar auch dann, wenn sich die Partei des Zeugen bloß in einem früheren Prozess bedient hatte. Der dahinter stehende Gedanke wurde in den griffigen Rechtssatz verpackt, dass mit der »*Production*« eines Beweismittels dessen Gemeinschaftlichkeit eintrete, so dass dessen *Echtheit/Glaubwürdigkeit* gleichsam als *anerkannt* zu gelten habe. Die Vorlegung einer Urkunde wurde teilweise sogar explizit als *Geständnis* der darin beurkundeten Tatsachen gewertet und eine Zurückziehung demzufolge als ein *Geständniswiderruf*. Nachdem das gemeine Recht mit *starren Beweisregeln* operierte, war es ganz entscheidend, ob ein Beweismittel nach wie vor als vom Beweisführer im förmlichen Sinne »produziert« anzusehen war oder infolge Zurückziehung des Beweisanbots eben nicht mehr: Galt das Beweismittel als vom *Beweisführer* »produziert« und stützten die Ergebnisse aus der Beweisaufnahme aber die Behauptungen des *Beweisgegners*, war der Beweis automatisch und unwiderlegbar erbracht (*voller Beweis*); der Beweisführer hatte – im Gegensatz zur heutigen Situation – keinerlei Möglichkeit

mehr, das Gericht mithilfe anderer Beweise von der Richtigkeit seiner Behauptung zu überzeugen. Vor diesem Hintergrund war es also nicht nur wegen der faktischen Möglichkeit zur Beweisaufnahme höchst bedeutsam, ob der Beweisführer das Beweismittel noch zurückziehen konnte oder nicht, sondern auch im Hinblick auf dessen Beweiskraft. Damit der Beweisführer diese Konsequenz der starren Beweisregeln nicht völlig aushebeln konnte, **bedurfte es einer Beschränkung der Möglichkeit, das Beweismittel fallen zu lassen.**

Den Beleg dafür, dass ein solcher Verzicht in der Tat nicht uneingeschränkt zulässig sein durfte, leiteten die gemeinrechtlichen Juristen aus einer konkreten Quellenstelle her: Man berief sich dazu auf § 28 des Reichsdeputationsabschieds von 1600, welcher die Hinterlegung der Ergebnisse aus einer Beweissicherung (*ad perpetuam rei memoriam*) regelte; danach durfte die hinterlegte Schriftrolle (*Rotul*) nicht willkürlich zurückgefordert werden, sondern eben nur mit Einwilligung des Gegners. Es setzte sich somit die Auffassung durch, dass die einseitige Zurückziehung eines Beweisanbots (Fallenlassen) generell nur beschränkt zulässig war, wofür wiederum die **Gemeinschaftlichkeit als Differenzierungskriterium** zum Einsatz kam. Überaus kontrovers diskutiert wurde jedoch, ab welchem Moment der Beweisführer seinem Gegner die Vorteile aus der Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels durch ein Fallenlassen nicht mehr zu entziehen vermochte⁹⁴⁹.

Das (eben in Erinnerung gerufene) Konzept des gemeinen Rechts wurde in den Verfahrensordnungen der **Partikularrechte** weitgehend beibehalten. So war etwa nach dem **Codex iuris Bavarici iudicarii**⁹⁵⁰ der Verzicht beim Urkundenbeweis nach Übergabe bei Gericht nur mit Bewilligung des Gegners möglich. Beim Zeugenbeweis durfte der Beweisführer »von der vorgeschlagenen Gezeugenschaft vor beschehener Realproduction allzeit wiederum, nachhero aber ohne Bewilligung des Gegentheils nicht mehr abstehe.« Auch in der **Bayerischen Prozessordnung 1869** waren entsprechende Regelungen zu finden und zudem sogar die ausdrückliche Bestimmung, dass mit der Vorlage einer Urkunde deren *Echtheit vom Beweisführer anerkannt* wird.

949 Eingehend zum damaligen Meinungsstand wiederum bereits oben S 71f samt Nachweisen.

950 Zu dieser eingehend oben § 3 I.C.2.a; S 75f samt Nachweisen.

Als aussagekräftig und die bisherige Deutung bestätigend erwies sich ferner der Blick auf die **Badische Prozessordnung 1832**⁹⁵¹. Dort wurde als Folge der Urkundenvorlage (implizit) eine Echtheitsanerkennung des Beweisführers unterstellt: Berief sich der Gegner auf diese Urkunde, verschaffte sie ihm »vollen Beweis«, und zwar selbst dann, wenn der Beweisführer auf sie wieder verzichtet hatte.

In diesem Licht betrachtet überrascht es auf den ersten Blick vielleicht, dass in der **preußischen AGO**⁹⁵² explizit normiert war, allein der Umstand, dass die Urkunde von einer Partei vorgelegt worden ist, lasse *keine zwingenden Schlüsse auf deren Echtheit* zu. Dies könnte Zweifel an der Richtigkeit des eben dargestellten Verständnisses vom im Beweisanbot liegenden Echtheitsanerkennnis erwecken; der vermeintliche Widerspruch lässt sich jedoch ohne weiteres auflösen: Nachdem in der preußischen AGO eine ganz *umfassende Vorlagepflicht* angeordnet war, kam es somit häufig gegen den Willen des Urkundeninhabers zur Vorlage. Für die vermutete Echtheitsanerkennung betreffend die selbst vorgelegten Urkunden fehlte in solchen Fällen freilich jede Rechtfertigung, weshalb diese Rechtsfolge ausgeschlossen werden musste. Ferner hat die preußische Verfahrensordnung *keinerlei Einschränkung* dazu enthalten, ob bzw bis zu welchem Zeitpunkt ein selbst angebotenes Beweismittel wieder »fallen gelassen« werden konnte. Auch dies steht jedoch bei näherer Überlegung mit der hier vertretenen Sichtweise völlig in Einklang, wonach den Verzichtsbeschränkungen die Funktion zukommt, die Wirksamkeit der starren Regeln zur Beweiskraft abzusichern. Denn nachdem die preußische AGO eine *umfassende Mitwirkungspflicht* statuiert hatte und aus der Vorlage eines Beweismittels daher Schlüsse auf dessen Beweiskraft unzulässig waren, knüpften an das Beweisanbot ohnehin keine für den Beweisführer nachteiligen Konsequenzen; es drohte daher auch keine Gefahr, dass er diese durch Verzicht/Zurückziehung auszuhebeln versuchen könnte. Beschränkungen der Möglichkeit zum Verzicht erübrigten sich damit.

Die rechtshistorischen Betrachtungen zusammenfassend lässt sich sagen, dass **Verfahrensrechtssysteme mit starren Beweisregeln** dem formellen Umstand, von welcher Partei ein Beweisanbot ausging (*Production*), durchwegs **Bedeutung hinsichtlich der Beweiskraft** dieses

951 Eingehend oben § 3 I.C.7; S 83 f.

952 Zu dieser und den folgenden Ausführungen eingehend schon oben S 80ff samt Nachweisen.

Beweismittels beigemessen haben. Die Echtheit/Glaubwürdigkeit der eigenen Beweismittel galt als anerkannt und konnte nicht mehr in Frage gestellt werden. Aus diesem Grund war es also entscheidend, ob ein Beweismittel nach wie vor als vom Beweisführer im förmlichen Sinne angeboten bzw »produziert« anzusehen war oder – infolge einer wirksamen Zurückziehung des Beweisanbots – eben nicht mehr: Galt es als vom Beweisführer »produziert« und stützten die Ergebnisse der Beweisaufnahme aber die Behauptungen des Gegners, war der Beweis automatisch erbracht (*voller Beweis*). Der Beweisführer hatte grundsätzlich nur die Chance, dieser strengen Konsequenz dadurch zu entkommen, dass er sein Beweisanbot wieder zurückzog. In diesem Licht kam den Beschränkungen der Möglichkeit zur Zurückziehung des eigenen Beweisanbots also jedenfalls eine wichtige **Funktion** zu: Sie **verhinderte**, dass die **Beweisregel von der anerkannten Echtheit/Glaubwürdigkeit des eigenen Beweismittels ins Leere laufen** konnte.

C. Fazit

Aus Sicht des **Beweisrechts der ZPO** bleibt freilich kein Raum, den einschlägigen Bestimmungen (§§ 302, 345, 363 Abs 1 ZPO) dasselbe teleologische Verständnis beizulegen wie in den eben beschriebenen historischen Verfahrensordnungen. Der Abschied von den starren Beweisregeln und die Rückkehr⁹⁵³ zur freien Beweiswürdigung haben den vielen feinsinnigen Differenzierungen zu einer abgestuften, von der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels abhängigen Beweiskraft den Anwendungsbereich genommen; heute hat das Gericht bei seiner Überzeugungsbildung die Ergebnisse der gesamten Verhandlung zu berücksichtigen (*Verhandlungswürdigung*⁹⁵⁴; § 272 ZPO), so dass es sich verbietet, ihm hinsichtlich der Beweiskraft eines Beweismittels feste Regeln an die Hand zu geben, die an Kriterien wie etwa die zu einem bestimmten Zeitpunkt eintretende Gemeinschaftlichkeit anknüpfen. Nachzugehen ist daher im Folgenden der Frage, ob mit diesem Para-

953 Bereits das römische Zivilprozessrecht hatte ja eine freie Beweiswürdigung gekannt; *Kaser/Hackl, Römisches Zivilprozessrecht*² 117f. Siehe auch schon oben S 61 bei FN 253.

954 Siehe bloß *Rechberger* in *Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze*² Vor § 266 ZPO Rz 5.

digmenwechsel in der Beweiswürdigung auch die heute noch statuierten Restriktionen bei der Zurückziehung des Beweismittels obsolet geworden sind, oder ob ihnen dennoch eine sinnvolle ratio beigelegt werden kann.

II. Suche nach dem Problemkern

Macht man sich daran, die Funktion der Verzichtbeschränkungen im österreichischen Beweisrecht zu ergründen, dann muss zu Beginn der Überlegungen die – meines Erachtens bislang noch nicht deutlich genug gestellt – Frage behandelt werden, was denn überhaupt der genaue Gegenstand dieses so genannten Verzichts ist. Der Gesetzeswortlaut verwendet das Verbum »**verzichten**« mit einer gewissen Selbstverständlichkeit, bleibt aber eine zufriedenstellende Antwort darauf schuldig, worauf es sich beziehen soll. Wenn nämlich formuliert wird, dass auf die Urkunde (§ 302 ZPO), auf den Zeugen (§ 345 ZPO) bzw auf den Sachverständigen (§ 363 Abs 1 ZPO) verzichtet werden kann, darf dies sicherlich nicht im wörtlichen Sinne verstanden werden, dass der Beweisführer auf ein ihm *am* Beweismittel zustehendes Recht verzichtet; ein solches ist ja bei den persönlichen Beweismitteln schon generell undenkbar. Ebenso wenig Aufhellung bringt in diesem Zusammenhang die in früheren Gesetzen, im älteren Schrifttum⁹⁵⁵ und auch heute noch von der StPO⁹⁵⁶ verwendete Umschreibung des Tatbestands mit den Worten, das Beweismittel werde »**fallen gelassen**«.

Sucht man also nach dem Gegenstand des Verzichts *auf* das angebotene Beweismittel, dann liegt es zunächst wohl nahe, jenes Recht bzw jene Rechtsposition des Verzichtenden ins Auge zu fassen, das bzw die er durch das Beweisanbot erworben hat. Gemeinhin geht man davon aus, dass der Beweisführer **mit dem Beweisanbot das Recht erwirbt, dass das Gericht** – sofern die behaupteten Tatsachen beweisbedürftig sind – den **Beweis aufnimmt**⁹⁵⁷; die Nichtberücksichtigung von

955 Etwa *Renaud*, AcP 44, 147. Siehe ferner die umfangreichen Nachweise oben im rechtsgeschichtlichen Teil zum gemeinen Recht § 3 I.B; S 61 ff.

956 Der Ankläger und der Angeklagte können im Laufe der Hauptverhandlung Beweismittel fallen lassen, jedoch nur, wenn der Gegner zustimmt (§ 246 Abs 2 StPO).

957 *Schrägel* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 177 ZPO Rz 4.

Beweisanboten der Partei kann als Verfahrensmangel geltend gemacht werden⁹⁵⁸. Das Recht, auf das der Beweisführer verzichtet, könnte demnach nun darin erblickt werden, dass die Beweisaufnahme nicht mehr vom Gericht gefordert und/oder deren Unterlassung nicht als Verfahrensmangel geltend gemacht werden kann. Wenngleich eine solche Sichtweise nicht völlig abwegig erscheint, so hilft sie doch nicht weiter. Sie taugt nämlich nicht, um zu erklären, weshalb die Möglichkeit des Verzichts unter bestimmten Umständen (Gemeinschaftlichkeit) eingeschränkt werden muss. Den Parteien steht es nämlich grundsätzlich frei, den Prozessstoff bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung durch neues Vorbringen zu ergänzen, zu ändern oder auch zu widerrufen (§ 179 ZPO; *Grundsatz des uneingeschränkten Vorbringens*)⁹⁵⁹. Daraus wird insbesondere – gleichsam als negative Seite – auch die Möglichkeit des Beweisführers hergeleitet, ein bereits gestelltes Beweisanbot bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zurückzunehmen⁹⁶⁰.

In mehr oder weniger dieselbe Kerbe schlägt das im (älteren) Schrifttum vorgebrachte Argument, dass sich keine Partei mit ihren eigenen Prozesshandlungen in **Widerspruch** setzen dürfe⁹⁶¹. Man berief sich in diesem Zusammenhang vor allem auf das Verbot des *venire contra factum proprium* und formulierte daraus für das Verfahrensrecht den Rechtssatz, es solle niemandem gestattet sein, seine eigenen (Prozess-)Handlungen als ungültig bzw unverbindlich anzufechten⁹⁶². »In ein und demselben Rechtsstreite gegen ein und denselben Gegner muss jeder dasjenige als wahr anerkennen, was er für sich als wahr angeführt hat⁹⁶³«. In diesem Gedanken sei das verkörpert, was man die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nennt⁹⁶⁴.

Dieser Begründungsweg vermag freilich ebenso wenig eine überzeugende Rechtfertigung dafür zu liefern, dass der Verzicht des Beweisführers auf sein Recht auf Beweisaufnahme beschränkt wird. Wie schon betont wurde, steht es jeder Partei bis zum Schluss der münd-

958 Statt aller bloß *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² Vor § 266 ZPO Rz 83.

959 *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 179 ZPO Rz 3; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 179 Rz 1 f je mwH.

960 Vgl *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905.

961 *Renaud*, AcP 44, 147 (151).

962 *Hesse*, AcP 23, 1 (2 und 6 f), der sich dazu konkret auf die schon zitierte (oben S 68 sowie S 258) Konstitution Kaiser Justinians über den Schriftvergleich beruft.

963 *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (111).

964 *Bolgiano*, ZCivRPr 17, 169 (170 FN 1).

lichen Verhandlung grundsätzlich frei, ihr Vorbringen zu ergänzen, zu ändern oder auch zu widerrufen. Zu bedenken ist überdies, dass ja sogar das ausdrückliche *Geständnis* einer Partei bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung widerrufen werden kann⁹⁶⁵, was ja ganz fraglos ebenfalls einen Widerspruch zu früheren Prozesshandlungen darstellt. Ein Grund dafür, weshalb die Partei an ihrem einmal gestellten Beweisanbot festgehalten werden soll, ist also auch aus diesem Blickwinkel nicht greifbar. Im Beweisrecht der ZPO müssen demnach noch weitere Momente Berücksichtigung finden, die es notwendig machen und rechtfertigen, dass ein Verzicht auf das eigene Beweisanbot nicht stets uneingeschränkt möglich ist.

Den meines Erachtens wesentlichen und ganz zentralen Gedanken, der für die Frage nach der Zulässigkeit des Fallenlassens maßgebend sein muss, hat bereits *Hesse*⁹⁶⁶ in seiner Arbeit über die Gemeinschaftlichkeit der Zeugen und Urkunden aus dem Jahr 1840 treffend und präzise auf den Punkt gebracht: »Jeder kann auf die ihm zustehenden Rechte verzichten, insofern durch einen solchen Verzicht nicht wohlerworbene Rechte eines Dritten gekränkt werden.« Damit ist nichts anderes angesprochen, als eine Anwendung des tragenden, aus dem Prinzip der Privatautonomie abgeleiteten Grundsatzes, dass **Verfügungen und Rechtsgeschäfte zu Lasten eines Dritten** für diesen **ohne seine Mitwirkung keine Nachteile** herbeiführen können⁹⁶⁷. In der bisherigen Diskussion scheint der Fokus hingegen meist nur einseitig auf die Rechtsposition des verzichtenden *Beweisführers* gelegt worden zu sein; man hat lediglich gefragt, welche Nachteile ihm aus der Stellung eines Beweisanbots drohen und bis zu welchem Zeitpunkt er diese durch die Zurückziehung des Beweisanbots abwenden kann⁹⁶⁸. Zwar schwingt darin die Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rechtssphäre des *Beweisgegners* wohl ohnehin häufig mit, allerdings schimmert dieser Aspekt nur sehr schwach hervor, weshalb er in den weitergesponnenen Überlegungen durchwegs untergegangen zu sein scheint.

Will man die Zulässigkeit der Zurückziehung eines Beweisanbot prüfen, so stellen sich demnach folgende zwei Fragen: Zum einen ist

965 Statt aller *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ §§ 266–267 Rz 4; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 600 aE.

966 AcP 23, 1 (9).

967 Zur prototypischen Situation des Vertrags zu Lasten Dritter siehe nur *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁶ Rz 7/37; *Dullinger*, Schuldrecht Allgemeiner Teil⁵ Rz 6/20.

968 Eben diese Fragestellung formuliert etwa *Renaud*, AcP 44, 147 (160).

zu klären, welche Rechtsposition dem Beweisgegner durch das Beweisanbot konkret angewachsen ist. Und in einem zweiten Schritt ist dann zu prüfen, was dafür ausschlaggebend ist, dass dem Beweisgegner erst ab einem bestimmten Zeitpunkt Schutz davor zugestanden wird, dass ihm diese Rechtsposition nicht mehr entzogen werden kann.

Was die **Rechtsposition des Beweisgegners** betrifft, kommen – wie im Rahmen der rechtshistorischen Analyse angeklungen ist – zwei Aspekte in Betracht, die durch ein Beweisanbot berührt sein können. Zum einen ist denkbar, dass das Beweisanbot dem Gegner die **faktische Möglichkeit eröffnet**, das betreffende Beweismittel auch **zum Beweis des eigenen Vorbringens zu nutzen**⁹⁶⁹. Zum anderen könnten an das Beweisanbot Konsequenzen im Rahmen der **Beweiswürdigung** geknüpft sein; zwar ist es unter dem Regime der freien Beweiswürdigung grundsätzlich nicht möglich, für das Gericht starre Beweisregeln aufzustellen, wie sie das gemeine Recht und die Partikularrechte an das Beweisanbot geknüpft haben. Es kommt jedoch sehr wohl in Betracht, dass durch ein Prozessverhalten der Partei die Möglichkeit geschaffen wird, eine bestimmte, für den Gegner vorteilhafte bzw für den Beweisführer nachteilige Würdigung vorzunehmen.

Im Folgenden ist somit unter Auswertung der einschlägigen ZPO-Bestimmungen zu den einzelnen Beweismitteln zu prüfen, ob und wie diese beiden Rechtspositionen des Gegners durch ein Beweisanbot tangiert sind. Stellt sich heraus, dass solche Rechtspositionen tatsächlich in einem bestimmten Zeitpunkt durch das Beweisanbot geschaffen werden, dann könnte hierin eine Rechtfertigung dafür erblickt werden, dass die **Zurückziehung** des Beweisanbots **nicht uneingeschränkt möglich** sein soll. Sobald nämlich der Gegner die *faktische Möglichkeit* erlangt hat, ein *Beweismittel zu nutzen*, scheint es geboten, ihn davor zu schützen, dass ihm diese Möglichkeit durch eine Prozesshandlung des Gegners ohne weiteres entzogen werden kann. Ganz in diesem Sinne wurde bereits zum gemeinen Recht dafür plädiert, dass die Möglichkeit zum Fallenlassen eines Beweismittels mit dem Moment erlöschen muss, in welchem es dem Richter möglich ist, dieses zu benutzen⁹⁷⁰ (wobei freilich klarstellend zu ergänzen ist, dass gerade die Benutzung zum Vorteil des Gegners gemeint ist). Nichts anderes kann in Bezug auf die durch das Beweisanbot eröffnete *Möglichkeit zu einer*

969 Ganz in diesem Sinn etwa schon *Strippelmann*, Beweis durch Schrift-Urkunden II 92.

970 *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (119).

bestimmten Beweiswürdigung gelten. Auch diese vorteilhafte Rechtsposition könnte dem Gegner durch ein Fallenlassen entzogen werden, so dass man auch hier einen **Schutz des Gegners vor Verschlechterung seiner Rechtsposition** für gerechtfertigt und für notwendig wird erachten müssen.

Unter diesen beiden Aspekten sollen die Bestimmungen der ZPO zu den einzelnen Beweismitteln im Folgenden analysiert werden.

III. Urkunden

A. Faktische Möglichkeit zur Beweisaufnahme

1. Beweisanbot und Pflicht zur sofortigen Urkundenvorlage

Am Ausgangspunkt muss die Frage stehen, ob dem Beweisgegner durch das Anbot eines Urkundenbeweises tatsächlich die faktische Möglichkeit eröffnet wird, das Beweismittel auch zum eigenen Vorteil nutzen zu können. Hierfür ist entscheidend, in welcher konkreten Form das Beweisanbot beim Urkundenbeweis zu erfolgen hat. Der Urkundenbeweis wird entweder in der Klage, der Klagebeantwortung, in vorbereitenden Schriftsätzen oder in der mündlichen Verhandlung angeboten, und nach herrschender Auffassung hat der Beweisführer die Urkunde grundsätzlich **sofort nach dem Beweisanbot vorzulegen**⁹⁷¹. Die Urkunde ist »in der Weise vorzulegen, dass das Gericht und die Gegenpartei von dem ganzen Inhalte der Urkunde Einsicht nehmen können« (§ 298 Abs 1 ZPO). Die vorgelegte Urkunde kann unmittelbar Gegenstand der Beweisaufnahme werden⁹⁷². Legt der Beweisführer die angebotene Urkunde nicht sofort vor, so sind daran nach herrschender Ansicht⁹⁷³ jedoch keine Sanktionen geknüpft.

971 *Neumann*, Zivilprozeßgesetze⁴ II 1028; *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 297 ZPO Rz 4 und 6; *Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ § 297 Rz 1; OGH 6 Ob 122/73. Siehe auch den Wortlaut des § 297 Satz 2 ZPO, aus dem allerdings das Erfordernis der *sofortigen* Vorlage nicht unmittelbar hervorgeht. Eine solche Pflicht war ferner etwa in der österreichischen AGO ausdrücklich festgeschrieben (oben S 80).

972 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 297 ZPO Rz 4.

973 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 297 ZPO Rz 4 und 12.

2. Pflichtgemäße Urkundenvorlage

Kommt der Beweisführer seiner Pflicht nach und legt die Urkunde unmittelbar mit dem Beweisanbot vor, dann muss die vorgelegte Urkunde **als Beilage zum Akt genommen** werden (§ 371 Abs 2 Geo)⁹⁷⁴. Sie steht ab diesem Zeitpunkt daher *jedenfalls für eine Beweisführung zur Verfügung*⁹⁷⁵. Mit anderen Worten: Bei pflichtgemäßem Handeln des Beweisführers ist das Beweisanbot mit der Vorlage der Urkunde zu verbinden und verschafft so dem Gegner des Beweisführers auch sofort die **faktische Möglichkeit, das Beweismittel für seine eigene Beweisführung zu nutzen**. Es kann also ohne weiteres bejaht werden, dass dem Gegner durch das Beweisanbot eine vorteilhafte Rechtsposition gewährt wird. Und einleuchtend ist auch, dass es nicht ohne weiteres möglich sein sollte, dem Gegner diese vorteilhafte Position gegen seinen Willen wieder zu entziehen; dies gebietet das schon erwähnte zentrale Prinzip der Privatautonomie, wonach Verfügungen zulasten eines Dritten nur bei dessen Mitwirkung wirksam sein können⁹⁷⁶.

Von Interesse ist nun, ob und mit welchen Instrumenten die ZPO diesen **Schutz vor einer Verschlechterung** der Rechtsposition des Gegners bewerkstelligt. Aufs erste Hinsehen drängt es sich wohl geradezu auf, diese Funktion der Bestimmung des § 302 ZPO zuzuschreiben, der zufolge der Beweisführer »nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde [...] auf dieses Beweismittel nur mit Zustimmung des Gegners verzichten kann«. Daraus wird im Umkehrschluss gefolgert, dass ein einseitiger (zustimmungsloser) Verzicht nur *vor* erfolgter Vorlegung zulässig ist⁹⁷⁷; dem § 302 ZPO sei – so die herrschende Auffassung⁹⁷⁸ – der Rechtssatz zu entnehmen, der Beweisführer könne *nach* einem bestimmten Zeitpunkt (hier: Vorlage) ohne Zustimmung des Gegners nicht mehr *auf die Durchführung des Beweises* verzichten.

974 Siehe etwa *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 218 ZPO Rz 1. In diesem Sinn ferner auch *Neumayr/Resch*, JBl 2012, 627 (633), die dies aber nicht aus § 371 Abs 2 Geo ableiten, sondern aus §§ 169, 179 Abs 3 Geo.

975 Dass dieser Gedanke maßgeblich ist, klingt bereits bei *Ullmann*, Zivilprozeßrecht² 423 an; siehe auch die Nachweise oben S 72 FN 309.

976 Oben S 262 bei und in FN 967 mit Nachweisen.

977 So konkret zur deutschen Parallelbestimmung *Schreiber* in MünchKomm-ZPO⁴ § 436 Rz 1; *Huber* in Musielak, ZPO¹¹ § 436 Rz 2; *Reichhold* in Thomas/Putzo, ZPO³⁵ Rz 1.

978 Nachweise oben S 255 FN 946.

Bei näherer Überlegung scheint eine solche Deutung des § 302 ZPO meines Erachtens jedoch nicht überzeugend. Ist die Urkunde vorgelegt, dann wird sie Bestandteil des Gerichtsaktes (§ 371 Abs 2 Geo). Wurde sie für eine Entscheidung verwertet oder kommt sie dafür in Betracht, ist sie *bis zur Rechtskraft der Entscheidung beim Akte zurückzubehalten*; vorher darf sie der Partei, die sie vorgelegt hat, nur aus triftigen Gründen mit Genehmigung des Richters, allenfalls gegen Einlegung einer beglaubigten Abschrift, ausgefolgt werden (§ 169 Abs 1 Geo). Daraus folgt also, dass die bereits vorgelegte Urkunde selbst im Fall der Zurückziehung des Beweisanbots *im Gerichtsakt zu verbleiben hat*⁹⁷⁹. Wie sich aus dem Rechtsmittelgrund der Aktenwidrigkeit (§ 503 Z 3 ZPO) ergibt, sind auch sämtliche Aktenbestandteile bei der Entscheidungsfindung mitzubersichtlichen⁹⁸⁰. Die faktische Möglichkeit des Gegners, die vorgelegte und zum Akt genommene Urkunde für die eigene Beweisführung zu nutzen, kann somit durch die Zurückziehung des Beweisanbots ohnehin nicht mehr beeinträchtigt werden; es droht durch das Fallenlassen des Beweismittels keine Verschlechterung seiner Rechtsposition. Dies ist aber – nota bene! – *nicht* auf § 302 ZPO zurückzuführen, sondern auf die Bestimmungen der Geo über die Aktenbildung und -aufbewahrung. § 302 ZPO hat somit also *nicht* die Funktion, den Gegner vor einer solchen Gefahr zu schützen⁹⁸¹.

Dass es auf eben jenen Zeitpunkt ankommen soll, in dem die Urkunde **Bestandteil der Akten** geworden ist, wurde im Übrigen schon zum gemeinen Recht vertreten, und dies bisweilen sogar mit einer überaus treffsicheren Begründung. So sollte eine Möglichkeit zum Fallenlassen nur solange gewährt sein, als dadurch nicht die Rechte Dritter beeinträchtigt würden; im Hinblick auf das angebotene Beweis-

979 Gleiches gilt im Übrigen, wenn die Urkunde zwar noch nicht vorgelegt, aber bereits vom Beweisführer *in der mündlichen Verhandlung* verlesen wurde, weil sie dann ebenfalls Akteninhalt geworden ist. In diesem Sinne *Sperl*, Rechtspflege 413f; *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 302 ZPO Rz 2 mwH.

980 Siehe etwa *Zechner* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz² § 503 ZPO Rz 160: Aktenwidrigkeit kann insbesondere durch die Nichtbeachtung eines Tatsachengeständnisses verwirklicht sein, was auch für schlüssige Tatsachengeständnisse (§ 267 Abs 1 ZPO) gilt, wie sie sich insbesondere auch aus einer vorgelegten Urkunde ergeben können (unten S 270 bei FN 991f).

981 Teilweise wurde daher sogar geleugnet, dass insofern überhaupt von einer Gemeinschaftlichkeit von Urkunden infolge Vorlage gesprochen werden könne, weil sich deren faktische Verwertbarkeit zugunsten des Beweisgegners ohnehin bereits aus ganz allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen ergebe (*Ullmann*, Zivilprozessrecht² 428f).

mittel entstünden *Rechte des Gegners* aber *dadurch, dass dieses Teil des Gerichtsaktes geworden* ist und sich der Gegner daher zum Zweck der eigenen Beweisführung darauf beziehen kann⁹⁸².

3. Ausstehende Urkundenvorlage

Zu erörtern bleibt der Fall, in dem der Beweisführer ein Beweisanbot stellt, dieses aber zurückzieht, *bevor* er der dadurch ausgelösten Vorlagepflicht nachkommt. Solange das Beweismittel vom Beweisführer nicht vorgelegt wurde, hat der Gegner noch keine faktische Möglichkeit, dieses Beweismittel selbst zu nutzen. Die Frage, die sich hier stellt, ist, ob es das Verfahrensrecht akzeptiert, dass dem Gegner die an sich sofort mit dem Beweisanbot einzuräumende faktische Nutzungsmöglichkeit des Beweismittels vom Beweisführer verweigert wird. Anders formuliert: Greift der Schutz der faktischen Möglichkeit des Gegners zur Nutzung des Beweismittels erst mit dessen tatsächlicher Vorlage ein oder bereits mit Stellung des Beweisanbots?

Man könnte wiederum daran denken, § 302 ZPO heranzuziehen, zumal diesem ja – wie erwähnt⁹⁸³ – der Grundsatz entnommen wird, dass der Beweisführer ab einem bestimmten Zeitpunkt ohne Zustimmung des Gegners nicht mehr auf die Durchführung des Beweises verzichten kann. Allerdings zeigt sich schon auf den zweiten Blick, dass § 302 ZPO hier abermals *nicht zum Einsatz kommen* kann, weil sein Wortlaut ja voraussetzt, dass die Urkunde bereits vorgelegt worden ist. Auch die Konstellation der Vorlageverweigerung nach Beweisanbot bietet dem § 302 ZPO also keinen Anwendungsbereich.

Die Antwort auf das hier interessierende Regelungsproblem ist meines Erachtens § 304 Abs 1 Z 1 ZPO zu entnehmen. Nach dieser Bestimmung besteht eine *unbedingte Vorlagepflicht*, wenn die Partei selbst auf die Urkunde *zum Zwecke der Beweisführung Bezug genommen* hat. Daraus erhellt sehr klar, dass ab dem Moment der »Bezugnahme zum

982 Hesse, AcP 23, 1 (10f). Eine Anknüpfung an die Eigenschaft als Aktenbestandteil findet sich ferner etwa bei *Bolignano*, ZCivRPr 17, 169 (176), und bei *Renaud*, AcP 44, 147 (161), der es als entscheidend ansah, dass das Stadium erreicht ist, in welchem »das Beweismaterial als ein von der Partheien-Willkür unabhängiges der richterlichen Prüfung unterbreitet ist und demnach ein Fallenlassen eines Beweismittels durch eine Partei insofern *an der Actenlage nichts zu ändern vermag* [...]« (Hervorhebung nicht im Original).

983 Unmittelbar zuvor oben S 265 bei FN 978.

Zwecke der Beweisführung« die Urkunde jedenfalls vorzulegen und somit auch dem Gegner *faktisch zur Benützung im Rahmen der eigenen Beweisführung zur Verfügung zu stellen* ist. Dies bedeutet nichts anderes, als dass bereits das Beweisanbot genügt, um dem Gegner ein Recht und somit eine geschützte Rechtsposition auf Nutzung des Beweismittels einzuräumen; ab deren Entstehen darf die Durchführung des Beweises vom Beweisführer gegen den Willen des Gegners nicht mehr verhindert werden.

Diese Überlegungen zwingen zu einer gewissen **Neuausrichtung der bisherigen Sichtweise**. Dazu ist kurz nochmals die Formulierung des von der herrschenden Ansicht aufgestellten und insbesondere aus § 302 ZPO abgeleiteten Rechtssatzes in Erinnerung zu rufen: Der Beweisführer könne ab einem bestimmten Zeitpunkt – und zwar bei Urkunden gemäß § 302 ZPO ab der Vorlage – ohne Zustimmung des Gegners nicht mehr auf die Durchführung des Beweises verzichten. Damit lässt man also den Effekt, dass die Durchführung des Urkundenbeweises nicht mehr verhindert werden kann, erst mit der *Vorlage* der Urkunde eintreten und verortet ihn systematisch in der Bestimmung des § 302 ZPO; dies wird als Ausdruck der Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels gewertet. Die eben dargelegte Systematik und Funktionsweise der beweisrechtlichen Bestimmungen hat jedoch zutage gefördert, dass die herrschende Auffassung in zwei wesentlichen Punkten adaptiert werden sollte. Erstens hat sich gezeigt, dass für diesen **Effekt der Gemeinschaftlichkeit nicht § 302 ZPO, sondern die unbedingte Vorlagepflicht nach § 304 Abs 1 Z 1 ZPO** verantwortlich ist; dies ist insofern besonders bemerkenswert, als diese Bestimmung von der ZPO überhaupt nicht mit dem Gemeinschaftlichkeitskriterium in Zusammenhang gebracht wird und auch das Schrifttum sie heute nur sehr vereinzelt dem Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz unterstellt⁹⁸⁴. Und Zweitens ist hervorgekommen, dass dieser Effekt der Gemeinschaftlichkeit **nicht erst mit Vorlage, sondern bereits mit Bezugnahme zum Zwecke der Beweisführung, also mit dem Beweisanbot** eintritt.

984 Näher dazu oben S 213 bei FN 806 samt Nachweisen.

B. Vorteile in der Beweiswürdigung

Ungeklärt bleiben nach alledem immer noch die Funktion und der Anwendungsbereich des § 302 ZPO. Hier ist daran zu erinnern, dass dem Gegner des Beweisführers durch das Beweisanbot nicht nur die faktische Möglichkeit zur Beweismittelnutzung entstehen kann; daneben ist ferner in Betracht zu ziehen, dass sich aus dem Beweisanbot Konsequenzen für die Beweiswürdigung ergeben. Wiederum erscheint es sinnvoll, zwischen den beiden denkbaren Konstellationen zu unterscheiden⁹⁸⁵: Möglich ist zum einen, dass der Beweisführer seiner durch das Beweisanbot ausgelösten *Vorlagepflicht nachkommt*, und zum anderen, dass er den Beweis *lediglich anbietet*, die Urkunde aber doch (noch) nicht vorlegt.

1. Pflichtgemäße Urkundenvorlage

Unter dem Regime der starren Beweisregeln des gemeinen Rechts und der Partikularrechte war man der Auffassung, mit der Vorlegung habe »der Producent die Authentizität und Originalität, die Aechtheit der Urkunde [...] anerkannt, und der Gegner [kann] [...] die Aechtheit der Urkunde als juristisch gewiß voraussetzen, und daraus auch für sich einen Gebrauch in Anspruch nehmen⁹⁸⁶.« Ähnlich schrieb etwa die Bayerische Prozessordnung 1869 explizit fest: »Wer eine Urkunde zum Beweise für sich [...] vorlegt, erkennt damit die Aechtheit der ganzen Urkunde an« (Art 375). In einer solchen Situation führte die Nichtbestreitung durch den Gegner zu *vollem Beweis*⁹⁸⁷.

Trotz des Wechsels von den starren Beweisregeln zur freien Beweiswürdigung ist dem geltenden Verfahrensrecht ein solcher Mechanismus keineswegs völlig unbekannt. Kommt es zur Urkundenvorlage, so ist nach § 298 Abs 3 ZPO der Gegner des Beweisführers zu einer Erklärung aufzufordern⁹⁸⁸. Unterlässt der Gegner die Bestreitung der Echtheit, dann **gilt die Echtheit als unbestritten** (§ 312 Abs 1 ZPO), was wohl impliziert, dass auch die ZPO dem vorlegenden Beweisführer die

985 Zur Vorlagepflicht infolge Beweisanbots vgl zuvor oben § 5 III.A.1; S 264 f.

986 *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (385 f).

987 Siehe dazu schon oben S 101 f mit Hinweisen.

988 Damit wird die ganz generell bestehende Verpflichtung, sich zu den angebotenen Beweisen »mit Bestimmtheit zu erklären« (§ 178 ZPO), konkretisiert (*Kodek* in Fashing/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 312 ZPO Rz 3).

Behauptung der Echtheit der Urkunde unterstellt; andernfalls wäre ein Bestreiten durch den Gegner ja ohnehin denkunmöglich und § 298 Abs 3 ZPO überflüssig. Nach wohl herrschender Auffassung⁹⁸⁹ bewirkt § 298 Abs 3 ZPO zwar *nicht*, dass bei unterlassener Bestreitung die freie Beweiswürdigung ausgeschlossen ist, doch besteht damit für das Gericht in praxi kein Anlass mehr, an der Echtheit zu zweifeln. Nachdem der Beweisführer zur von ihm selbst vorgelegten Urkunde keine Erklärung abzugeben hat, lässt sich daraus schließen, dass auch die ZPO auf dem Standpunkt steht, der Beweisführer habe die Urkunde grundsätzlich als echt gegen sich gelten zu lassen. Entsprechendes gilt für die *Richtigkeit* der Urkunde⁹⁹⁰. In dieses Bild fügt es sich ein, wenn im Schrifttum betont wird, dass Urkunden häufig nicht als ein Beweismittel im technischen Sinn zu betrachten sind; soweit nämlich die Echtheit und Richtigkeit einer Urkunde anerkannt wurden, dient diese nicht mehr dazu, das Gericht vom Vorliegen bestimmter Tatsachen zu überzeugen, sondern diese werden gewissermaßen Teil des unbestrittenen Sachverhaltes⁹⁹¹. In der Rechtsprechung⁹⁹² wird deshalb bisweilen auch formuliert, dass in der Anerkennung der Richtigkeit einer Urkunde ein **Tatsachengeständnis** liegen kann.

Es lässt sich meines Erachtens somit durchaus sagen, dass nach österreichischem Prozessrecht an die Vorlage einer Urkunde vergleichbare – wenngleich durch die freie Beweiswürdigung wesentlich entschärfte – Wirkungen im Hinblick auf die Beweiswürdigung anknüpfen, wie dies in den historischen Verfahrensordnungen vorgesehen war, welche noch dem Konzept der starren Beweisregeln folgten: Dem Beweisführer wird unterstellt, er habe die **Echtheit und Richtigkeit der Urkunde durch deren Vorlage behauptet/anerkannt**. Durch dieses

989 Das Gericht kann dennoch – wie beim Geständnis iSd § 267 ZPO (siehe nur *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² §§ 266, 267 ZPO Rz 8 f mwH) – eine allfällige Unechtheit der Urkunde aufgreifen (*Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 312 ZPO Rz 3).

990 Hier lediglich mit der Abweichung, dass im Gegensatz zur Unterlassung der Bestreitung der Echtheit die Folgen der Unterlassung der Bestreitung der Richtigkeit nicht ausdrücklich geregelt sind. Die Richtigkeit gilt daher nicht bereits dann als unbestritten, wenn der Gegner des Beweisführers es unterlassen hat, sich hierzu zu äußern; hier sind gemäß § 267 ZPO vielmehr die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu würdigen (*Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 312 ZPO Rz 9).

991 *Kodek* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 297 ZPO Rz 1 mwH.

992 OGH 5 Ob 631/89 in JBl 1990, 590. AA *Bajons* in Nagel/Bajons, Beweis 427 (461).

schlüssige Geständnis bzw – genauer gesagt⁹⁹³ – Vorbringen des Beweisführers entsteht dem Gegner des Beweisführers **im Hinblick auf die Beweiswürdigung eine vorteilhafte Rechtsposition.**

Von Interesse ist nun, ob und wie das Prozessrecht den Gegner davor schützt, dass diese ihm vorteilhafte Rechtsposition durch Prozesshandlungen des Beweisführers wieder verloren geht. Eine solche Verschlechterung könnte insbesondere auf zweierlei Weg herbeigeführt werden: Zum einen durch einen *ausdrücklichen* Widerruf des im Beweisanbot liegenden Echtheitsanerkennnisses; zum anderen dadurch, dass der Beweisführer das Beweisanbot zurückzieht, so dass als Konsequenz keine Grundlage mehr besteht, ihm das Anerkenntnis der Echtheit und Richtigkeit zu unterstellen. Das **Fallenlassen** des Beweismittels würde demnach also einem **schlüssigen Widerruf des Geständnisses/Vorbringens** des Beweisführers gleichzuhalten sein. An sich ist der Widerruf bzw die Abänderung des eigenen Vorbringens oder auch eines Geständnisses bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung möglich (§ 179, § 266 Abs 2 ZPO)⁹⁹⁴, doch kann dies **zum Nachteil der Partei gewürdigt** werden⁹⁹⁵.

Diese Sichtweise, wonach die Urkundenvorlage die Behauptung der Echtheit und Richtigkeit der Urkunde in sich begreift, macht es nun meines Erachtens möglich, die **Funktion des § 302 ZPO** zu bestimmen. Wenn darin festgeschrieben wird, dass der Beweisführer nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde auf dieses Beweismittel nur mit Zustimmung des Gegners **verzichten** kann, wird man dies auf eben diese (unterstellte) schlüssige **Erklärung des Beweisführers zu Echtheit und Richtigkeit der von ihm vorgelegten Urkunde** zu beziehen haben. Das Fallenlassen ist demnach einem Widerruf dieser (schlüssigen) Erklärung gleichzuhalten. Dieser Widerruf muss grundsätzlich wie bei jedem

993 Ein Geständnis liegt nämlich an sich nur dann vor, wenn erklärt wird, dass eine Behauptung des Gegners zutrifft (statt aller nur *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² §§ 266, 267 ZPO Rz 1). Dies ist in der hier interessierenden Situation der Urkundenvorlage aber nicht zwingend der Fall, wenn es sich um einen Urkundeninhalt handelt, der bislang vom Gegner des Beweisführers noch nicht vorgebracht wurde.

994 Zum Widerruf des Vorbringens siehe die Nachweise oben S 261 FN 959 (*Grundsatz des uneingeschränkten Vorbringens*). Zum Widerruf des Geständnisses *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² §§ 266, 267 ZPO Rz 16.

995 Konkret zum Widerruf des Vorbringens *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 297 ZPO Rz 3. Für den Widerruf des Geständnisses ergibt sich dies unmittelbar aus § 267 Abs 2 ZPO.

anderen Prozessvorbringen (Geständnis) zulässig sein, doch unterliegt auch er der *freien Würdigung durch das Gericht*. Man kann § 302 ZPO demnach meines Erachtens als eine speziell **auf den Urkundenbeweis zugeschnittene Ausprägung der §§ 266 f ZPO** deuten: Es kommt darin zum Ausdruck, dass die *Urkundenvorlage als schlüssiges Vorbringen/Geständnis der Echtheit und Richtigkeit der selbst vorgelegten Urkunde* zu verstehen ist (vgl § 267 Abs 1 ZPO). Und zudem wird klargestellt, dass dessen Widerruf grundsätzlich möglich ist, seine Wirkungen jedoch vom Gericht *frei zu würdigen* sind (vgl § 266 Abs 2 ZPO).

Im *Umkehrschluss* ergibt sich aus § 302 ZPO aber auch Folgendes: Wenn der **Gegner dem Verzicht**, das heißt dem Widerruf der schlüssigen Erklärung des Beweisführers zur Richtigkeit und Echtheit **zustimmt**, ist eine *negative Würdigung des Verzichts/Widerrufs (grundsätzlich) ausgeschlossen*. Dies lässt sich zwanglos damit erklären, dass die Zustimmung des Gegners im Sinne des § 302 ZPO als eine Außerstreitstellung im Hinblick auf die nunmehr vom Beweisführer (durch seinen Verzicht/Widerruf) bestrittene Echtheit/Richtigkeit der von ihm vorgelegten Urkunde gewertet werden kann. Die Zustimmung des Gegners zum Verzicht/Widerruf wirkt also ihrerseits wie ein Geständnis, so dass die durch den Verzicht/Widerruf behaupteten Tatsachen (fehlende Echtheit/Richtigkeit der Urkunde) vom Gericht als wahr anzunehmen und der Entscheidung ungeprüft zugrunde zu legen sind⁹⁹⁶. Eine negative Würdigung des Verzichts/Widerrufs kommt in dieser Situation somit nicht in Betracht. § 302 ZPO enthält demnach also auch eine Klarstellung dahingehend, dass der Gegner die vom Beweisführer nachträglich (schlüssig durch das Fallenlassen) bestrittene Echtheit/Richtigkeit der selbst vorgelegten Urkunde außer Streit stellen kann.

996 So zumindest die Rechtsprechung (siehe nur RIS-Justiz RS0040073, RS0039949, RS0040112), welche grundsätzlich von einer Bindungswirkung des Geständnisses für die Sachverhaltsfeststellung ausgeht. Gegen dieses *Dogma von der Bindungswirkung* und für eine freie Beweiswürdigung auch im Fall des Geständnisses jedoch die Lehre (Rechberger, NZ 1991, 69; derselbe in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² §§ 266, 267 ZPO Rz 8; derselbe in Rechberger, ZPO⁴ §§ 266–267 Rz 2 je mWH).

2. Ausstehende Urkundenvorlage

Nachzugehen ist schließlich noch der zweiten denkbaren Konstellation, in welcher der Beweisführer seiner durch das Beweisanbot ausgelösten Vorlagepflicht bisher *nicht* nachgekommen ist. Was in diesem Fall bei einem Verzicht gelten soll, erscheint prima vista unklar. Entscheidend muss sein, ob bereits **allein durch das Beweisanbot dem Gegner eine vorteilhafte Rechtsposition** im Hinblick auf die Beweiswürdigung entstanden ist. Konkret ist also zu prüfen, ob schon das Beweisanbot für sich allein als ein schlüssiges Vorbringen/Geständnis des Beweisführers betreffend die Echtheit/Richtigkeit der noch vorzulegenden Urkunde zu werten ist. Bejaht man dies, dann kann ein Verzicht/Widerruf nicht erst ab der Vorlage der Urkunde negativ gewürdigt werden, sondern bereits ab dem Moment des Beweisanbots.

Der Wortlaut des § 302 ZPO macht das Zustimmungserfordernis davon abhängig, dass die Urkunde bereits *vorgelegt* worden ist. Daraus könnte im Umkehrschluss zu folgern sein, dass ein Verzicht *vor* erfolgter Vorlegung *nicht* von der Zustimmung des Gegners abhängig ist, was wiederum darauf schließen ließe, dass vor diesem Zeitpunkt *noch kein schlüssiges Vorbringen/Geständnis* des Beweisführers betreffend Echtheit und Richtigkeit der Urkunde anzunehmen ist. Dementsprechend käme auch keine negative Würdigung der Zurückziehung des Beweisanbots durch den Beweisführer in Betracht.

Dagegen kann allerdings eingewendet werden, dass nach § 304 Abs 1 Z 1 ZPO bereits die Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung, also das Beweisanbot selbst eine unbedingte Vorlagepflicht auslöst. Kommt der Beweisführer dieser Vorlagepflicht nicht nach, dann ist jedenfalls eine nachteilige Würdigung seines Verhaltens möglich (§ 307 Abs 2 ZPO). Man wird daher meines Erachtens wohl durchaus annehmen dürfen, dass die ZPO **bereits im reinen Beweisanbot** (ohne gleichzeitige Urkundenvorlage) ein **schlüssiges Vorbringen/Geständnis des Beweisführers über Echtheit und Richtigkeit** der noch vorzulegenden Urkunde erblickt. Genau hierin ist nämlich der Grund dafür zu erblicken, weshalb die Bezugnahme eine unbedingte Vorlagepflicht auslöst: Die Nichtvorlage ist die Konsequenz des Fallenlassens des Beweismittels, was wiederum als *Widerruf* des im Beweisanbot liegenden schlüssigen Vorbringens/Geständnisses zur Echtheit und Richtigkeit der Urkunde zu werten ist. Um dem Gericht nun die Möglichkeit einzuräumen, diesen Widerruf des Beweisführers negativ würdigen zu

können, wird eine *unbedingte Vorlagepflicht* statuiert. Denn *erst daraus ergibt sich, dass die Nichtvorlage jedenfalls, also selbst bei Verwirklichung von Weigerungsgründen (§ 305 ZPO) pflichtwidrig ist und negativ gewürdigt werden kann (§ 307 Abs 2 ZPO)*.

Anders formuliert lässt sich dieser Gedankengang auch folgendermaßen auf den Punkt bringen: Wird ein Beweisanbot ohne gleichzeitige Urkundenvorlage gestellt, kann es zurückgezogen/fallen gelassen werden, indem die Vorlage in der Folge schlicht verweigert wird. In einer solchen Vorlageverweigerung ist grundsätzlich ein Widerruf des im Beweisanbot liegenden Vorbringens/Geständnisses des Beweisführers über die Echtheit und Richtigkeit der Urkunde zu sehen. Ein solcher Widerruf ist grundsätzlich zulässig, muss aber – wie stets – der freien Würdigung durch das Gericht unterliegen. Eben diese *freie Würdigung des Widerrufs* wäre jedoch *ausgeschlossen*, wenn sich der Beweisführer auf Vorlageverweigerungsgründe berufen kann, welche seine Vorlagepflicht aufheben (§ 305 ZPO). Die Vorlageverweigerungsgründe des § 305 dienen jedoch nur dem Schutz besonderer Interessen der Partei, nämlich dem Schutz der Individualsphäre, dem Schutz vor einem Pflichtenkonflikt und dem Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung. Diese Interessen der Partei können es aber nicht rechtfertigen, dass der Widerruf ihres schlüssigen (im Beweisanbot liegenden) Vorbringens/Geständnisses der freien Würdigung durch das Gericht entzogen ist. Um dem Gericht dennoch eine negative Würdigung des Widerrufs (= der Nichtvorlage) zu ermöglichen, wird daher an das Beweisanbot (= an die Bezugnahme) eine unbedingte Vorlagepflicht geknüpft.

Im Ergebnis folgt daraus, dass § 302 ZPO im Fall eines Beweisanbots *ohne Urkundenvorlage* zwar **nicht unmittelbar anzuwenden** ist, weil dem sein Wortlaut entgegensteht (argumento: »nach erfolgter Vorlegung«). Es hat sich allerdings gezeigt, dass die Situation bei einem Beweisanbot *ohne* Vorlage aus der Warte des Gegners des Beweisführers wertungsmäßig gleich gelagert ist wie nach erfolgter Vorlage: Auch in diesem Fall wohnt dem Beweisanbot das schlüssige Anerkenntnis der Echtheit und Richtigkeit der (noch vorzulegenden) Urkunde inne. Daher erwirbt der Gegner bereits durch das Beweisanbot eine vorteilhafte Rechtsposition im Prozess, die ihm gegen seinen Willen nicht ohne weiteres entzogen werden darf. Um dies sicherzustellen, greift diesfalls jedoch nicht § 302 ZPO ein, sondern an das Beweisanbot wird eine *unbedingte Vorlagepflicht* gemäß § 304 Abs 1 Z 1 ZPO geknüpft. Damit wird gewissermaßen **mittelbar ein Schutz des Gegners** davor hergestellt,

dass ein Widerruf des Anerkenntnisses durch den Beweisführer nicht sanktionslos bleibt: Will der Beweisführer sein Beweisanbot zurückziehen und damit sein schlüssiges Vorbringen/Geständnis widerrufen, kann dies entweder ausdrücklich oder schlüssig durch Nichtvorlage der Urkunde erfolgen. Der ausdrückliche Widerruf unterliegt stets der freien Würdigung (§ 266 Abs 2 ZPO). Dass auch der schlüssige Widerruf jedenfalls gewürdigt werden kann, stellt die ZPO dadurch sicher, dass sie eine unbedingte Vorlagepflicht statuiert, deren Verletzung selbst bei Vorliegen von Weigerungsgründen, eine negative Würdigung erlaubt (§ 307 Abs 2 iVm § 304 Abs 1 Z 1 ZPO). **Stimmt der Gegner dem Widerruf zu**, dann muss aber – ebenso wie bei Zustimmung zur Zurückziehung eines Beweisanbots, mit dem die Urkundenvorlage verbunden war – eine negative Würdigung ausgeschlossen sein: Die Zustimmung des Gegners zum Verzicht/Widerruf wirkt nämlich ihrerseits wie ein Geständnis, so dass die durch den Verzicht/Widerruf behaupteten Tatsachen (fehlende Echtheit und Richtigkeit der Urkunde) vom Gericht als wahr anzunehmen und der Entscheidung ungeprüft zugrunde zu legen sind⁹⁹⁷.

C. Sonderfall: Urkunde in den Händen des Gegners bzw eines Dritten

Bekanntlich ist die Beweisführung durch Urkunden nicht auf jene Fälle beschränkt, in denen sich die Urkunde in den Händen des Beweisführers befindet; wenn dieser die Urkunde selbst vorzulegen nicht im Stande ist, kann ihre Vorlage dem jeweiligen Urkundenbesitzer – sei es der Gegner oder sei es ein Dritter – vom Gericht aufgetragen werden. Für den Beweisführer besteht die Möglichkeit, den **Auftrag zur Vorlage** durch den Gegner (§ 303 ZPO) oder einen Dritten (§§ 308f ZPO) bzw die auf Herbeischaffung von einer Behörde bzw von einem Notar (§ 301 ZPO) zu beantragen. Soweit diesem Problem Beachtung geschenkt wird⁹⁹⁸, wird betont, dass durch einen solchen Antrag des Beweisführers zwar der Beweis angetreten wird (§ 297 ZPO), doch bewirke dies noch *keine Vorlage* im Sinne des § 302 ZPO; selbst bei Stattgebung durch

997 Dazu vgl auch oben S 272 bei FN 996 mwH.

998 Neumann, Zivilprozessgesetze⁴ II 1032.

das Gericht soll demnach ein Verzicht ohne Zustimmung des Beweisgegners möglich sein.

Im Lichte der vorstehenden Überlegungen lassen sich nun auch für diese Konstellationen systematisch konsequente Lösungen anbieten. Entscheidend ist auch hier wiederum, ob dem Beweisgegner durch das Beweisanbot eine **vorteilhafte Rechtsposition** angewachsen ist, so dass ihm diese nicht mehr ohne weiteres gegen seinen Willen entzogen werden kann. Eine solche Rechtsposition kann – wie dargelegt – zum einen darin gesehen werden, dass dem Gegner die faktische Möglichkeit eröffnet wird, das angebotene Beweismittel für seine eigene Beweisführung zu nutzen; zum andern kann ihm ein Vorteil daraus entstehen, dass im Beweisanbot ein schlüssiges Anerkenntnis des Beweisführers zur Echtheit/Richtigkeit der Urkunde zu sehen ist.

Was die **faktische Möglichkeit** betrifft, das vom Beweisführer angebotene **Beweismittel ebenfalls nutzen zu können**, wird man bei einem Beweisantritt durch Vorlageantrag meines Erachtens *nicht* davon ausgehen können, dass dem Gegner hierdurch bereits eine schützenswerte Rechtsposition entstanden ist. Denn allein aus dem Umstand, dass der Beweisführer die Vorlage beantragt hat, lässt sich noch keineswegs schließen, dass die Urkunde tatsächlich vorgelegt und Teil des Akteninhalts werden wird. So ist ja denkbar, dass den Dritten (§ 308 ZPO) oder die Behörde bzw den Notar⁹⁹⁹ (§ 301 ZPO) gar keine Vorlagepflicht trifft.

Anders wird sich die Situation hingegen im Hinblick auf den zweiten Vorteil des Gegners aus dem Beweisanbot darstellen: Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass dem Beweisanbot – selbst wenn damit noch keine Urkundenvorlage verbunden ist – ein **schlüssiges Anerkenntnis** des Beweisführers **über Echtheit und Richtigkeit** der Urkunde innewohnt. Dies gilt jedenfalls für Urkunden, die als Beweismittel angeboten werden und sich in den Händen des *Beweisführers* befinden. Es scheint nun aber meines Erachtens kein Grund ersichtlich, weshalb für Urkunden, die sich in den *Händen des Gegners oder eines Dritten* befinden, anderes gelten sollte. Man wird daher auch dann, wenn der Beweisführer den Beweis dadurch antritt, dass er beantragt, die Vorlage dem Gegner, einem Dritten oder einer Behörde bzw einem Notar aufzutragen, dem Beweisführer ein schlüssiges Vorbringen/Geständnis über Echtheit und Richtigkeit der Urkunde unterstellen

999 Zu den Grenzen der Urkundenausfolgungspflicht siehe etwa *Kodek* in *FaSching/Konecny, Zivilprozessgesetz*² § 301 ZPO Rz 3 ff mwH.

können. Dieses Vorbringen kann widerrufen werden, und zwar entweder ausdrücklich oder schlüssig durch Fallenlassen des Beweises, jedoch steht es dem Gericht jedenfalls zu, dies **frei zu würdigen**. Anders als bei der Beweisführung durch eine Urkunde, die sich in den Händen des Beweisführers selbst befindet, kann dies aber nicht durch den Mechanismus einer unbedingten Vorlagepflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) sichergestellt werden (dazu eingehend oben S 273 ff); man wird die darin zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung hier jedoch sinngemäß anzuwenden haben.

IV. Augenschein und Auskunftssachen

Blickt man ins Gesetz, scheint es auf den ersten Blick so, als würde die ZPO jede Antwort darauf schuldig bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, auf den selbst angebotenen Beweis durch Augenschein bzw Auskunftssachen zu verzichten. § 302 ZPO, also jene Bestimmung die den Verzicht auf den angebotenen *Urkundenbeweis* nach Vorlegung der Urkunde von der Zustimmung des Gegners abhängig macht, ist – wozu der Umkehrschluss aus den Verweisungsnormen des § 369 bzw des § 318 Abs 2 ZPO zwingt – hier nämlich **nicht anzuwenden**. Den explizit eingeschränkten Verweisbestimmungen kann wohl lediglich entnommen werden, dass der Beweis durch Augenschein und Auskunftssachen in diesem Punkt anders zu behandeln ist als der Urkundenbeweis. Mangels besonderer Vorschrift liegt es *prima vista* nahe, die ganz allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätze, wonach Anträge bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung jederzeit zurückgezogen werden können, zur Anwendung zu bringen¹⁰⁰⁰; demnach wäre ein Verzicht auf den bereits angebotenen Augenscheinsbeweis jederzeit uneingeschränkt – also auch ohne Zustimmung des Gegners des Verzichtenden – zulässig.

Frägt man nach der Zulässigkeit der Zurückziehung des Beweisanbots, so muss die Antwort aber letztlich wieder allein davon abhängen, ob der Beweisführer dem Gegner durch das Beweisanbot eine vorteilhafte Rechtsposition gewährt hat, die ihm durch ein Fallenlassen

¹⁰⁰⁰ Siehe dazu schon oben S 25.

des Beweismittels gegen seinen Willen wieder entzogen würde. Auch hier kann das Beweisanbot dem Gegner grundsätzlich unter zwei Aspekten Vorteile bescheren: Zum einen ist daran zu denken, dass mit dem Beweisanbot die faktische Möglichkeit begründet wird, das Beweismittel für die eigene Beweisführung zu nutzen; zum anderen kommt in Betracht, dass dem Beweisanbot ein Vorbringen/Geständnis des Beweisführers im Hinblick auf die Echtheit/Richtigkeit bzw Unbedenklichkeit des Beweismittels innewohnt. Wie schon zuvor beim Urkundenbeweis¹⁰⁰¹ sind die gesetzlichen Bestimmungen über das Fallenlassen von Augenscheinsgegenständen und Auskunftssachen daher unter diesen beiden Blickwinkeln zu würdigen.

A. Faktische Möglichkeit zur Beweisaufnahme

1. Beweisanbot und Beweismittelvorlage

Beim *Urkundenbeweis* ist vorgesehen, dass der Beweisführer die Urkunde sofort mit dem Beweisanbot dem Gericht vorzulegen hat; die Urkunde ist dann als Beilage zum Akt zu nehmen und grundsätzlich bis zur Rechtskraft der Entscheidung »beim Akte zurückzubehalten« (§ 169 Abs 1 Geo)¹⁰⁰². Bei Augenscheinsobjekten und Auskunftssachen stellt sich die Situation *prima vista* gleich dar: Die Vorschrift über die Zurückbehaltung im Akt ist bei diesen Beweismitteln entsprechend anzuwenden (§ 169 Abs 3 Geo). Ein Unterschied gegenüber dem Urkundenbeweis besteht allerdings darin, dass hier eine sofortige (mit dem Beweisanbot verbundene) Vorlage des Beweismittels nicht generell gefordert wird; dies leuchtet ein, zumal ja eine Vorlage mitunter gar nicht (zum Beispiel beim Ortsaugenschein) oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich sein wird (vgl § 368 Abs 2 ZPO). Meines Erachtens wird aber wohl immerhin für solche Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen, deren Vorlage wie bei Urkunden möglich ist, eine Pflicht des Beweisführers zur sofortigen Vorlage zu bejahen sein.

Jedenfalls sind die Tatsache und das Ergebnis des Augenscheins im Verhandlungsprotokoll aufzuzeichnen, und zwar in der Regel un-

1001 Oben § 5 III.; S 264 ff.

1002 Oben S 264 f samt Nachweisen.

mittelbar nach der Vornahme des Augenscheines (§ 370 ZPO)¹⁰⁰³. Somit findet das Beweismittel bzw das Ergebnis der Beweisaufnahme also spätestens mit deren Abschluss Eingang in die Gerichtsakten. Ebenso wie beim Urkundenbeweis kann also zwischen Situationen unterschieden werden, in denen sofort mit dem Beweisanbot die faktische Möglichkeit zur Beweisaufnahme (auch zum Vorteil des Gegners) entsteht, und solchen, in denen das Beweismittel erst zu einem späteren Zeitpunkt zur Verfügung gestellt wird. Ein Unterschied zum Beweisanbot beim Urkundenbeweis besteht lediglich darin, dass die sofortige Verfügbarmachung des Beweismittels (Vorlage) bei Augenscheinsgegenständen und Auskunftssachen nicht unbedingt geboten ist.

2. Nach erfolgter Beweismittelvorlage

Sobald der Beweisführer das angebotene Beweismittel vorgelegt hat und nun sein Beweisanbot zurückziehen will, sollte die Situation nicht anders zu beurteilen sein, als dies beim Urkundenbeweis ausgeführt wurde: Zwar findet sich keine ausdrückliche Vorschrift, welche es – so wie für Urkunden – gebietet, Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen als Beilage zum Akt zu nehmen (vgl § 371 Abs 2 Geo), doch wird man aus § 169 Abs 1 und 3 sowie aus § 179 Abs 3 Geo¹⁰⁰⁴ den Schluss ziehen dürfen, dass das Gericht vorgelegte Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen grundsätzlich ebenfalls bei sich zu behalten hat¹⁰⁰⁵. Zumindest aber sind die Tatsache und das Ergebnis des Augenscheins im Verhandlungsprotokoll aufzuzeichnen. Wie bei Urkunden stehen die Beweismittel bzw das Ergebnis der Beweisaufnahme ab diesem Zeitpunkt daher *jedenfalls für eine Beweisführung zur Verfügung*. Dem Gegner wird also die **faktische Möglichkeit verschafft, das Beweismittel**

1003 Siehe auch *Gitschthaler* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² § 370 ZPO Rz 2; *Rechberger* in Rechberger, ZPO⁴ § 370 Rz 3.

1004 Die letztgenannte Bestimmung regelt die Vorlage von Akten an das Rechtsmittelgericht und ordnet an, dass wenn Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände vorhanden sind, die sich nicht leicht dem Akt anschließen lassen, darüber zu berichten ist, damit das Rechtsmittelgericht wegen ihrer Einsendung allenfalls entsprechende Weisung erteilen kann. Darin findet sich meines Erachtens ebenso wie in § 169 Abs 1 und 3 Geo ein Hinweis darauf, dass derartige Beweismittel nach ihrer Vorlage bei Gericht zu verbleiben haben.

1005 Auf diese Bestimmungen der Geo stützen sich auch *Neumayr/Resch*, JBl 2012, 627 (633), um eine Pflicht, das Beweismittel zum Akt zu nehmen, zu begründen; allerdings nur im Hinblick auf *Urkunden*; dazu näher oben S 265 bei und in FN 974.

für seine eigene Beweisführung zu nutzen, woraus ihm fraglos eine **vorteilhafte Rechtsposition** erwächst. Wie beim Urkundenbeweis schon ausgeführt, gebietet es das zentrale Prinzip der Privatautonomie, wonach Verfügungen zulasten eines Dritten nur bei dessen Mitwirkung wirksam sein können, auch hier, dass dem Gegner diese Rechtsposition nicht ohne weiteres wieder entzogen werden kann.

Ausgehend vom herrschenden Verständnis, könnte man daran denken, die Funktion, den demnach gebotenen **Verschlechterungsschutz** für den Gegner sicherzustellen, der Bestimmung des § 302 ZPO zuzuschreiben. Dies würde jedoch zu dem überraschenden Ergebnis führen, dass der Gegner beim Urkundenbeweis anders zu behandeln wäre als beim Beweis durch Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen, denn für diese Beweismittel ist die Anwendung des § 302 ZPO ja explizit ausgenommen (§§ 318 Abs 2, § 369 ZPO e contrario). Für eine solche Differenzierung scheint kein hinreichender Grund ersichtlich; der damit drohende Wertungswiderspruch lässt sich auf Basis der zuvor angestellten Überlegungen aber ohnehin leicht vermeiden: Zu erinnern ist an die zuvor zum Urkundenbeweis¹⁰⁰⁶ entwickelte These, dass sich der Schutz des Gegners davor, die faktische Möglichkeit zur Nutzung des vorgelegten Beweismittels zu verlieren, nicht aus § 302 ZPO ergibt, sondern bereits aus den **Vorschriften der Geo über die Bildung und Aufbewahrung der Akten**. Wurde das Beweismittel (sei es eine Urkunde, sei es ein Augenscheinsgegenstand oder sei es eine Auskunftssache) für eine Entscheidung verwertet oder kommt es dafür in Betracht, so ist es *bis zur Rechtskraft der Entscheidung beim Akte zurückzubehalten*; vorher darf es der Partei, die es vorgelegt hat, nur aus triftigen Gründen mit Genehmigung des Richters, allenfalls gegen Einlegung einer beglaubigten Abschrift, ausgefolgt werden (§ 169 Abs 1 und 3 Geo). Mit diesen Vorschriften wird sichergestellt, dass das einmal vorgelegte Beweismittel selbst im Fall der Zurückziehung des Beweisanbots *im Gerichtsakt zu verbleiben hat* und die faktische Möglichkeit des Gegners, das Beweismittel auch für die eigene Beweisführung zu nutzen, nicht mehr verloren gehen kann. Dies ist aber – nota bene! – eben gerade *nicht* auf § 302 ZPO zurückzuführen, so dass die durch § 318 Abs 2 und § 369 ZPO vorgesehene Unanwendbarkeit dieser Bestimmung diesbezüglich zu **keiner Verschiedenbehandlung des Gegners** führt.

1006 Oben S 265f.

3. Ausstehende Beweismittelvorlage

In Betracht zu ziehen ist ferner auch der Fall, dass der Beweisführer sein Beweisanbot zurückzieht, *bevor* er das Beweismittel vorgelegt hat. Nach der hier vertretenen Auffassung¹⁰⁰⁷ wird man für solche Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen, die **wie Urkunden vorgelegt werden können**, ebenfalls eine Pflicht des Beweisführers anzunehmen haben, das Beweismittel sofort mit dem Beweisanbot vorzulegen. In diesen Fällen scheint daher auch dieselbe Beurteilung im Hinblick auf den Schutz des Gegners vor einer Verweigerung der ihm gleichzeitig mit dem Beweisanbot zu gewährenden faktischen Möglichkeit zur Beweismittelnutzung geboten: Für den *Urkundenbeweis* hat sich gezeigt¹⁰⁰⁸, dass es die ZPO nicht akzeptiert, dass der Beweisführer dem Gegner die faktische Möglichkeit zur Nutzung des angebotenen und daher vorzulegenden Beweismittels verweigert. Das Beweisanbot (Bezugnahme zum Zwecke der Beweisführung) löst daher eine *unbedingte Vorlagepflicht* aus (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO). Diese unbedingte Vorlagepflicht greift kraft ausdrücklichen Verweises auch für *Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen* ein (§ 318 Abs 2 und § 369 ZPO). Ab dem Moment der »Bezugnahme zum Zwecke der Beweisführung« sind also auch diese Beweismittel dem Gegner zur Benützung für die eigene Beweisführung faktisch zur Verfügung zu stellen. Es genügt demnach bereits das Beweisanbot, um beim Gegner eine geschützte Rechtsposition auf Nutzung des Beweismittels entstehen zu lassen; ab diesem Moment darf die Durchführung des Beweises vom Beweisführer gegen den Willen des Gegners nicht mehr verhindert werden. Kommt er dieser Vorlagepflicht nicht nach, kann dies vom Gericht negativ gewürdigt werden (§ 307 Abs 2 iVm § 318 Abs 2 bzw § 369 ZPO).

Sofern es sich um Augenscheinsgegenstände bzw Auskunftssachen handelt, deren **Vorlage nur mit erheblichen Schwierigkeiten oder gar nicht möglich** ist, besteht jedoch *keine* Pflicht des Beweisführers zur sofortigen, mit dem Beweisanbot zu verbindenden Vorlage. In diesen Situationen könnte zweifelhaft sein, ob bereits das Beweisanbot selbst ein Recht des Gegners begründet, das Beweismittel für die eigene Beweisführung nutzen zu können; man könnte nämlich argumentieren,

1007 Dazu oben S 278.

1008 Oben § 5 III.A.3; S 267 f.

dass diese faktische Möglichkeit ja von der Pflicht zur Vorlage des Beweismittels abhängt. Letztlich wird man jedoch auch unter diesen Umständen eine entsprechende Rechtsposition des Gegners annehmen müssen, welche ihm durch ein Fallenlassen des Beweismittels nicht ohne weiteres entzogen werden kann. Es kann nämlich für den **Schutz der Rechtsposition** des Gegners wohl **keinen Unterschied** machen, ob ihm die faktische Nutzungsmöglichkeit unmittelbar im Zeitpunkt des Beweisanbots oder erst später eingeräumt werden muss. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO, der für die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme nicht danach differenziert wird, ob das Beweismittel sofort oder erst später vom Beweisführer vorzulegen bzw verfügbar zu machen gewesen wäre; es genügt allein die Bezugnahme auf das Beweismittel.

Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass es beim Beweis durch Augenschein oder Auskunftssachen (ebenso wie bei Urkunden) **ab dem Zeitpunkt des Beweisanbots** unzulässig ist, dem Gegner durch ein Fallenlassen die faktische Möglichkeit zu nehmen, das Beweismittel für die eigene Beweisführung zu nutzen. Dies folgt aus der unbedingten Vorlagepflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO), welche dem Gegner (früher oder später) die faktische Möglichkeit eröffnet, das angebotene Beweismittel für die eigene Beweisführung nutzen zu können. Darin liegt eine vorteilhafte Rechtsposition für den Gegner, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, insbesondere nicht dadurch, dass der Beweisführer das Beweisanbot zurückzieht. Der Schutz vor einer solchen Verschlechterung wird – wie schon im Zusammenhang mit dem Urkundenbeweis dargelegt wurde – *nicht* durch § 302 ZPO bewirkt, sondern durch die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme. Es ist für das Verschlechterungsverbot daher irrelevant, dass § 302 ZPO auf die Beweisführung durch Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen nicht anzuwenden ist.

B. Vorteile in der Beweiswürdigung

Hervorgekommen ist auch bereits, dass dem Gegner des Beweisführers durch das Beweisanbot nicht nur die faktische Möglichkeit zur Beweismittelnutzung gewährt wird, sondern daneben sind für den Gegner auch Vorteile in der Form denkbar, dass sich aus dem Beweisanbot Konsequenzen für die Beweiswürdigung ergeben. Beim *Urkundenbeweis*

hat sich gezeigt¹⁰⁰⁹, dass dem Beweisführer unterstellt wird, er habe die *Echtheit und Richtigkeit der Urkunde durch deren Vorlage behauptet/anerkannt*; dies ergibt sich aus § 312 Abs 1 ZPO, wonach die Echtheit der vorgelegten Urkunde als unbestritten gilt, wenn sich der Gegner des vorliegenden Beweisführers dazu nicht erklärt hat. Durch dieses **schlüssige Geständnis/Vorbringen** des Beweisführers entsteht dem Gegner im Hinblick auf die Beweiswürdigung eine *vorteilhafte Rechtsposition*. Die Zurückziehung des Beweisanbots kann als ein *schlüssiger* Widerruf gewertet werden. Wenn § 302 ZPO anordnet, dass diese Zurückziehung nur mit Zustimmung des Gegners zulässig ist, kommt damit also zum Ausdruck, dass darin ein Widerruf zu sehen ist und dass dieser andernfalls (das heißt: ohne Zustimmung des Gegners) vom Gericht frei zu würdigen ist. § 302 ZPO schützt den Gegner des Beweisführers beim Urkundenbeweis also davor, dass ihm die vorteilhafte Rechtsposition aus dem dem Beweisanbot innewohnenden Geständnis/Vorbringen durch ein Fallenlassen ohne weiteres entzogen werden kann.

Fraglich ist nun, ob dieser Gedankengang beim Beweis durch *Augenschein* und *Auskunftssachen* ebenfalls greift. Versucht man die zum Urkundenbeweis herausgearbeiteten Grundsätze gewissermaßen durch Parallelverschiebung auf diese Beweismittel zu übertragen, fällt zweierlei auf: Erstens ist bei Augenscheinsgegenständen und Auskunftssachen – anders als beim Urkundenbeweis (§ 298 Abs 3 ZPO) – **nicht** vorgesehen, dass der **Gegner zu einer Erklärung über das Beweismittel aufzufordern** ist; ebenso wenig sieht die ZPO daher die Sanktion vor, dass im Falle unterlassener Erklärung die Echtheit des Beweismittels als unbestritten gilt¹⁰¹⁰ (für Urkunden vgl § 312 Abs 1 ZPO). Zweitens ist zu bemerken, dass **§ 302 ZPO**, also jene Bestimmung, die nach der hier vertretenen Auffassung zum Ausdruck bringt, dass der schlüssige Widerruf durch Fallenlassen des Beweismittels mangels Zustimmung des Gegners frei zu würdigen ist, beim Beweis durch Augenschein und Auskunftssachen **unanwendbar** ist (§ 318 Abs 2, § 369 ZPO e contrario).

1009 Vgl oben § 5 III.B.1; S 269 ff.

1010 Dies gilt auch für Auskunftssachen; zwar sind diese den Urkunden verfahrensmäßig gleichgestellt, allerdings bestehen für Auskunftssachen weder Echtheitsvermutung noch Beweisregeln. Dies wird damit begründet, dass im Hinblick auf die Vielfalt der von § 318 Abs 1 ZPO erfassten Objekte für eine typisierende Regelung des Beweiswerts kein Raum bestehe, so dass sie wie alle anderen Beweismittel vom Gericht frei zu würdigen sind (*Kodex* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 318 Rz 1 und 6 mwH).

Die Zusammenschau dieser beiden Abweichungen gegenüber dem Urkundenbeweis lässt meines Erachtens erkennen, weshalb für Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen eine dem § 302 ZPO entsprechende Bestimmung fehlt: Im Gegensatz zu Urkunden ist dem Beweisführer bei Vorlage von Augenscheinsgegenständen und Auskunftssachen **kein Geständnis/Vorbringen zur Beweiskraft des Beweismittels** zu unterstellen. Es entsteht dem Gegner daher insofern aus der Beweismittelvorlage **keine vorteilhafte Rechtsposition** im Hinblick auf die Beweiswürdigung durch das Gericht. Wenn der Beweisführer das Beweismittel fallen lässt, liegt hierin dementsprechend *kein Widerruf* eines Vorbringens/Geständnisses des Beweisführers. Es drohen dem Gegner daher insofern auch keine Nachteile im Hinblick auf die Beweiswürdigung, so dass unter diesem Aspekt kein Bedarf besteht, ihn davor zu schützen, dass der Beweisführer das Beweismittel jederzeit wieder fallen lassen kann. Einschränkungen der Möglichkeit zum Verzicht auf das angebotene Beweismittel sind daher unter diesem Aspekt des Verschlechterungsschutzes nicht erforderlich. Meines Erachtens liegt hierin der Grund dafür, dass die ZPO in den Verweisungsnormen des § 318 Abs 2 und des § 369 ZPO die Bestimmung des § 302 ZPO explizit von der Anwendbarkeit beim Beweis durch Augenschein und Auskunftssachen ausklammert.

V. Zeugen

Nach § 345 ZPO kann die Partei auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten, jedoch kann der Gegner verlangen, dass der Zeuge, falls er bereits zur Vernehmung erschienen ist, ungeachtet dieses Verzichtes vernommen oder dessen Vernehmung, wenn sie bereits begonnen hat, fortgesetzt werde. Wenngleich dies vom Gesetz nicht explizit ausgesprochen wird¹⁰¹¹, kommt auch darin nach herrschender Auffassung der Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zum Ausdruck¹⁰¹². Wie nun schon mehrfach erwähnt¹⁰¹³, stellt

1011 *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1031 FN 1.

1012 *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 345 ZPO Rz 1. Weitere Nachweise oben S 18 FN 68.

1013 Dazu schon oben S 18 und S 254 mit Hinweisen.

sich dabei die Frage nach der Funktion dieser Bestimmung: *Prima vista* besteht für den Gegner des Verzichtenden nämlich ohnehin stets die Möglichkeit, eben jenen Zeugen, auf den verzichtet wurde, selbst anzubieten; trotz des Verzichts scheint das Beweismittel für den Gegner des Verzichtenden also keineswegs verloren. Der Verzicht bzw – genauer gesagt – die Einschränkung seiner Zulässigkeit steht damit im Verdacht, keinen sinnvollen Anwendungsbereich zu haben bzw funktionslos zu sein.

Steht zur Diskussion, ob es notwendig ist, dass die Möglichkeit, das eigene Beweisanbot zurückzuziehen, eingeschränkt wird, dann kann auch bei den persönlichen Beweismitteln nur entscheidend sein, ob dem Gegner **durch das Beweisanbot des Beweisführers eine Rechtsposition entstanden** ist, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr ohne weiteres entzogen werden kann. Auch für den Zeugenbeweis ist daher im Ausgangspunkt aller Überlegungen zu klären, ob dem Beweisgegner durch das Beweisanbot tatsächlich eine solche vorteilhafte Rechtsposition entsteht und welcher Art diese ist. Hier wäre grundsätzlich, so wie bei den bisher behandelten Beweismitteln, einerseits daran zu denken, dass das Beweisanbot dem Gegner die faktische Möglichkeit eröffnet, das Beweismittel für die eigene Beweisführung verwenden zu können, und andererseits, dass daraus für den Gegner gewisse Vorteile im Rahmen der Beweiswürdigung resultieren können. Es wird insbesondere Augenmerk darauf zu legen sein, in welcher Konstellation die Bestimmung des § 345 ZPO einen eigenständigen Einsatzbereich finden kann.

A. Faktische Möglichkeit zur Beweisaufnahme

Eine vorteilhafte Rechtsposition des Gegners könnte zunächst darin liegen, dass ihm (bereits) durch das Beweisanbot die faktische Möglichkeit eröffnet wird, den Zeugen auch für die eigene Beweisführung jedenfalls heranziehen zu können. Hierfür ist wiederum bedeutsam, in welcher konkreten Form das Beweisanbot beim Zeugenbeweis zu erfolgen hat. Gemäß § 226 Abs 1 ZPO sind die Parteien verpflichtet, die Beweismittel genau zu bezeichnen¹⁰¹⁴. Daraus wird abgeleitet, dass die

¹⁰¹⁴ Dazu anschaulich *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze 70 mwH, der davon ausgeht, dass der Beweisführer mit der Beweismittelbenennung eine neue Tatsachenbehauptung aufstellt, dass nämlich das benannte Beweismittel über die bereits

angebotenen Zeugen **namhaft zu machen** sind¹⁰¹⁵: Jede Partei hat Namen und Anschrift der von ihr angebotenen Zeugen dem Gericht bekannt zu geben¹⁰¹⁶, insbesondere eine **Zustelladresse** im Sinne des § 4 ZustG¹⁰¹⁷. Zwar sieht die ZPO ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass der Beweisführer einen Zeugen auch ohne vorherige gerichtliche Ladung zur Verhandlung »mitbringt« (§ 388 Abs 2 ZPO), doch ersetzt dies nicht die ordnungsgemäße Bezeichnung des Beweismittels¹⁰¹⁸. Im Schrifttum¹⁰¹⁹ wurde schon früh dafür plädiert, dass der Zeuge grundsätzlich immer *vom Gericht selbst geladen werden muss*: Überlasse es das Gericht der Partei, den Zeugen zur Tagsatzung »mitzubringen«, sei es gegen das Ausbleiben des Zeugen nämlich wehrlos, weil ein solches Verhalten des Zeugen mangels ordnungsgemäßer Ladung nicht sanktioniert werden könne (vgl § 333 ZPO); zudem werde damit der Partei auch das Schicksal der Tagsatzung in die Hand gelegt. Aufschlussreich ist im gegebenen Zusammenhang ferner der schon bei *Klein*¹⁰²⁰ zu findende Gedanke, die Ladung des Zeugen durch das Gericht sei deswegen geboten, weil andernfalls – wenn also der Zeuge vom Beweisführer mitgebracht wird (§ 288 Abs 2 ZPO) – die »falsche und schädliche Vorstellung einer Gruppierung der Zeugen nach Parteien bestärkt« werde. Der Zeuge sei nämlich nicht der Zeuge dieser oder der anderen Partei, die »ihre« Zeugen mitbringe, sondern er sei Prozesszeuge¹⁰²¹; durch die gerichtliche Ladung werde diese öffentlich-rechtliche Funktion des Zeugen, dass er der Justiz und nicht einer bestimmten Partei diene, ausgedrückt, weshalb sie der formlosen Ladung vorzuziehen sei.

▷ aufgestellte Tatsachenbehauptung (= Beweisthema) Auskunft geben könne. Die Eigenschaft der Bestätigungsfähigkeit eines (Beweis-)Objekts sei eine Tatsache; Tatsachenbehauptungen würden generell der Substanzierungs- und Wahrheitspflicht unterliegen, woraus folge, dass das Beweismittel bestimmt bezeichnet, das heißt als ein ganz konkretes, in seiner Individualität unverwechselbares gekennzeichnet werden müsse.

1015 Siehe nur *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 329 ZPO Rz 3.

1016 LGZ Wien in AnwBl 1956, 26; *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 329 ZPO Rz 3.

1017 OGH 4 Ob 542/95 in SZ 68/113; *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 329 ZPO Rz 3.

1018 OGH 4 Ob 542/95 in SZ 68/113; *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 329 ZPO Rz 3.

1019 *Klein*, Vorlesungen 166 f; zustimmend *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1057.

1020 Vorlesungen 166 f; wiederum zustimmend *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1057.

1021 Zumind. aus rechtstatsächlicher Sicht jedoch jüngst gegenteilig *Czernich*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 111 (117), der davon ausgeht, dass grundsätzlich jeder Zeuge der einen oder der anderen Partei »zurechenbar« ist.

Man wird demnach also grundsätzlich (trotz der Möglichkeit nach § 388 Abs 2 ZPO) eine **Pflicht** des Beweisführers zu bejahen haben, den **Zeugen schon im Beweisanbot derart genau zu bezeichnen, dass er gerichtlich geladen werden kann**. Dies erscheint nun durchaus jener Pflicht vergleichbar, die den Beweisführer beim Urkundenbeweis trifft und von ihm die sofortige Vorlage der angebotenen Urkunde verlangt. Die Angaben des Beweisführers über den Zeugen werden Akteninhalt und können daher freilich vom Gegner zur Formulierung eines eigenen Beweisanbots verwendet werden. Man wird daraus schließen dürfen, dass – so wie beim Urkundenbeweis – dem Gegner des Beweisführers bereits mit dem Beweisanbot die faktische Möglichkeit eröffnet wird, den angebotenen Zeugen jedenfalls als Beweismittel nutzen zu können, mag auch der Beweisführer das eigene Beweisanbot in der Folge zurückziehen. Darin liegt für den Gegner fraglos eine vorteilhafte Rechtsposition, welche ihm nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen nicht ohne weiteres entzogen werden darf.

Ist der Beweisführer seiner durch das Beweisanbot ausgelösten Pflicht zur **genauen Bezeichnung des Zeugen umfassend nachgekommen** und sind diese Angaben Akteninhalt geworden, dann droht dem Gegner ohnehin *keine Gefahr, dass sich seine Rechtsposition durch ein Fallenlassen des Zeugen verschlechtern könnte*. Für diesen Fall bedarf es also keiner speziellen Regelungen, um den Verschlechterungsschutz für den Gegner sicherzustellen.

Denkbar ist wiederum der Fall, dass der Beweisführer ein **Beweisanbot stellt, ohne dabei den Zeugen derart genau zu bezeichnen**, dass er geladen werden kann. Hier erwächst die schon bei den anderen Beweismitteln gestellte Frage, ob es das Verfahrensrecht akzeptiert, dass dem Gegner die an sich sofort mit dem Beweisanbot einzuräumende faktische Nutzungsmöglichkeit des Beweismittels vom Beweisführer verweigert wird. Für den *Urkundenbeweis* hat sich herausgestellt, dass ab dem Moment der »Bezugnahme zum Zwecke der Beweisführung« die Urkunde jedenfalls vorzulegen (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) und somit dem Gegner faktisch zur Benützung im Rahmen der eigenen Beweisführung zur Verfügung zu stellen ist; bereits das Beweisanbot genügt also, um dem Gegner ein Recht und somit eine geschützte Rechtsposition auf Nutzung des Beweismittels einzuräumen, was dann durch die *unbedingte Vorlagepflicht* umgesetzt wird. Für den *Zeugenbeweis* existiert keine dem § 304 Abs 1 Z 1 ZPO vergleichbare Bestimmung. Meines Erachtens scheint nun allerdings kein hinreichender Grund greifbar,

der eine Verschiedenbehandlung des Gegners beim Zeugenbeweis rechtfertigen könnte. Auch hier sollte dem Gegner daher bereits mit Stellung des Beweisanbots durch den Beweisführer ein Recht darauf zuzubilligen sein, das angebotene Beweismittel ebenfalls nutzen zu können, wofür es freilich erforderlich ist, den Zeugen derart genau zu bezeichnen, dass er gerichtlich geladen werden kann. Konkret wird man daraus für den Zeugenbeweis folgern können, dass § 304 Abs 1 Z 1 ZPO im Wege der Analogie **sinngemäß anzuwenden** ist: Ebenso wie beim Urkundenbeweis muss bereits die Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung eine **unbedingte Mitwirkungspflicht** auslösen, welche sich beim Zeugenbeweis darin manifestiert, dass der Beweisführer die Identität und die ladungsfähige Anschrift des Zeugen bekannt zu geben hat.

Eine solche Pflicht der Partei, Angaben über Namen und Anschriften von Zeugen zu geben, kann – was schon erwähnt wurde¹⁰²² – freilich auch im Rahmen des *Fragerechts* nach § 184 Abs 1 ZPO geltend gemacht werden. Zu beachten ist allerdings, dass dieses Fragerecht bzw die damit korrespondierende Beantwortungspflicht¹⁰²³ nach zutreffender Auffassung¹⁰²⁴ sowohl durch die Aussageverweigerungsgründe der Partei (§ 380 Abs 1 iVm § 321 ZPO) als auch durch die Urkundenvorlageweigerungsgründe (§ 305 ZPO) eingeschränkt ist; denn man müsste einen Wertungswiderspruch in Kauf nehmen, wenn die Partei im Rahmen der Vernehmung die Aussage verweigern dürfte, sie dieselben Tatsachen aber über Befragung (§ 184 Abs 1 ZPO) im Rahmen des Parteivortrags wahr und vollständig (§ 178 Abs 1 ZPO) anzugeben hätte. Demgegenüber ist die durch das Beweisanbot ausgelöste Mitwirkungspflicht des Beweisführers eine *unbedingte*, wird also *durch allfällige Weigerungsgründe nicht* aufgehoben; dies ergibt sich aus der systematischen Funktion des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO als Gegenausnahmetatbestand, welcher die Ausnahmen von der allgemeinen Mitwirkungspflicht (§ 305 ZPO) neutralisiert¹⁰²⁵.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass so wie beim Urkundenbeweis auch beim Zeugenbeweis ein Schutz des Gegners davor

1022 Oben S 30 bei und in FN 118 mit Nachweisen.

1023 Zur Beantwortungspflicht siehe die Nachweise oben S 30 FN 119.

1024 Siehe schon oben S 31 f sowie oben S 252 f je mit Nachweisen.

1025 Zu diesem für prozessuale Mitwirkungspflichten vorgesehenen Fallprüfungsschema von *Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme* eingehend oben § 4 I.B.; S 108 ff (allgemein) sowie § 4 III.A.; S 171 ff (für Urkunden).

eingreift, dass ihm die faktische Möglichkeit, den vom Beweisführer angebotenen Zeugen für die eigene Beweisführung zu nutzen, durch ein Fallenlassen wieder genommen wird. Dieser **Verschlechterungsschutz** wird allerdings **nicht durch § 345 ZPO** bewirkt, denn dieser greift nach seinem Wortlaut ja nicht schon im Moment der Bezugnahme (= des Beweisanbots) ein, sondern erst wenn der Zeuge zur Vernehmung erschienen ist. Der Schutz des Gegners wird vielmehr durch die Pflicht des Beweisführers hergestellt, den angebotenen Zeugen derart genau zu bezeichnen, dass er gerichtlich geladen werden kann, und durch die analoge Anwendung des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO, der diese Pflicht bereits im Moment des Beweisanbots (= Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung) entstehen lässt.

In Erwägung gezogen werden könnte schließlich noch, ob die unbedingte Mitwirkungspflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO per analogiam) vom Beweisführer über die Angabe der Ladungserfordernisse hinaus auch die **Entbindung von einer allfälligen Verschwiegenheitspflicht** des Zeugen verlangt. Meines Erachtens würde dies jedoch über den gebotenen Schutz der Rechtsposition des Gegners hinauschießen. Zu bedenken ist nämlich, dass mit dem Beweisanbot (Bezugnahme) dem Gegner ja lediglich die faktische Möglichkeit beschert wird, den Zeugen ebenfalls selbst vernehmen zu lassen; keineswegs aber führt das Beweisanbot dazu, dass der Zeuge auch von allfälligen Verschwiegenheitspflichten gegenüber dem Beweisführer entbunden wäre. Die analoge Anwendung des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO dient aber bloß dem Zweck, dem Gegner jene vorteilhafte Rechtsposition zu verschaffen und zu sichern, die ihm bei einem pflichtgemäßen Beweisanbot durch den Beweisführer entstanden wäre; in diesem Fall hätte er über die ladungsfähige Anschrift des Zeugen und somit über die Möglichkeit verfügt, ihn selbst als Beweismittel anzubieten, nicht aber wäre der Zeuge von allfälligen Verschwiegenheitspflichten zu befreien gewesen.

B. Vorteile in der Beweiswürdigung

Wie bei der Behandlung der körperlichen Beweismittel hervorgekommen ist, könnte dem Gegner ein Vorteil durch das Beweisanbot des Beweisführers auch dahingehend entstehen, dass daraus gewisse, ihm günstige Konsequenzen in der Beweiswürdigung resultieren. Für den *Urkundenbeweis* wurde gezeigt, dass dem Beweisführer unterstellt wird,

er habe die **Echtheit und Richtigkeit der Urkunde durch deren Vorlage behauptet/anerkannt**; dieses schlüssige Geständnis/Vorbringen gewährt dem Gegner eine vorteilhafte Rechtsposition, welche ihm aber durch ein Fallenlassen des Beweismittels entzogen werden könnte, weil dies einem schlüssigen Widerruf des Geständnisses/Vorbringens gleichzuhalten ist. Daher sieht § 302 ZPO eine Beschränkung der Möglichkeiten zur Zurückziehung des Beweisanbots vor. In der Tat wurde eine ganz parallele Sichtweise **früher** (zum gemeinen Recht) teilweise auch für den *Zeugenbeweis* vertreten¹⁰²⁶: Die **Glaubwürdigkeit des selbst angebotenen Zeugen** galt von einer Partei als **anerkannt**, und zwar sogar dann, wenn sie sich seiner nur in einem früheren Prozess bedient hatte, es sei denn, es konnte eine danach entstandene Feindschaft oder Bestechung dargelegt werden.

Eine solche Vorstellung kann unter dem heutigen Verständnis freilich **nicht aufrecht erhalten werden**. Sie war, wenn überhaupt, dann wohl nur unter einem Regime starrer Beweisregeln nachvollziehbar. Doch sogar schon zum gemeinen Recht wurde dagegen überzeugend eingewendet, dass sich der Zeugenbeweis vom Urkundenbeweis in einem wesentlichen Punkt unterscheidet, welcher der eben referierten Vergleichbarkeit bzw Gleichbehandlung im Wege steht: Während der Beweisführer vom Inhalt der angebotenen Urkunde regelmäßig Kenntnis hat, ist die Aussage des angebotenen Zeugen für ihn nicht vorhersehbar¹⁰²⁷, weshalb er die Aussagen des Zeugen anders als eine Urkunde nicht unbedingt gegen sich gelten lassen muss¹⁰²⁸. Wohl in exakt dieselbe argumentative Kerbe schlägt der treffende Hinweis *Kleins*¹⁰²⁹, der Zeuge sei nicht der Zeuge dieser oder der anderen Partei, sondern er sei Prozesszeuge, welcher der Justiz und nicht einer bestimmten Partei diene; die »falsche und schädliche Vorstellung einer Gruppierung der Zeugen nach Parteien« sei daher abzulehnen.

Im Ergebnis bleibt damit also kein Raum, um beim Zeugenbeweis dem Beweisführer eine an sein Beweisanbot knüpfende Erklärung betreffend die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu unterstellen. Es kann demnach dem Gegner aus dem Beweisanbot **keine vorteilhafte Rechts-**

1026 Dazu näher oben S 68 f samt Nachweisen.

1027 *Renaud*, AcP 44, 147 (165).

1028 *Linde*, ZCivRPr 6, 383 (391), und *Knorr*, ZCivRPr 17, 107 (112 und 129).

1029 Vorlesungen 166 f; *Neumann*, Zivilprozessgesetze² II 1057. Siehe auch schon oben S 286 FN 1020.

position im Hinblick auf die Würdigung der Zeugenaussage durch das Gericht erwachsen. Unter diesem Aspekt besteht somit kein Bedarf, die Möglichkeit des Beweisführers einzuschränken, das bereits angebotene Beweismittel wieder fallen lassen zu können. Daraus folgt auch, dass auf diesem Weg keine Möglichkeit gefunden werden kann, um § 345 ZPO teleologisches Leben einzuhauchen; diese Bestimmung verfolgt nicht den Schutz des Gegners vor einer Verschlechterung seiner Rechtsposition im Hinblick auf die Beweiswürdigung.

C. Funktion des § 345 ZPO

In den bisherigen Überlegungen hat sich gezeigt, dass die eingeschränkte Möglichkeit, Beweismittel fallen zu lassen, den Gegner davor schützen soll, dass ihm eine vorteilhafte, durch das Beweisanbot des Beweisführers angewachsene Rechtsposition ohne weiteres gegen seinen Willen wieder entzogen wird. Die einschlägige Bestimmung für den Zeugenbeweis ließ sich in dieses Deutungsmodell aber bisher nicht eingliedern: Der Schutz vor einem Verlust der faktischen Möglichkeit zur Beweismittelnutzung wird nämlich durch eine analoge Anwendung des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO und nicht durch § 345 ZPO zu erreichen sein; ein Schutz vor dem Verlust von Vorteilen im Rahmen der Beweiswürdigung wäre ganz generell nicht gerechtfertigt. Nach wie vor harret damit die Frage, welche Funktion dem § 345 ZPO überhaupt zukommt, einer Antwort.

Um einen sinnvollen Einsatzbereich für § 345 ZPO zu erschließen ist etwas auszuholen. Zunächst ist daran zu erinnern¹⁰³⁰, dass sogar dann, wenn der **Verzicht** einer Partei nach § 345 ZPO **zulässig** ist, es dem Gegner des Verzichtenden unbenommen bleibt, die Vernehmung des Zeugen selbst anzubieten¹⁰³¹. Erst jüngst hat der OGH¹⁰³² die damit angesprochene Problematik mit der Formulierung auf den Punkt gebracht, § 345 ZPO sei »im Grunde nicht notwendig«, weil ein eigener (nicht überflüssiger) Beweisantrag¹⁰³³ der beweisbelasteten Partei

1030 Vgl schon oben S 18f im Rahmen des Problemaufrisses zu dieser Untersuchung.

1031 Explizit etwa *Pochmarski/Lichtenberg*, Berufung² 89.

1032 3 Ob 85/10m in wobl 2011, 292/118 = MietSlg 62.672 = Zak 2010/730; RIS-Justiz RS0126198.

1033 Genau genommen ist wohl von keinem Antrag sondern von einem Beweisanbot auszugehen; vgl oben S 5 FN 21 mWH.

hinsichtlich des konkreten Zeugen vom Gericht ohnehin zu bewilligen wäre. Eben aus derselben Überlegung heraus bezeichnete man den Verzicht nach § 345 ZPO schon im älteren Schrifttum¹⁰³⁴ als »bedeutungslos«. In der Tat erscheinen die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten des Gegners des Verzichtenden mit und ohne Verzicht, sowie vor und nach dem Erscheinen des Zeugen im Wesentlichen dieselben.

Zur Auflösung dieses methodischen Dilemmas wurde vorgeschlagen, den hinter § 345 ZPO stehenden Zweck *nicht* im *Schutz vor einer Verhinderung der Zeugeneinvernahme* zu sehen, sondern – anknüpfend an die Gesetzesmaterialien¹⁰³⁵ – lediglich darin, dass der Partei ein eigenes Beweisanbot und dem Prozessgericht eine **Anpassung/Ergänzung des Prozessprogramms** (§ 258 Abs 1 Z 4 ZPO)¹⁰³⁶ erspart werden soll¹⁰³⁷.

Auch diese teleologische Deutung überzeugt letztlich aber wohl nicht: Wie der OGH nämlich erst in der eben erwähnten jüngeren Entscheidung¹⁰³⁸ (der im Schrifttum bislang erstaunlicherweise kaum Resonanz zuteil wurde) treffend herausgestrichen hat, lässt sich das Prozessprogramm ohnehin jederzeit leicht ergänzen, weshalb die zuletzt genannte Erwägung aus seiner Sicht nicht zu tragen vermag. Für das Höchstgericht liegt der Normzweck des § 345 ZPO daher in der **Vermeidung einer Verfahrensverzögerung**¹⁰³⁹ bzw des **neuerlichen Erscheinens des Zeugen vor Gericht**¹⁰⁴⁰; nur so sei die Einschränkung des Beharrungsrechts auf schon bei Gericht anwesende und daher regelmäßig verzögerungsfrei zu vernehmende Zeugen erklärbar. Der OGH knüpft dabei an ganz ähnliche Überlegungen in der Kommentarliteratur an: *Frauenberger*¹⁰⁴¹ formuliert als Regelungszweck, es solle *dem Zeugen* ein erneutes Erscheinen vor Gericht *erspart* bleiben.

1034 *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1067.

1035 Materialien CPG I 319.

1036 Bis zur ZVN 2002 war anstelle der Bekanntgabe des Prozessprogramms der so genannte Beweisbeschluss vorgesehen. Näher zu dieser Änderung der Rechtslage siehe etwa nur *Schragel* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 208 ZPO Rz 8 sowie auch schon oben S 5 in FN 21.

1037 *Neumann*, Zivilprozessgesetze⁴ II 1067.

1038 OGH 3 Ob 85/10m in wobl 2011, 292/118 = MietSlg 62.672 = Zak 2010/730. Siehe auch RIS-Justiz RS0126198.

1039 In diesem Sinn etwa auch zur deutschen Parallelbestimmung *Damrau* in Münch-Komm-ZPO⁴ § 399 Rz 1.

1040 Im Anschluss an *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 345 ZPO Rz 1.

1041 In Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² § 345 ZPO Rz 1.

Es scheint nicht völlig ausgeschlossen, dass diese Stellungnahmen § 345 ZPO als eine *Schutzbestimmung zugunsten des Zeugen* verstanden wissen wollen, indem dessen Erscheinenspflicht (§ 333 ZPO) auf das notwendige Maß beschränkt werden soll; meines Erachtens dürfte hier letztlich allerdings wohl ebenfalls nur gemeint sein, dass die Ersparnis einer neuerlichen Ladung des bereits anwesenden Zeugen der Raschheit der Entscheidungsfindung und der Verfahrenskonzentration zugute kommt.

Eine solche Deutung des § 345 ZPO scheint *prima vista* durchaus schlüssig und systemkonform. Schließt man sich ihr an, so sind allerdings damit freilich keineswegs alle Ungereimtheiten aus dem Weg geräumt. Auch bei dieser Deutung stellt sich nämlich wiederum die Frage, ob eine Beschränkung der Möglichkeit des Fallenlassens dem Gegner des Verzichtenden tatsächlich irgendeinen Vorteil bringt und damit eine Funktion erfüllt. In jener Situation nämlich, die § 345 ZPO regelt, ist der Zeuge schon bei Gericht erschienen bzw seine Vernehmung hat bereits begonnen und der Beweisführer zieht nun sein Beweisanbot zurück. Wenn der Gegner sofort selbst ein entsprechendes Beweisanbot stellt, dann scheint eine *Verzögerung des Verfahrens grundsätzlich ohnehin nicht zu befürchten*: Die zuvor zitierten Meinungen gehen offenbar implizit davon aus, dass nun wohl eine neuerliche ordnungsgemäße Ladung an den Zeugen ergehen müsste, und eine solche hätte grundsätzlich nach den Bestimmungen des ZustG zu erfolgen, was in der Tat zu einer Verzögerung führen würde. Allerdings wird generell auch eine *mündliche Ladung* als zulässig und wirksam angesehen, wenn etwa der Zeuge im Gerichtsgebäude anwesend ist¹⁰⁴². Daraus folgt, dass selbst dann, wenn der Verzicht des Beweisführers auf den bereits erschienenen Zeugen uneingeschränkt wirksam wäre, eine Verfahrensverzögerung ohne weiteres vermieden werden kann, indem der Gegner sofort selbst den anwesenden Zeugen anbietet und dieser mündlich geladen wird¹⁰⁴³. Für eine Beschränkung der Verzichtsmöglichkeit, wie sie § 345 ZPO vorsieht,

1042 Der Richter hat dann die Ladung im Verhandlungsprotokoll zu vermerken oder darüber einen Aktenvermerk anzufertigen; *Frauenberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetz² § 329 ZPO Rz 1 mwH.

1043 Eine solche Vorgehensweise ist für den Gegner sogar überaus ratsam, zumal er andernfalls riskiert, dass eine spätere Beweisführung mithilfe eben dieses Zeugen als ein verspätetes Vorbringen im Sinne des § 179 Satz 2 ZPO zurückgewiesen wird. So explizit etwa *Reichold* in Thomas/Putzo, ZPO³⁵ § 399 Rz 1 aE, für die vergleichbare deutsche Rechtslage.

scheint meines Erachtens also ebenso wenig unter dem Aspekt der Verfahrensbeschleunigung ein konkreter Bedarf gegeben.

Einen eigenständigen Einsatzbereich für § 345 ZPO kann man meines Erachtens ausschließlich dort bejahen, wo dem Gegner des verzichtenden Beweisführers die eigene Beweisführung andernfalls – also ohne einen Rekurs auf § 345 ZPO – nicht oder nur erschwert möglich wäre. Hierfür kommen nach dem Gesagten nur jene Situationen in Betracht, in denen ein **Beweisanbot betreffend den schon erschienenen bzw vernommenen Zeugen samt sofortiger mündlicher Ladung ausnahmsweise nicht möglich** ist; oder anders formuliert: Nur wenn der Gegner des Beweisführers *kein eigenes Beweisanbot stellen kann, das sofort zu einer mündlichen Ladung des schon erschienenen Zeugen führen kann*, erscheint es sinnvoll bzw notwendig, das Fallenlassen des Zeugen durch den Beweisführer einzuschränken.

Eine solche Situation scheint – soweit überblickbar – wohl nur in einem bestimmten Fall denkbar bzw realistisch, und zwar dann, wenn der Zeuge bereits zur Vernehmung erschienen ist, seine *Identität und/oder seine ladungsfähige Anschrift aber noch nicht aktenkundig* sind. Vorstellbar ist dies eigentlich nur bei Zeugen, die **nicht auf Grund einer Ladung bei Gericht erschienen** sind, sondern weil sie der Beweisführer »mitgebracht« (§ 288 Abs 2 ZPO) hat. Unter solchen Umständen liegt in der Tat eine Konstellation vor, in der die Beschränkung der Möglichkeit zum Fallenlassen dem Gegner des Beweisführers einen Schutz verschafft, der ihm ohne § 345 ZPO nicht zukäme: Ist der Zeuge nämlich »mitgebracht«, dann muss trotz seines Erscheinens seine Identität noch keineswegs bekannt bzw aktenkundig sein. Und gegenüber einem namentlich unbekanntem, wenngleich schon anwesenden Zeugen scheint es kaum möglich, eine mündliche Ladung auszusprechen; zudem könnte sich ein solcher Zeuge ohne Sanktionsmöglichkeit des Gerichts jederzeit wieder entfernen, weil es sich beim mitgebrachten Zeugen ja um keinen ordnungsgemäß geladenen Zeugen (§ 333 ZPO) handelt. Durch das Fallenlassen eines mitgebrachten Zeugen könnte der Beweisführer also in der Tat die faktische Möglichkeit des Gegners, den Zeugen für die eigene Beweisführung nutzen zu können, zunichte machen. § 345 ZPO schützt den Gegner des Beweisführers vor dem Verlust dieser Möglichkeit.

Wenngleich damit ein eigenständiger und plausibler Anwendungsbereich für § 345 ZPO gefunden scheint, so muss man doch auch gleichzeitig einräumen, dass immer noch eine Tatbestandvariante verbleibt,

die auch in den eben beschriebenen Situationen mehr oder minder funktionslos erscheint. Nach § 345 ZPO ist eine Beschränkung des Fallenlassens nämlich auch dann vorgesehen, wenn die **Vernehmung des Zeugen bereits begonnen** hat. Die Zeugenvernehmung hat jedoch generell damit zu beginnen, dass der Zeuge über Namen, Tag der Geburt, Beschäftigung und Wohnsitz befragt wird (§ 340 ZPO). Man kann demnach davon ausgehen, dass ab Vernehmungsbeginn sämtliche Angaben, die für eine Ladung des Zeugen erforderlich sind (sei es mündlich oder gemäß ZustG), dem Gericht bekannt sind. Damit ist es dem Gegner des Beweisführers aber jedenfalls möglich, im Falle eines Verzichts sofort ein eigenes Beweisanbot zu stellen und die (mündliche) Ladung des Zeugen herbeizuführen – dies wohlgemerkt völlig unabhängig von der Zulässigkeit des Verzichts des Beweisführers. Für diese Tatbestandvariante des § 345 ZPO scheint meines Erachtens somit in der Tat kaum ein praktischer Anwendungsfall konstruierbar.

VI. Sachverständige

Für den Sachverständigenbeweis hält die ZPO eine nahezu wortgleiche Regelung bereit, wie sie eben für den Zeugenbeweis erörtert worden ist: Nach § 363 ZPO kann die Partei, welche den Beweis durch Sachverständige angeboten hat, auf denselben verzichten; der Gegner kann jedoch verlangen, dass die angeordnete Beweisaufnahme demungeachtet vorgenommen werde, wenn entweder die Beweisaufnahme bereits begonnen hat oder wenigstens die Sachverständigen zum Zwecke der Beweisaufnahme schon bei Gericht erschienen sind. Wenngleich dies dem Gesetz nicht explizit zu entnehmen ist, wertet die herrschende Auffassung diese Bestimmung ebenfalls als einen Ausdruck des Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel¹⁰⁴⁴.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang zunächst, dass das deutsche Verfahrensrecht zwar im Gleichlauf mit der österreichischen ZPO eine derartige Einschränkung des Beweismittelverzichts für den Zeugenbeweis kennt (§ 399 dZPO), für den Sachverständigen-

1044 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 234; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 905; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozeßgesetze² § 363 ZPO Rz 1; *derselbe* in *Rechberger*, ZPO³ § 363 Rz 1.

digenbeweis jedoch nichts dergleichen vorgesehen hat. Man wird dies meines Erachtens durchaus als Indiz dafür werten dürfen, dass der Bestimmung des § 363 ZPO wohl *kein besonders ausgeprägter rechtsethischer Gehalt* zukommt.

Infolge der Parallelität zu § 345 ZPO kommt beim Sachverständigenbeweis neuerlich die Frage nach Funktion und Anwendungsbereich dieser Verzichtsbeschränkung aufs Tapet. Dazu ist es möglich, im Wesentlichen an die eben zum Zeugenbeweis angestellten Überlegungen anzuknüpfen: Dass die ZPO die Möglichkeit zur Zurückziehung des angebotenen Sachverständigenbeweises beschränkt, kann grundsätzlich nur mit der Überlegung gerechtfertigt werden, dass dem Gegner des Beweisführers durch das Beweisanbot eine vorteilhafte Rechtsposition angewachsen ist, welche man ihm nun nicht ohne weiteres gegen seinen Willen entziehen können soll. Eine solche Rechtsposition könnte erstens darin erblickt werden, dass dem Gegner die faktische Möglichkeit eröffnet wird, den angebotenen Sachverständigen auch für die eigene Beweisführung zu benutzen. Zweitens kann dem Gegner aus dem Beweisanbot der Vorteil entstehen, dass dem Beweisführer infolge des Beweisanbots eine (schlüssige) prozessuale Erklärung zur Beweiskraft des angebotenen Beweismittels unterstellt wird. Letzteres wird aus denselben Gründen wie beim Zeugenbeweis freilich von vornherein auszuschließen sein¹⁰⁴⁵: Ebenso wenig wie der Zeuge ist der Sachverständige dieser oder der anderen Partei zuzuordnen, sondern er dient vielmehr der Justiz und nicht einer bestimmten Partei.

Eines Verschlechterungsschutzes bedarf der Gegner des Beweisführers also wiederum nur im Hinblick auf die faktische Möglichkeit, den konkreten Sachverständigen selbst als Beweismittel anbieten zu können. Im Einzelnen kann auf die vorstehenden Überlegungen zum Zeugenbeweis verwiesen werden. Anzumerken bleibt allenfalls, dass Sachverständige den Zeugen auch im Hinblick auf die Möglichkeit des »Mitbringens« gleichgestellt sind (§ 288 Abs 2 ZPO), sodass die Gedankengänge zum Zeugenbeweis in allen Details übertragbar erscheinen.

Beim Sachverständigenbeweis könnte jedoch noch ein weiterer Aspekt hinzukommen: Eine Besonderheit im Vergleich zur Situation beim Zeugenbeweis liegt nämlich darin, dass sich der Beweisführer **infolge des Verzichts den Erlag eines Kostenvorschusses (§ 365 ZPO)**

¹⁰⁴⁵ Siehe dazu oben S 290 mit Hinweisen.

erspart¹⁰⁴⁶. Beim Zeugenbeweis ist ein solcher Kostenvorschuss zwar ebenso vorgesehen (§ 332 ZPO), er wird allerdings – wegen der geringen Zeugenvergütung und der gesetzlichen Betragsgrenze (€ 100,-) – wohl nur in den allerseltensten Fällen praktisch schlagend¹⁰⁴⁷. Durch das Beweisanbot des Beweisführers erlangt den Gegner somit auch die vorteilhafte Rechtsposition, dass der Sachverständigenbeweis durchgeführt wird, ohne dass der Gegner hierfür einen Kostenvorschuss zu erlegen hat. Es scheint nun nicht völlig abwegig, einen Grund für die beschränkte Verzichtsmöglichkeit beim Sachverständigenbeweis gerade auch darin zu sehen, dass der Gegner des Verzichtenden eben diesen Vorteil nicht verlieren soll.

Dem § 363 ZPO einen solchen Schutzzweck zu unterstellen scheint jedoch bedenklich. Nicht übersehen werden sollte nämlich, dass es einem allgemeinen prozessualen Prinzip entspricht, jene Partei mit dem Erlag eines Kostenvorschusses zu belasten, welche die mit den Kosten verbundene Maßnahme beantragt hat oder – sofern sie von Amts wegen erfolgt – in deren Interesse die Maßnahme vorgenommen wird¹⁰⁴⁸. Zieht der Beweisführer sein Beweisanbot zurück, besteht demnach kaum eine Rechtfertigung, ihn weiterhin mit dem Vorschuss der Kosten dieser Beweisdurchführung zu belasten.

VII. Parteienvernehmung

Schon im Rahmen der einleitenden Befundaufnahme¹⁰⁴⁹, wurde herausgearbeitet, dass im Rahmen der Parteienvernehmung die Beschränkung der Möglichkeit das Beweismittel fallen zu lassen, kaum relevant werden kann.

1046 Dieses Motiv eines Verzichts nach § 363 ZPO zieht etwa auch der OGH 1 Ob 1/67 in RZ 1967, 130 in Betracht.

1047 *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 332 Rz 2.

1048 Vgl § 3 GEG: In bürgerlichen Rechtssachen soll das Gericht [...] die Vornahme jeder mit Kosten verbundenen Amtshandlung von dem Erlag eines Kostenvorschusses abhängig machen, wenn die Partei, welche die Amtshandlung beantragt oder in deren Interesse sie vorzunehmen ist, nicht die Verfahrenshilfe genießt. Siehe ferner auch *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 365 Rz 2 mwH.

1049 Oben S 32 f.

§ 6

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Das Kriterium der Gemeinschaftlichkeit von Beweismitteln wird im österreichischen Zivilverfahrensrecht zur Lösung von zwei verschiedenen Regelungsproblemen eingesetzt: Zum einen zur Bestimmung der Reichweite **prozessualer Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei** bei der Wahrheitserforschung; zum anderen bei der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Partei das von ihr gestellte **Beweisanbot wieder zurückziehen** (fallen lassen) kann. Wenngleich es sich dabei um zwei Regelungsfragen handelt, die grundsätzlich alle Beweismittel tangieren, finden sich dazu in der ZPO keine allgemeinen, beweismittelübergreifenden Bestimmungen, sondern es werden lediglich im Zusammenhang mit den jeweiligen Beweismitteln Einzelvorschriften aufgestellt (§ 1; §2).

2. Die Rechtsidee von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel lässt sich bis ins **römische Recht** zurückverfolgen, wo sie allerdings nur zur Begründung einer Vorlagepflicht in Bezug auf solche Urkunden zum Einsatz kam, die im *Miteigentum* der Prozessparteien standen, also im sachenrechtlichen Sinn gemeinschaftlich waren (*documenta communia*). Daneben kannte das römische Recht noch eine Vielzahl weiterer Urkundenvorlagepflichten, aus denen sich dann jedoch immerhin im gemeinen Recht Fallgruppen entwickelt haben, die dem Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz unterstellt wurden: Dies gilt vor allem für die Vorlagepflicht der vom pater familias geführten Hausbücher (*rationes domesticae*), welche wohl den Keim für die Urkundenvorlagepflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) in sich trägt. Zu nennen ist ferner die Vorlagepflicht der *Argentarii*, die bis heute in der prozessualen (!) Vorlagepflicht für Handelsbücher (§ 213 UGB) fortlebt (§ 3 I.A).

3. Im **gemeinen Recht** wurde die Lehre von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel äußerst intensiv diskutiert und ihr Anwendungsbereich beträchtlich ausgebaut; eine Beschäftigung mit diesen prozessualen Themen war geradezu en vogue zur damaligen Zeit. In der gemeinrechtlichen Doktrin bildeten sich jene **Tatbestände** heraus, die heute noch nahezu unverändert im geltenden österreichischen Verfahrensrecht anzutreffen sind: (a) Die Urkunde steht im Miteigentum (*ratione corporis*); (b) die Urkunde bezieht sich auf ein mehreren Personen zustehendes Recht (*ratione materiae*); (c) die Urkunde ist im beiderseitigen Interesse errichtet worden (*ratione constitutioni instrumenti ad utilitatem communem*); und (d) die Urkunde ist durch »Production«, womit meist die Vorlegung bei Gericht gemeint war, gemeinschaftlich geworden (*ratione usus*). Mit der Erstreckung der Tatbestände über das Miteigentum hinaus ging auch eine Ausweitung des Gemeinschaftlichkeitsgedankens auf andere Beweismittel als Urkunden einher; es war nunmehr möglich, auch solche Beweismittel dem Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit zu unterstellen, an denen kein Miteigentum begründet werden konnte (Zeugen und Sachverständige). Die gemeinrechtlichen Juristen formulierten dazu den Rechtssatz *testes et documenta per productionem fiunt communia*. Nicht ganz von der Hand zu weisen ist jedoch der Verdacht, dass man im gemeinen Recht dazu übergegangen war, ein Beweismittel bloß deswegen als gemeinschaftlich zu bezeichnen, weil man es für sachgerecht hielt, dessen Vorlage einer Partei auftragen zu können; der Rückgriff auf den nebulösen Begriff der Gemeinschaftlichkeit karschierte gewissermaßen die ausstehende dogmatisch-konstruktive Rechtfertigung.

Zudem kam es ebenso auf **Rechtsfolgenebene** zu einer Weiterentwicklung: An die Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels knüpfte nicht mehr allein eine Vorlagepflicht, sondern es wurde damit auch explizit die (aus heutiger Sicht völlig selbstverständliche) Konsequenz begründet, dass das vom Beweisführer vorgelegte Beweismittel ebenso dem Beweis der Behauptungen des Gegners dienen konnte (*Gemeinschaftlichkeit des Inhalts*). Die »Production« eines Beweismittels löste ferner die Rechtsfolge aus, dass dessen Beweiskraft (Echtheit/Richtigkeit/Glaubwürdigkeit) vom Beweisführer als zugestanden galt, so dass bei einem Anerkenntnis durch den Gegner voller Beweis gegeben war. Belegt wurde dies mit Hinweis auf eine Konstitution Justinians aus dem Jahr 537, wonach der *Schriftvergleich* anhand einer selbst vorgelegten Urkunde jedenfalls statthaft war, weil die Echtheit des eigenen

Beweismittels nicht bestritten werden konnte. Um die daraus entwickelte starre Beweisregel nicht ins Leere laufen zu lassen, wurde erstmals gefordert, dass es die Gemeinschaftlichkeit auch verbietet, das eigene Beweismittel unbeschränkt fallen lassen, das heißt das Beweisangebot zurückziehen zu können (§ 3 I.B).

4. In den Verfahrensordnungen der **Partikulargesetzgebungen** wurden die gemeinrechtlichen Grundsätze fortgeschrieben, wenngleich sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenebene im Detail unterschiedlichste Ausformungen festzustellen sind. Von einzelnen Ausnahmen abgesehen lässt sich der Gedanke der Gemeinschaftlichkeit jedoch in sämtlichen der untersuchten Verfahrensordnungen nachweisen. Es kann somit durchaus gesagt werden, dass sich die Rechtsidee der gemeinschaftlichen Beweismittel fast nahtlos durch die gesamte **Tradition des mitteleuropäischen Verfahrensrechts** zieht (§ 3 I.C).

5. Der **rechtsvergleichende** Seitenblick in die benachbarten Verfahrensrechtsordnungen zeigt, dass eine explizite gesetzliche Referenz an die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel sowohl in der dZPO als auch in der SchwZPO fehlt. Im deutschen Rechtsbereich finden sich zwar entsprechende Bestimmungen, doch etikettiert man diese heute nicht mehr dem Gemeinschaftlichkeitsbegriff; teilweise ist es auch zu einer Transplantation der prozessualen Bestimmungen in das materielle Recht (§ 810 BGB) gekommen. Das Schweizer Verfahrensrecht verzichtet hingegen gänzlich auf den Einsatz der Gemeinschaftlichkeitstatbestände, was jedoch damit zu erklären ist, dass dort eine ganz generelle und sehr weitreichende prozessuale Mitwirkungspflicht von Parteien und Dritten bei der Beweiserhebung vorgesehen ist. In diesem normativen Umfeld besteht kein Bedarf, dass Gemeinschaftlichkeitskriterium ins Spiel zu bringen (§ 3 II).

6. Ist die nicht beweisbelastete Partei zur Mitwirkung an der Wahrheitserforschung gehalten, dann handelt es sich bei diesem Verhaltensgebot (Mitwirkungspflicht) im hier interessierenden Zusammenhang um eine **echte Pflicht im Rechtssinn** (§ 4 I.A.1).

7. Prozessuale Mitwirkungspflichten entstehen an der Schnittstelle einer Vielzahl von **mitwirkungsfördernden und mitwirkungshemmenden Faktoren** bzw Interessen. *Mitwirkungsfördernd* wirkt in erster

Linie der Prozesszweck der Wahrheitserforschung sowie besondere, im Gesetz typisierte privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Interessen; die verstärkte Ausprägung solcher Interessen auf Seiten des Beweisführers führt zu einer Intensivierung der Mitwirkungspflichten des Beweisgegners, wobei hier besonders das Moment der *unverschuldeten Beweisnot* und das *Gewicht des Beweisinteresses* bedeutsam erscheinen.

Mitwirkungshemmend schlagen zu Buche das nemo tenetur-Prinzip (welches jedoch nur vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung, nicht aber auch vor rein vermögensrechtlichen Nachteilen schützt), der Schutz der Individualsphäre, der Schutz vor einem Pflichtenkonflikt, materielle Rechte der mitwirkungspflichtigen Partei am Beweismittel sowie schließlich der privatrechtliche Grundsatz, dass keine generelle Pflicht besteht, durch aktives Tun Nachteile vom Vermögen eines anderen abzuwenden (§ 4 II).

8. Der österreichischen ZPO ist im Wege der Rechtsanalogie der **Grundsatz einer allgemeinen Mitwirkungspflicht** zu entnehmen; nach den Wertungen des Gesetzgebers überwiegen demnach im Normalfall die mitwirkungsfördernden Faktoren. Das normative Pendel schlägt jedoch in die andere Richtung aus, wenn die **Ausnahmetatbestände der Weigerungsgründe** verwirklicht sind; hier legen die mitwirkungshemmenden Faktoren so stark an Gewicht zu, dass die mitwirkungsfördernden Faktoren zurückzutreten haben. Die **Gegenausnahme der Gemeinschaftlichkeit** neutralisiert diese Ausnahmen und stellt wieder eine Situation her, in der die mitwirkungsfördernden Faktoren überwiegen.

Ob eine prozessuale Mitwirkungspflicht besteht, ist somit nach dem **Prüfungsschema Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme** zu beurteilen. Das Gemeinschaftlichkeitskriterium kommt auf der Ebene der Gegenausnahmen zum Einsatz. Liegt **Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels** vor, dann führt dies nach der ZPO dazu, dass sie – **unabhängig davon, in welcher Erscheinungsform sie auftritt** – jedenfalls die Kraft hat, **sämtliche Ausnahmetatbestände und daher alle der darin berücksichtigten mitwirkungshemmenden Faktoren beiseite zu schieben** (§ 4 I.B).

9. Beim **Urkundenbeweis** ist das Prüfungsschema von Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme am deutlichsten im Gesetz festgeschrieben: Es besteht im *Grundsatz* eine allgemeine Mitwirkungs-/Vorlagepflicht (§ 303 ZPO), welche durch die *Ausnahmen* der Weigerungsgründe (§ 305 ZPO) durchbrochen wird. Die damit verfolgten Interessen lassen

sich in drei Fallgruppen zusammenfassen: (1) Schutz der Individualsphäre; (2) Schutz vor Pflichtenkonflikt und (3) Schutz vor strafgerichtlicher Verfolgung. Alle (!) diese Ausnahmen werden wiederum durch die *Gegenausnahme* der unbedingten Vorlagepflichten (§ 304 ZPO) neutralisiert; einer der Gegenausnahmetatbestände ist die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde (§ 4 III.A).

10. Eine präzise Legaldefinition der **gemeinschaftlichen Urkunde** hält die ZPO nicht bereit, sondern führt lediglich demonstrativ Beispielsfälle an (§ 304 Abs 2 ZPO). Der Gemeinschaftlichkeitstatbestand ist daher vor allem anhand der ihm beigelegten Funktion als umfassender Gegenausnahmetatbestand **teleologisch auszulegen**; das Auslegungsergebnis muss eine dogmatische Rechtfertigung dafür bieten, weshalb eine gemeinschaftliche Urkunde sämtliche in den Weigerungsgründen (Ausnahmen) zum Ausdruck kommenden Interessen neutralisiert (§ 4 III.B.1).

11. Wurde die Urkunde **im Interesse** des die Vorlage begehrenden Beweisführers **errichtet** (§ 304 Abs 2 Fall 1 ZPO), dann war dem Urkundenerrichter erkennbar, dass sie den Zweck hat, von jemandem anderen verwendet zu werden. Der Urkundenerrichter durfte daher nicht damit rechnen, die Urkunde in seiner prozessfreien Individualsphäre behalten zu können. Muss er mit dem Bekanntwerden des Urkundeninhalts rechnen, dann hat er die Möglichkeit, darauf bei der Errichtung der Urkunde Rücksicht nehmen, indem er nur solche Urkundeninhalte aufnimmt, deren Bekanntwerden ihn in seiner **Individualsphäre** nicht beeinträchtigt; seine Individualsphäre ist daher nicht schutzwürdig. Ebenso wenig gebührt ihm Schutz vor einem durch die Vorlagepflicht ausgelösten **Pflichtenkonflikt**: Bei Urkundenerrichtung im Interesse eines Dritten war dem Errichter nämlich von vornherein erkennbar, dass die Urkunde gemäß ihrer Zweckbestimmung zur Verwendung durch den Dritten bestimmt ist; hat der Urkundeninhaber nun aber seiner daraus resultierenden prozessualen Verpflichtung entgegenstehende Pflichten übernommen, so musste er mit einem allenfalls auftretenden Pflichtenkonflikt rechnen und ist insofern ebenfalls nicht schutzwürdig. Kaum zu rechtfertigen scheint jedoch der Verlust des Schutzes vor der Gefahr **strafgerichtlicher Verfolgung**; zur Entschärfung dieser gravierenden Konsequenz sollte zumindest ein Verwertungsverbot im Strafverfahren bejaht werden (§ 4 III.B.2).

12. Enthält die Urkunde die **Bekundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses** (§ 304 Abs 2 Fall 2 ZPO), dann ist ein Schutz der **Individualsphäre** deswegen entbehrlich, weil der Beweisführer ohnehin von den darin enthaltenen Tatsachen Kenntnis hat bzw diese infolge seiner Beteiligung am fraglichen Rechtsverhältnis ohne weiteres von ihm in Erfahrung gebracht werden können. Ein Dispens von der Mitwirkungspflicht wegen eines **Pflichtenkonflikts** ist hier ebenso wenig gerechtfertigt, zumal die in der Urkunde enthaltenen Tatsachen schon bekannt sind, so dass durch deren Offenbarung widerstreitende Pflichten des Urkundeninhabers ohnehin nicht mehr verletzt werden können und ein Pflichtenkonflikt daher schon per se ausgeschlossen ist (§ 4 III. B.3).
13. Ist die vorzulegende Urkunde das Ergebnis **schriftlicher Verhandlungen** – allenfalls mit einem gemeinschaftlichen Vermittler – (§ 304 Abs 2 Fall 3 ZPO), greifen im Wesentlichen dieselben Überlegungen wie bei der Bekundung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses (§ 4 III. B.4).
14. Einen Sonderfall unter den Tatbeständen, die zu einer unbedingten Vorlagepflicht führen, bildet die **Bezugnahme zum Zweck der Beweisführung** (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO). Dieser Tatbestand wird heute nach der Systematik der ZPO an sich nicht mehr der Gemeinschaftlichkeit zugezählt, lässt sich aber sehr wohl zur gemeinrechtlichen Lehre von der Gemeinschaftlichkeit zurückverfolgen. Dieser Vorlagetatbestand steht in einem engen normativen Zusammenhang mit der Beschränkung der Möglichkeit zur Zurückziehung des Beweisanbots. Er schützt den Gegner des Beweisführers davor, dass dem Gegner dadurch Nachteile entstehen, dass der Beweisführer seiner schon durch das Beweisanbot ausgelösten Vorlagepflicht nicht nachkommt (§ 4 III. B.5).
15. Auch beim Beweis durch **Augenscheinsgegenstände** und **Auskunftssachen** greift kraft gesetzlichen Verweises (§ 369, § 318 Abs 2 ZPO) das Prüfungsschema Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme ein. Die in erster Linie auf den Urkundenbeweis zugeschnittenen Gemeinschaftlichkeitstatbestände des § 304 Abs 2 ZPO lassen sich – in adaptierter Form – weitgehend auch auf diese Beweismittel anwenden (§ 4 IV).
16. Nach § 213 UGB kann das Gericht in einem Rechtsstreit auf Antrag oder von Amts wegen die Vorlage der Bücher einer Partei anordnen, womit eine prozessuale (!) Vorlagepflicht statuiert wird. Dieser Vorlagetat-

bestand kann als ein Sonderfall der gemeinschaftlichen Urkunden im Sinne der ZPO angesehen werden, wofür sich sowohl rechtshistorische Belege als auch methodische Argumente ins Treffen führen lassen. Die Vorlagepflicht nach § 213 UGB zeichnet sich ferner dadurch aus, dass sie sich zudem auf ein besonderes öffentliches Interesse gründet; damit rechtfertigt sich ihre Verschärfung dahingehend, dass die Vorlage hier ausnahmsweise nicht einmal durch übereinstimmende Parteienklärung (§ 183 Abs 2 ZPO) verhindert werden kann (§ 4 V).

17. Auch im Zusammenhang mit den **persönlichen Beweismitteln** (Zeugen/Sachverständige) kommt ein Einsatz des Gemeinschaftlichkeitskriteriums in Betracht. Als Anwendungsfall einer Mitwirkungspflicht ist hier vor allem an die *Entbindung* des Zeugen von einer gegenüber der mitwirkungspflichtigen Partei bestehenden *Verschwiegenheitspflicht* zu denken, sowie an die Notwendigkeit, die *Identität bzw die ladungsfähige Anschrift* dem Gericht bzw dem Beweisführer bekannt zu geben. Wegen der gebotenen Kongruenz in der Behandlung der einzelnen Beweismittel ist allerdings auch hinsichtlich der Mitwirkung in einer solchen Form darauf Bedacht zu nehmen, dass die Mitwirkungspflicht nach dem *Prüfungsschema von Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme* beurteilt wird. Die Pflicht, den Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, besteht daher dann nicht, wenn dessen Aussage Tatsachen offenbaren würde, die – wären sie in einer Urkunde enthalten – den Gegner von der Mitwirkungspflicht befreien. Es muss dem Beweisgegner somit auch hier der von den Ausnahmetatbeständen des § 305 ZPO gewährte Schutz (a) der Individualsphäre, (b) vor einem Pflichtenkonflikt und (c) vor der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung erhalten bleiben. Dieser Schutz entfällt erst dann, wenn im Hinblick auf den Zeugen eine Situation vorliegt, die wertungsmäßig einer gemeinschaftlichen Urkunde gleichzuhalten ist (§ 4 VI).

18. Für den Beweis durch **Parteienvernehmung** erscheint es systematisch ebenfalls angezeigt, die Mitwirkungspflicht anhand des *dreigliedrigen Prüfungsschemas Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme* zu beurteilen. Ist ein *Ausnahmetatbestand* verwirklicht (§ 380 iVm § 321 ZPO) dann entfällt die Mitwirkungs-/Aussagepflicht der Partei; ihre Passivität darf in diesem Fall nicht negativ gewürdigt werden. Das Pendel schlägt jedoch wieder in die Gegenrichtung aus, wenn eine *Gegenausnahme* eingreift, weil eine den Gemeinschaftlichkeitstatbeständen

(§ 304 Abs 2 ZPO) wertungsmäßig gleichzuhaltende Situation vorliegt; in diesem Fall ist die verweigerte Mitwirkung der Partei trotz Vorliegens eines Aussageverweigerungsgrundes negativ zu würdigen. Dieser methodische Zugang macht es möglich, das im Schrifttum bereits beklagte Dilemma der drohenden Funktionslosigkeit der Aussageverweigerungsgründe im Rahmen der Parteienvernehmung zu beheben. Hat man nämlich anerkannt, dass auch im Rahmen der Mitwirkung durch Parteienvernehmung Gegenausnahmen Platz greifen können, dann ist es keineswegs mehr zwingend, dass bei Vorliegen eines Aussageverweigerungsgrundes die Mitwirkungspflicht tatsächlich entfällt und daher eine negative Würdigung ausgeschlossen ist. Oder anders formuliert: Die negative Würdigung der Aussageverweigerung durch die Partei ist systematisch zulässig, jedoch nur dann, wenn ein Gegenausnahmetatbestand verwirklicht ist (§ 4 VII).

19. Für Urkunden, Zeugen und Sachverständige wird in der ZPO explizit angeordnet, dass ein **Verzicht auf diese Beweismittel nicht uneingeschränkt möglich** ist (§ 302, § 345, § 363 ZPO). Diese Regelungen wurden schon wiederholt verdächtigt, mit dem methodischen Makel der **Funktionslosigkeit** behaftet zu sein: Denn für den Gegner des Verzichtenden besteht ja stets die Möglichkeit, eben jenen Zeugen/Sachverständigen, auf den verzichtet wurde, selbst anzubieten bzw die Vorlage der Urkunde des Verzichtenden zufolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) zu beantragen. Trotz des Verzichts ist das Beweismittel für den Gegner des Verzichtenden also keineswegs verloren. Der Verzicht bzw – genauer gesagt – die Einschränkung seiner Zulässigkeit scheint daher keinen sinnvollen Anwendungsbereich zu haben. Hinzu kommt, dass die Beschränkung der Verzichtsmöglichkeit nur für einzelne Beweismittel angeordnet ist und somit das im Allgemeinen angenommene **Gebot der Kongruenz** für die Behandlung der einzelnen Beweismittel im Hinblick auf die Mitwirkungspflicht verletzt erscheint (§ 5 I).

Angesichts des Grundsatzes des uneingeschränkten Vorbringens können Beschränkungen der Möglichkeit, das eigene Beweisanbot wieder zurückzuziehen (= das Beweismittel fallen zu lassen), nur damit gerechtfertigt werden, dass es dem Beweisführer nicht erlaubt werden kann, dem Gegner eine durch das Beweisanbot bereits **gewährte vorteilhafte Rechtsposition** wieder zu entziehen. Eine solche Rechtsposition entsteht dem Gegner zum einen dadurch, dass ihm das

Beweisanbot die *faktische Möglichkeit* eröffnet, das vom Beweisführer angebotene Beweismittel auch *für die eigene Beweisführung zu verwenden*; zum anderen bewirkt der Umstand des Beweisanbots in manchen Fällen auch *Vorteile für den Gegner im Rahmen der Beweiswürdigung*. Die Beschränkung der Verzichtsmöglichkeit verfolgt somit den Zweck, für den Gegner des Beweisführers unter diesen beiden Aspekten einen **Verschlechterungsschutz** sicherzustellen (§ 5 II).

20. Beim **Urkundenbeweis** ist der Beweisführer grundsätzlich unmittelbar mit Beweisanbot zur Vorlage des Beweismittels verpflichtet. Damit wird dem Gegner die **faktische Möglichkeit** gewährt, die Urkunde auch für die eigene Beweisführung zu nutzen. Vor einem Verlust dieser Möglichkeit durch ein Fallenlassen des Beweismittels ist der Gegner einerseits (bei bereits erfolgter Urkundenvorlage) durch die Vorschriften der Geo über die Aktenbildung und -aufbewahrung geschützt; zum anderen (wenn die Urkundenvorlage noch aussteht) durch die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO).

Das Beweisanbot beschert dem Gegner des Beweisführers auch **Vorteile im Hinblick auf die Beweiswürdigung**, weil die ZPO dem Beweisführer unterstellt, dass er mit dem Beweisanbot eine schlüssige Erklärung betreffend die Echtheit/Richtigkeit der Urkunde abgibt (vgl § 312 Abs 1 ZPO). Das Fallenlassen des Beweismittels würde einen (schlüssigen) Widerruf dieses Geständnisses/Vorbringens bedeuten; § 302 ZPO ist – gewissermaßen als eine speziell auf den Urkundenbeweis zugeschnittene Ausprägung der §§ 266 f ZPO – dahin zu verstehen, dass der Verzicht/Widerruf grundsätzlich möglich ist, seine Wirkungen jedoch vom Gericht *frei zu würdigen* sind (vgl § 266 Abs 2 ZPO), sofern der Gegner dem Verzicht/Widerruf nicht zustimmt. Stimmt der Gegner dem Verzicht/Widerruf zu, ist eine negative Würdigung des Verzichts/Widerrufs hingegen ausgeschlossen (§ 5 III).

21. Für den Verzicht auf den Beweis durch **Augenschein und Auskunftssachen** sind die Überlegungen zum Urkundenbeweis im Wesentlichen sinngemäß anzuwenden. Wenngleich hier eine Anwendung der einschlägigen Bestimmung des § 302 ZPO nicht vorgesehen ist (§ 318 Abs 2, § 369 ZPO e contrario), gelangt man dennoch teilweise zu parallelen Ergebnissen. Der Schutz der **faktischen Möglichkeit** des Gegners zur Nutzung des Beweismittels wird auch hier durch die Vorschriften der Geo über die Aktenbildung und -aufbewahrung sowie

durch die unbedingte Vorlagepflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) erreicht. Ein Schutz vor dem Verlust der Vorteile im Hinblick auf die **Beweiswürdigung** ist hingegen nicht erforderlich, weil die ZPO bei Augenscheinsgegenständen und Auskunftssachen – anders als bei Urkunden – dem Beweisführer keine Erklärung im Hinblick auf die Beweiskraft des Beweismittels unterstellt. Dem Gegner wird daher durch das Beweisanbot in dieser Hinsicht keine vorteilhafte Rechtsposition gewährt, so dass es unter diesem Aspekt nicht erforderlich ist, die Möglichkeit zum Fallenlassen des Beweismittels zu beschränken. Dies erklärt, weshalb § 302 ZPO beim Beweis durch Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen nicht anzuwenden ist (§ 5 IV).

22. Beim **Zeugenbeweis** erwächst dem Gegner des Beweisführers mit dem Beweisanbot ebenfalls der Vorteil, dass er den angebotenen Zeugen für sich als Beweismittel nutzen kann; der Beweisführer hat den Zeugen im Beweisanbot nämlich so genau zu bezeichnen, dass dessen gerichtliche Ladung möglich ist. Auch hier entsteht dem Gegner daher die **faktische Möglichkeit**, das angebotene Beweismittel trotz eines Fallenlassens durch den Beweisführer nutzen zu können; um diese vorteilhafte Rechtsposition des Gegners auch dann zu schützen, wenn der Beweisführer seiner Bezeichnungspflicht nicht nachkommt, wird man die Mitwirkungspflicht infolge Bezugnahme (§ 304 Abs 1 Z 1 ZPO) beim Zeugenbeweis analog anzuwenden haben: Der Beweisführer hat daher jedenfalls die für eine Ladung erforderlichen Angaben zu machen. Der Einsatzbereich des § 345 ZPO beschränkt sich auf jene Fälle, in denen es dem Gegner des verzichtenden Beweisführers ausnahmsweise nicht möglich ist, ein Beweisanbot betreffend den schon erschienenen (nunmehr fallen gelassenen) Zeugen zu stellen, welches zu einer sofortigen mündlicher Ladung führen kann. Eine solche Situation scheint dann denkbar, wenn der Zeuge bereits zur Vernehmung erschienen ist, seine Identität und/oder seine ladungsfähige Anschrift aber noch nicht aktenkundig sind; dies trifft etwa bei Zeugen zu, die nicht auf Grund einer Ladung bei Gericht erschienen sind, sondern weil sie der Beweisführer »mitgebracht« (§ 288 Abs 2 ZPO) hat.

Durch das Beweisanbot entstehen dem Gegner des Beweisführers hingegen **keine Vorteile im Hinblick auf die Beweiswürdigung**; unter diesem Aspekt ist eine Beschränkung der Möglichkeit zum Fallenlassen des Zeugen daher nicht erforderlich (§ 5 V).

Verzeichnisse

Literaturverzeichnis

Sachverzeichnis

Literaturverzeichnis

- ▶ *Almendingen, N.N. von*, Ueber Urkundenedition und Argentarien. Ein Beytrag zur Geschichte des römischen Rechts mit einer Nutzenanwendung für die practische Rechtskunde, *PhuGR 1* (1800) 281 ff; wird zitiert: *Almendingen*, *PhuGR 1*, [Seite].
- ▶ *Anhalt, Peter*, Allgemeine Verfahrensgrundsätze und Ausforschungsbeweis (1966); wird zitiert: *Anhalt*, Verfahrensgrundsätze [Seite].
- ▶ *Apathy, Peter/ Iro, Gert/ Koziol, Helmut* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² Band I. Geschäftsbeziehung (2008); werden zitiert: [Bearbeiter] in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht² I [Rz].
- ▶ *Arens, Peter*, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, *ZZP 96* (1983) 1 ff; wird zitiert: *Arens*, *ZZP 96*, [Seite].
- ▶ *Bajons, Ena-Marlis*, Die Beweisführung durch Handelsbücher. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen prozessualer Vorlagepflichten, *NZ 1991*, 51 ff; wird zitiert: *Bajons*, *NZ 1991*, [Seite].
- ▶ *Bajons, Ena-Marlis*, Länderbericht Österreich, in: Nagel, Heinrich/ Bajons, Ena-Marlis (Hrsg), Beweis – Preuve – Evidence. Grundzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa (2003) 427 ff; wird zitiert: *Bajons*, Nagel/Bajons, Beweis [Seite].
- ▶ *Ballon, Oskar*, Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht, *ZZP 96* (1983) 409 ff; wird zitiert: *Ballon*, *ZZP 96*, [Seite].
- ▶ *Bartsch, Robert/ Pollak, Rudolf/ Buchegger, Walter* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht. Kommentar Bd IV (2006); werden zitiert: [Bearbeiter] in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ [§] [Rz].
- ▶ *Baumbach, Adolf*, Die Zivilprozeßnovelle 1933, *DJZ 1933*, Spalte 1461 ff; wird zitiert: *Baumbach*, *DJZ 1933*, [Spalte].
- ▶ *Baumgärtel, Gottfried/ Laumen, Hans-Willi/ Prütting, Hanns*, Handbuch der Beweislast. Grundlagen² (2009); werden zitiert: [Bearbeiter] in *Baumgärtel*, Beweislast Grundlagen² [Rz].
- ▶ *Baumgärtel, Gottfried*, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, *ZZP 69* (1956) 103 ff; wird zitiert: *Baumgärtel*, *ZZP 69*, [Seite].
- ▶ *Bayer, Hieronymus von*, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß⁸ (1858); wird zitiert: *Bayer*, Vorträge⁸ [Seite].

- ▶ *Bernhardt, Wolfgang*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in: Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg (1949) 9 ff; wird zitiert: *Bernhardt*, FS Rosenberg [Seite].
- ▶ *Bienert-Nießl, Renate*, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess. Zugleich eine Untersuchung der prozessualen Mitwirkungspflichten der Parteien (2003); wird zitiert: *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten [Seite].
- ▶ *Binder, Julius*, Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch (1927); wird zitiert: *J. Binder*, Prozeß und Recht [Seite].
- ▶ *Blattner, F. C. Franz von*, Die Edition gemeinschaftlicher Urkunden, besonders der Handelsbriefe (1827); wird zitiert: *Blattner*, Edition gemeinschaftlicher Urkunden [Seite].
- ▶ *Blomeyer, Arwed*, Die Umkehr der Beweislast, AcP 158 (1959/1960) 97 ff; wird zitiert: *Blomeyer*, AcP 158, [Seite].
- ▶ *Bolgiano, Carl*, Zur Lehre von der Gemeinschaft der Beweismittel, ZCivRPr (1860) 169 ff = Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen deutschen Civilprozesses (1869) 253 ff; wird zitiert: *Bolgiano*, ZCivRPr 17, [Seite].
- ▶ *Buchegger, Walter/ Deixler-Hübner, Astrid/ Holzhammer, Richard*, Praktisches Zivilprozeßrecht⁶ I Streitiges Verfahren (1998); werden zitiert: *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer*, Zivilprozeßrecht⁶ I [Seite].
- ▶ *Bülow, Oskar*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879) 1 ff; wird zitiert: *Bülow*, AcP 62, [Seite].
- ▶ *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg), Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961); wird zitiert: *dBMJ*, Reform der Zivilgerichtsbarkeit [Seite].
- ▶ *Bürge, Alfons*, Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses, SZ (rom Abt) 112 (1995) 1 ff; wird zitiert: *Bürge*, SZ (rom Abt) 112, [Seite].
- ▶ *Bydlinski, Franz*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht. Verhandlungen des ersten österreichischen Juristentages, Band I (Gutachten) (1961); wird zitiert: *F. Bydlinski*, Gleichheitsgrundsatz [Seite].
- ▶ *Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991); wird zitiert: *F. Bydlinski*, Methodenlehre² [Seite].
- ▶ *Bydlinski, Franz*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996); wird zitiert: *F. Bydlinski*, System und Prinzipien [Seite].
- ▶ *Bydlinski, Peter*, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil⁶ (2013); wird zitiert: *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁶ [Rz].
- ▶ *Canaris, Claus-Wilhelm*, Bankvertragsrecht⁴. Erster Teil (2005); wird zitiert: *Canaris*, Bankvertragsrecht⁴ I [Rz].

- ▶ *Czernich, Dietmar*, Mehr Wahrheit und Effizienz im Zivilprozess – Reformbedarf des Beweisrechtes in der ZPO, in: Fucik, Robert/ Konecny, Andreas/ Oberhammer, Paul (Hrsg) Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011 (2011) 111 ff; wird zitiert: *Czernich*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, [Seite].
- ▶ *de Boor, Hans Otto*, Die Kollision von Forderungsrechten (1928); wird zitiert: *de Boor*, Kollision von Forderungsrechten [Seite].
- ▶ *Dellinger, Markus/ Oberhammer, Paul/ Koller, Christian*, Insolvenzrecht³ (2014); werden zitiert: *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ [Rz].
- ▶ *Demelius, Gustav*, Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht (1872); wird zitiert: *Demelius*, Exhibitionspflicht [Seite].
- ▶ *Dilcher, Hermann*, Die prozessuale Verwendungsbefugnis, ein Beitrag zur Lehre von »rechtswidrigen« Beweismitteln, AcP 158 (1959/1960) 469 ff; wird zitiert: *Dilcher*, AcP 158, [Seite].
- ▶ *Dullinger, Silvia*, Bürgerliches Recht II. Schuldrecht Allgemeiner Teil⁵ (2014); wird zitiert: *Dullinger*, Schuldrecht Allgemeiner Teil⁴ [Rz].
- ▶ *Endemann, Wilhelm*, Die Beweislehre des Zivilprozesses (1860); wird zitiert: *Endemann*, Beweislehre [Seite].
- ▶ *Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung (1935); wird zitiert: *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung [Seite].
- ▶ *Fasching, Hans W.* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen¹ Band I bis IV (1959 – 1979); wird zitiert: [Bearbeiter] in Fasching, Zivilprozeßgesetze¹ [Bd] [Seite].
- ▶ *Fasching, Hans W./ Konecny, Andreas* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen² (Loseblatt, ab 2000); werden zitiert: [Bearbeiter] in Fasching/Konecny, Zivilprozeßgesetze² [§] [Rz].
- ▶ *Fasching, Hans W.*, Prozeßprinzipien und Reform des Zivilprozesses, in: Österreichische Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (Hrsg), Verfahrensgrundsätze – Verfahrensreformen im Österreichischen Recht (1980) 53 ff; wird zitiert: *Fasching*, Verfahrensgrundsätze – Verfahrensreformen [Seite].
- ▶ *Fasching, Hans W.*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis² (1990); wird zitiert: *Fasching*, Lehrbuch² [Rz].
- ▶ *Fasching, Hans W.*, Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990, 749 ff; wird zitiert: *Fasching*, JBl 1990, [Seite].
- ▶ *Fasching, Hans W.*, Die Bedachtnahme auf Treu und Glauben im österreichischen Zivilprozeß, in: Jelinek, Wolfgang/ Böhm, Peter/ Konecny, Andreas/ Buchegger, Walter (Hrsg), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag (1993) 45 ff; wird zitiert: *Fasching*, FG Fasching [Seite].
- ▶ *Fasching, Hans W.*, Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren (Vortrag, gehalten bei der Richterwoche 1992),

- in Buchegger, Walter/ Böhm, Peter/ Jelinek, Wolfgang/ Konecny, Andreas (Hrsg), Festgabe für Hans W. Fasching (1993) 3 ff; wird zitiert: *Fasching*, FG Fasching [Seite].
- ▶ *Fasching, Hans W.*, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozeß, in: Ballon, Oskar J./ Hagen, Johann J. (Hrsg), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht – Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993); wird zitiert: *Fasching*, FS Matscher [Seite].
 - ▶ *Feil, Erich*, Handelsbücher als Beweismittel, GesRZ 1977, 7 ff; wird zitiert: *Feil*, GesRZ 1977, [Seite].
 - ▶ *Fenyves, Attila*, Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten, in: Griss, Irmgard/ Kathrein, Georg/ Koziol, Helmut (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2005) 47 ff; wird zitiert: *Fenyves* in Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf [Seite].
 - ▶ *Fenyves, Attila/ Spitzer, Martin*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars im Fall der Nebenintervention, NZ 2010, 262 ff; werden zitiert: *Fenyves/Spitzer*, NZ 2010, [Seite].
 - ▶ *Fichtenbauer, Peter*, Die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwaltes als Vertragsverfasser, AnwBl 1993, 69; wird zitiert: *Fichtenbauer*, AnwBl 1993, [Seite].
 - ▶ *Fuchs, Helmut/ Ratz, Eckart* (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung; werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Fuchs/Ratz, WK-StPO [§] [Rz].
 - ▶ *Gaul, Hans Friedhelm*, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968) 27 ff; wird zitiert: *Gaul*, AcP 168, [Seite].
 - ▶ *Gernhuber, Joachim*, Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen (1989); wird zitiert: *Gernhuber*, Schuldverhältnis [Seite].
 - ▶ *Gimmerthal, Theodor*, Zur Lehre von der Edition von Urkunden, AcP 54 (1871) 81 ff; wird zitiert: *Gimmerthal*, AcP 54, [Seite].
 - ▶ *Gitschthaler, Edwin*, Eigentums- und andere Rechte an einer Urkunde, RZ 1984, 4 ff; wird zitiert: *Gitschthaler*, RZ 1984, [Seite].
 - ▶ *Gitschthaler, Edwin/ Höllwerth, Johann* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG [§] [Rz].
 - ▶ *Goldschmidt, James*, Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozeßualen Denkens (1925); wird zitiert: *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage [Seite].
 - ▶ *Goldschmidt, Levin*, Ueber Editionsspflicht, insbesondere betreffend gemeinschaftliche Urkunden und Handelsbücher. Ein Rechtsgutachten, ZGH 19 (1884) 341 ff; wird zitiert: *Goldschmidt*, ZGH 29, [Seite].
 - ▶ *Gönner, Nikolaus Thaddäus von*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses² (1804) Band I und II; wird zitiert: *Gönner*, Handbuch² [Band] [Seite].

- ▶ *Görres, K. H.*, Über das Verschulden im Prozesse. (Culpa in processu), ZZP 34 (1905) 1 ff; wird zitiert: *Görres*, ZZP 34, [Seite].
- ▶ *Gottwald, Peter*, Die prozessuale Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich, in: Buchegger, Walter (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozessrecht V (1995) 19 ff; wird zitiert: *Gottwald*, BeitrZPR V [Seite].
- ▶ *Gottwald, Peter*, Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozeß, BB 1979, 1780 ff; wird zitiert: *Gottwald*, BB 1979, [Seite].
- ▶ *Habscheid, Walther J.*, Das Recht auf Beweis, ZZP 96 (1983) 306 ff; wird zitiert: *Habscheid*, ZZP 96, [Seite].
- ▶ *Hagemann, Theodor*, Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit hin und wieder mit Urtheils-Sprüchen des Zellschen Tribunals und der übrigen Justizhöfe bestärkt Band VII (1824); wird zitiert: *Hagemann*, Practische Erörterungen VII [Seite].
- ▶ *Hahn, Carl* (Hrsg), Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1870 (1880); wird zitiert: *Hahn*, Materialien CPO [Seite].
- ▶ *Häsemeyer, Ludwig*, Insolvenzrecht⁴ (2007); wird zitiert: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ [Rz].
- ▶ *Heldmann, N.N.*, Die Pflicht zur Vorlegung von Augenscheinsobjekten, ZZP 26 (1899) 407 ff; wird zitiert: *Heldmann*, ZZP 26, [Seite].
- ▶ *Henckel, Wolfram*, Prozeßrecht und materielles Recht (1970); wird zitiert: *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht [Seite].
- ▶ *Hesse, N.N.*, Ueber die Gemeinschaftlichkeit der Zeugen und Urkunden durch Produktion, AcP 23 (1840) 1 ff; wird zitiert: *Hesse*, AcP 23, [Seite].
- ▶ *Hippel, Fritz von*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß (1939); wird zitiert: *Hippel*, Wahrheitspflicht [Seite].
- ▶ *Horten, Heinrich*, Österreichische Zivilprozeßordnung (1908); wird zitiert: *Horten*, Zivilprozeßordnung [Seite].
- ▶ *Huggenberger, Joseph*, Die Pflicht zur Urkundenedition nach der Reichscivilprozeßordnung und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1889); wird zitiert: *Huggenberger*, Urkundenedition [Seite].
- ▶ *Immenga, Ulrich*, Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in: Lutter, Marcus/ Ulmer, Peter/ Zöllner, Wolfgang (Hrsg), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992) 189 ff; wird zitiert: *Immenga*, FS 100 Jahre GmbHG [Seite].
- ▶ *Immenga, Ulrich*, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970) 261 ff; wird zitiert: *Immenga*, Personalistische Kapitalgesellschaft [Seite].
- ▶ *Jabornegg, Peter* (Hrsg), Kommentar zum HGB (1997); wird zitiert: [*Bearbeiter*] in Jabornegg, HGB [§] [Rz].

- ▶ *Jaeger, Ernst/ Henckel, Wolfram/ Gerhardt, Walter* (Hrsg), Insolvenzordnung Großkommentar I (§§ 1 – 55) (2004); werden zitiert: *[Bearbeiter]* in Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO [§] [Rz].
- ▶ *Jahoda, Ernst*, Zur Frage der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht, AnwBl 1973, 122 ff; wird zitiert: *Jahoda*, AnwBl 1973, [Seite].
- ▶ *Kalss, Susanne/ Nowotny, Christian/ Schauer Martin* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2009); werden zitiert: *[Bearbeiter]* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht [Rz].
- ▶ *Kaser, Max/ Hackl, Karl*, Rechtsgeschichte des Altertums. Das römische Zivilprozeßrecht² (1996); werden zitiert: *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozeßrecht² [Seite].
- ▶ *Kawano, Masanori*, Wahrheits- und Prozeßförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien gegeneinander, in: Gerhardt, Walter/ Diederichsen, Uwe/ Rimmelpacher, Bruno/ Costede, Jürgen (Hrsg), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag (1995) 409 ff; wird zitiert: *Kawano*, FS Henckel [Seite].
- ▶ *Kernbichler, Felix*, Haftungsprivileg des DG und des DN – ein unlösbarer Widerspruch? Anmerkung zum Regress anlässlich 8 ObA 4/09k, ÖJZ 2010, 43 ff; wird zitiert: *Kernbichler*, ÖJZ 2010, [Seite].
- ▶ *Klang, Heinrich/ Gschnitzer, Franz* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² Bd IV/1 (1968) und IV/2 (1978); werden zitiert: *[Bearbeiter]* in Klang/Gschnitzer, ABGB² [Band] [Seite].
- ▶ *Klein, Franz/ Engel, Friedrich*, Der Zivilprozeß Österreichs, in: Wach, Adolf/ Kisch, Wilhelm/ Mendelssohn-Bartholdy, Albrecht/ Pagenstecher, Max (Hrsg), Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten. Eine Vorarbeit zur deutschen Prozeßreform Band III (1927); werden zitiert: *Klein/Engel*, Zivilprozeß [Seite].
- ▶ *Klein, Franz*, Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßreform in Österreich (1891) = Sonderdruck aus JBl 1890, 507 ff, 519 ff, 533 ff, 543 ff, 555 ff, 567 ff, 579 ff, 591 ff, 615 ff und JBl 1891, 4 ff, 15 ff, 28 ff, 40 ff, 53 ff, 66 ff, 77 ff, 89 ff, 101 ff; wird zitiert: *Klein*, Pro futuro [Seite].
- ▶ *Klein, Franz*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses; wird zitiert: *Klein*, Vorlesungen [Seite].
- ▶ *Kletečka, Andreas/ Schauer, Martin* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ab 2010); werden zitiert: *[Bearbeiter]* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^[Bearbeitung] [§] [Rz].
- ▶ *Klicka, Thomas*, Aufklärungspflichten der Prozeßparteien im österreichischen Zivilprozeßrecht, JBl 1992, 231 ff; wird zitiert: *Klicka*, JBl 1992, [Seite].
- ▶ *Klicka, Thomas*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1994); wird zitiert: *Klicka*, Beweislastverteilung [Seite].
- ▶ *Knorr, Ludwig*, Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, ZCivRPr 17 (1842) 107 ff; wird zitiert: *Knorr*, ZCivRPr 17, [Seite].

- ▶ *Knorr, Ludwig*, Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, ZCivRPr NF 19 (1862) 282 ff; wird zitiert: *Knorr*, ZCivRPr NF 19, [Seite].
- ▶ *Kodek, Georg E.*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozeß. Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage (1987); wird zitiert: *Kodek*, Beweismittel [Seite].
- ▶ *Kodek, Georg E.*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ÖJZ 2001, 281 ff und 334 ff; wird zitiert: *Kodek*, ÖJZ 2001, [Seite].
- ▶ *Kodek, Georg E.*, Zur Verschwiegenheit des Vertragsverfassers im Prozess zwischen den Vertragsparteien, in Heidinger, Markus/ Zöchling-Jud, Brigitta (Hrsg), Jahrbuch Anwaltsrecht 2011 (2011) 87 ff; wird zitiert: *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, [Seite].
- ▶ *Kodek, Georg E./ Mayr Peter G.*, Zivilprozessrecht² (2013); werden zitiert: *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht² [Rz].
- ▶ *Koller, Christian/ Riss, Olaf*, Pflicht zur Vorlage von Aufsichtsratsprotokollen im Zivilprozess? RdW 2013, 62 ff; werden zitiert: *Koller/Riss*, RdW 2013, [Seite].
- ▶ *Konecny, Andreas/ Schubert, Günter* (Hrsg), Insolvenzgesetze (erschienen in Teillieferungen); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze [§] [Rz].
- ▶ *Konecny, Andreas*, Konkurs ist ein Konkurs ist ein Konkurs, in: Bittner, Ludwig/ Klicka, Thomas/ Kodek, Georg E./ Oberhammer, Paul (Hrsg), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag (2005) 301 ff; wird zitiert: *Konecny*, FS Rechberger [Seite].
- ▶ *Koziol, Helmut*, Die Konkurrenz zwischen allgemeinem Zivilrecht, KMG und BörseG bei der Prospekthaftung, ÖBA 1992, 886 ff; wird zitiert: *Koziol*, ÖBA 1992, [Seite].
- ▶ *Koziol, Helmut*, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd I³ (1997) und II² (1984); wird zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ [Rz] bzw II² [Seite].
- ▶ *Koziol, Helmut*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010); wird zitiert: *Koziol*, Grundfragen [Rz].
- ▶ *Koziol, Helmut*, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik. Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa? AcP 212 (2012) 1 ff; wird zitiert: *Koziol*, AcP 212, [Seite].
- ▶ *Koziol, Helmut/ Bydlinski, Peter/ Bollenberger, Raimund* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014); werden zitiert: [*Bearbeiter*] in KBB⁴ [§] [Rz].
- ▶ *Kralik, Winfried*, Die internationale Zuständigkeit, ZZZ 74 (1961) 2 ff; wird zitiert: *Kralik*, ZZZ 74, [Seite].
- ▶ *Kralik, Winfried*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 4 Ob 9, 10/79 in ZAS 1980, 139; wird zitiert: *Kralik*, ZAS 1980, [Seite].
- ▶ *Kralik, Winfried*, Das Erbrecht³ (1983); wird zitiert: *Kralik*, Erbrecht³ [Seite].

- ▶ *Kralik, Winfried*, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895, in: Hofmeister, Herbert (Hrsg), Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken (1988) 89 ff; wird zitiert: *Kralik*, Forschungsband Franz Klein [Seite].
- ▶ *Kramer, Ernst A.*, Juristische Methodenlehre⁴ (2013); wird zitiert: *Kramer*, Methodenlehre⁴ [Seite].
- ▶ *Langenbeck, Wilhelm*, Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Theoretisch-praktisches Handbuch III (1861); wird zitiert: *Langenbeck*, Beweisführung III [Seite].
- ▶ *Leipold, Dieter*, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980) 237 ff; wird zitiert: *Leipold*, ZZP 93, [Seite].
- ▶ *Leipold, Dieter*, Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, in Holzhammer, Richard/ Jelinek, Wolfgang/ Böhm, Peter (Hrsg) Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag (1988) 329 ff; wird zitiert: *Leipold*, FS Fasching [Seite].
- ▶ *Lent, Friedrich*, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 67 (1954) 344 ff; wird zitiert: *Lent*, ZZP 67, [Seite].
- ▶ *Linde, Justin Timotheus Balthasar von*, Bemerkungen über die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel als Wirkung der Production, ZCivRPr 6 (1833) 383 ff; wird zitiert: *Linde*, ZCivRPr 6, [Seite].
- ▶ *Lindinger, Eike*, Urkundenvorlagepflicht des Mieters – die Herausgabeklage nach Art XLIII EGZPO, immolex 2013, 70 ff; wird zitiert: *Lindinger*, immolex 2013, [Seite].
- ▶ *Lorenz, Stephan*, Zur Neuregelung der ›pre-trial-Discovery‹ im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß? ZZP 111 (1998) 35 ff; wird zitiert: *Lorenz*, ZZP 111, [Seite].
- ▶ *Lukits, Rainer*, Unionsrechtliche Beweisverwertungsverbote, wbl 2014, 370 ff; wird zitiert: *Lukits*, wbl 2014, [Seite].
- ▶ *Lutter, Marcus*, Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998) 164; wird zitiert: *Lutter*, ZHR 162, [Seite].
- ▶ *Mittermaier, M.*, Ueber das qualifizierte Geständniß, AcP 16 (1833) 84 ff; wird zitiert: *Mittermaier*, AcP 16, [Seite].
- ▶ *Mittermaier, M.*, Ueber die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden (1835); wird zitiert: *Mittermaier*, Edition von Urkunden [Seite].
- ▶ *Müller, Carl Otto*, Lehrbuch der Institutionen (1858); wird zitiert: *Müller*, Institutionen [Seite].
- ▶ *Musielak, Hans-Joachim* (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz¹¹ (2014); wird zitiert: [Bearbeiter] in Musielak, ZPO¹¹ [§] [Rz].
- ▶ *Neumann, Georg*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen⁴ Band I (1927) und II (1928); wird zitiert: *Neumann*, Zivilprozeßgesetze⁴ [Band] [Seite].

- ▶ *Neumayr, Matthias/ Resch, Reinhard*, Dürfen Zivilgerichte Krankenanstalten zur Übermittlung der Krankengeschichte im Original verpflichten? JBl 2012, 627 ff; werden zitiert: *Neumayr/Resch*, JBl 2012, [Seite].
- ▶ *Nunner-Krautgasser, Bettina*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz. Wechselwirkungen zwischen materiellem und formellem Recht und ihr Einfluss auf den Inhalt und die Durchsetzung von Rechten (2007); wird zitiert: *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung [Seite].
- ▶ *Oberhammer, Paul*, Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung. Gesichtspunkte der »Arbeitsgemeinschaft Zivilprozeß«, in: Kralik, Winfried/Rechberger, Walter H. (Hrsg), Konfliktvermeidung und Konfliktregelung. Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XIII (1993) 31 ff; wird zitiert: *Oberhammer* in Kralik/Rechberger, Konfliktvermeidung [Seite].
- ▶ *Oberhammer, Paul*, Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZZP 113 (2000) 295 ff; wird zitiert: *Oberhammer*, ZZP 113, [Seite].
- ▶ *Oberhammer, Paul*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002); wird zitiert: *Oberhammer*, Entwurf [Seite].
- ▶ *Olzen, Dirk*, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 98 (1995) 403 ff; wird zitiert: *Olzen*, ZZP 98, [Seite].
- ▶ *Osterloh, Robert*, Lehrbuch des gemeinen, deutschen, ordentlichen Civilprocesses. Band I (1856; Nachdruck 1970); wird zitiert: *Osterloh*, Lehrbuch [Band] [Seite].
- ▶ *Peters, Egbert*, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise im Zivilprozeß, ZZP 76 (1963) 145 ff; wird zitiert: *Peters*, ZZP 76, [Seite].
- ▶ *Peters, Egbert*, Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien? in: Gottwald, Peter/ Prütting, Hanns (Hrsg), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag (1990) 399 ff; wird zitiert: *Peters*, FS Schwab [Seite].
- ▶ *Petschek, Georg/ Reimer, Otto/ Schiemer, Karl*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973); werden zitiert: *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht [Seite].
- ▶ *Petschek, Georg/ Stagel, Friedrich*, Der österreichische Zivilprozeß. Eine systematische Darstellung (1963); werden zitiert: *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß [Seite].
- ▶ *Pimmer, Herbert*, Zur Anwendung der Zivilverfahrens-Novelle 1983 in der Praxis der Gerichte erster und zweiter Instanz, AnwBl 1984, 464 ff; wird zitiert: *Pimmer*, AnwBl 1984, [Seite].
- ▶ *Planck, Johann Julius Wilhelm von*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. Band II Besonderer Teil (1896); wird zitiert: *Planck*, Lehrbuch II [Seite].
- ▶ *Pochmarski, Konstantin/ Lichtenberg, Christoph*, Berufung in der ZPO. Praxishandbuch und Nachschlagewerk² (2010); werden zitiert: *Pochmarski/Lichtenberg*, Berufung² [Seite].

- ▶ *Pollak, Rudolf*, System des österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes² (1932); wird zitiert: *Pollak*, System² [Seite].
- ▶ *Pratovevera, Carl Joseph*, Materialien für Gesetzeskunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Erbstaaten Band I (1815), II (1816) und III (1817); wird zitiert: *Pratovevera*, Materialien [Band] [Seite].
- ▶ *Rassi, Jürgen C. T.*, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891 ff; wird zitiert: *Rassi*, ÖJZ 1997, [Seite].
- ▶ *Rassi, Jürgen C. T.*, Fragen der Bucheinsicht im Gesellschaftsrecht, ecolex 1999, 546 ff; wird zitiert: *Rassi*, ecolex, 1999, [Seite].
- ▶ *Rassi, Jürgen C. T.*, Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 121 (2008) 165 ff; wird zitiert: *Rassi*, ZZP 121, [Seite].
- ▶ *Rassi, Jürgen C. T.*, Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren. Teil I: Beweislast, Beweislastverschiebung, Mitwirkungspflicht, EF-Z 2010, 212 ff; Teil II: Aufklärungspflicht und materiellrechtliche Auskunftspflichten, EF-Z 2011, 14 ff; wird zitiert: *Rassi*, EF-Z [Jahr], [Seite].
- ▶ *Rassi, Jürgen C. T.*, Das Dogma vom Verbot des Ausforschungsbeweises. Eine Analyse der österreichischen Rechtsprechung, in: Graber, Thomas/ Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A. (Hrsg), Europäische und internationale Dimension des Rechts. Festschrift für Daphne-Ariane Simotta (2012) 443 ff; wird zitiert: *Rassi*, FS Simotta [Seite].
- ▶ *Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Thomas* (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung⁴ Bd 1 (2013) und Bd II (2012); werden zitiert: [Bearbeiter] in MünchKomm-ZPO⁴ [§] [Rz].
- ▶ *Rechberger, Walter H.*, Das Dogma von der Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991, 69 ff; wird zitiert: *Rechberger*, NZ 1991, [Seite].
- ▶ *Rechberger, Walter H.*, Zur prozessualen Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, in: Krejci, Heinz/ Marhold, Franz/ Schrammel, Walter/ Schrank, Franz/ Winkler, Gottfried (Hrsg), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Arbeits- und Sozialrecht. Festschrift Theodor Tomandl zum 65. Geburtstag (1998) 649 ff; wird zitiert: *Rechberger*, FS Tomandl [Seite].
- ▶ *Rechberger, Walter H.* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013); wird zitiert: [Bearbeiter] in Rechberger, AußStrG² [§] [Rz].
- ▶ *Rechberger, Walter H.* (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁴ (2014); wird zitiert: [Bearbeiter] in Rechberger, ZPO⁴ [§] [Rz].
- ▶ *Rechberger, Walter H./ Simotta, Daphne-Ariane*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ (2010); werden zitiert: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ [Rz].
- ▶ *Renaud, Achilles*, Die Gemeinschaftlichkeit der Beweisurkunden und Zeugen, AcP 44 (1961) 147 ff; wird zitiert: *Renaud*, AcP 64, [Seite].

- ▶ *Renaud, Achilles*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilproceßgesetzgebungen² (1873); wird zitiert: *Renaud*, Lehrbuch² [Seite].
- ▶ *Riss, Olaf*, Doppelorganschaft und Treuepflichten. Haftungsfragen bei Kollision organschaftlicher Treuepflichten infolge mehrfacher Organstellung (2008); wird zitiert: *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten [Seite].
- ▶ *Riss, Olaf*, Doppelorganschaft, Kollision von Treuepflichten und Business Judgment Rule, *ecolex* 2010, 156 ff; wird zitiert: *Riss*, *ecolex* 2010, [Seite].
- ▶ *Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht¹⁷ (2010); werden zitiert: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ [§] [Rz].
- ▶ *Rüffler, Friedrich*, Der Sachverständige im Zivilprozeß. Die »Bindung« des Richters an Sachverständigengutachten, Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle der Sachverständigentätigkeit (1995); wird zitiert: *Rüffler*, Sachverständige [Seite].
- ▶ *Rummel, Peter* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I³ (2000), Band II² (1992), Band II/3³ (2002), Band II/4³ (2002) und Band II/5³ (2003); wird zitiert: [Bearbeiter] in Rummel, ABGB³ [§] [Rz].
- ▶ *Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland* (Hrsg); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶ Bd V (2013); werden zitiert: [Bearbeiter] in MünchKomm-BGB⁶ [§] [Rz].
- ▶ *Schlosser, Franz*, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, *JZ* 1991, 599 ff; wird zitiert: *Schlosser*, *JZ* 1991, [Seite].
- ▶ *Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002); wird zitiert: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ [Seite].
- ▶ *Schneider, Birgit*, Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch? *ÖJZ* 2013, 149 ff; wird zitiert: *Schneider*, *ÖJZ* 2013, [Seite].
- ▶ *Schrutka von Rechtenstamm, Emil*, Rezension von Dr. Franz Klein, Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßreform in Oesterreich, *ZdZP* 17 (1892) 189 ff; wird zitiert: *Schrutka*, *ZdZP* 17, [Seite].
- ▶ *Schumacher, Hubertus*, Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO), *ÖJZ* 1987, 673 ff; wird zitiert: *Schumacher*, *ÖJZ* 1987, [Seite].
- ▶ *Schumacher, Hubertus*, Unternehmensgeheimnisse im Zivilprozeß, *ÖBl* 1988, 89 ff; wird zitiert: *Schumacher*, *ÖBl* 1988, [Seite].
- ▶ *Schumacher, Hubertus*, Richterliche Anleitungspflichten (2000); wird zitiert: *Schumacher*, Richterliche Anleitungspflichten [Seite].
- ▶ *Schumacher, Hubertus*, Neue Entwicklungen zum prozessualen Urkundenvorlageanspruch, *RdW* 2011, 319 ff; wird zitiert: *Schumacher*, *RdW* 2001, [Seite].

- ▶ *Schumacher, Hubertus*, Urkundenvorlagepflichten der Banken im Zivilprozeß, ÖBA 2007, 197 ff; wird zitiert: *Schumacher*, ÖBA 2007, [Seite].
- ▶ *Schumacher, Hubertus*, Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 123 (2010) 283 ff; wird zitiert: *Schumacher*, ZZP 123, [Seite].
- ▶ *Simotta, Daphne-Ariane*, Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozeß, in: Ballon, Oskar J./ Hagen, Johann J. (Hrsg), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht. Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993) 449 ff; wird zitiert: *Simotta*, FS Matscher [Seite].
- ▶ *Spangenberg, N.N.*, Kann der Beweisführer, wenn er den Beweis eines einzelnen Klaggrundes unter mehreren, angetreten und denselben nicht geführt hat, von den aus dem Gegenbeweise erhellenden, für ihn vortheilhaften Thatsachen, Gebrauch machen, um dessen ungeachtet, die Klage zu begründen? AcP 5 (1822) 415 ff; wird zitiert: *Spangenberg*, AcP 5, [Seite].
- ▶ *Sperl, Hans*, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege (1925/1928/1930); wird zitiert: *Sperl*, Rechtspflege [Seite].
- ▶ *Stadler, Astrid*, Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung; erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozeßrechtsreform, in: Nakamura, Hideo/ Fasching, Hans W./ Gaul, Hans Friedhelm/ Apostolos, Georgiades (Hrsg), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik zum 70. Geburtstag (2003) Band II 1625 ff; wird zitiert: *Stadler*, FS Beys II [Seite].
- ▶ *Staudinger, Julius von* (Begr), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 779 – 811 (2009); wird zitiert: [Bearbeiter] in Staudinger, BGB (2009) [§] [Rz].
- ▶ *Stein, Friedrich/ Jonas, Martin* (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung²² Bd IV (2008) und V (2006); werden zitiert: [Bearbeiter] in Stein/Jonas, ZPO²² [§] [Rz].
- ▶ *Störmer, Rainer*, Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozeß, JuS 1994, 238 ff und 334 ff; wird zitiert: *Störmer*, JuS 1994, [Seite].
- ▶ *Straube, Manfred* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch Bd I⁴ (2011) und Bd II/RLG³ (2012); wird zitiert: [Autor] in Straube, UGB^{Auflage} [§] [Rz].
- ▶ *Strippelmann, Friedrich Georg Lebrecht*, Der Beweis durch Schrift-Urkunden, Band II – Das Verfahren (1861); wird zitiert: *Strippelmann*, Beweis durch Schrift-Urkunden II [Seite].
- ▶ *Stürner, Rolf*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976); wird zitiert: *Stürner*, Aufklärungspflicht [Seite].
- ▶ *Stürner, Rolf*, Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozeß, JZ 1985, 453 ff; wird zitiert: *Stürner*, JZ 1985, [Seite].

- ▶ *Stürner, Rolf*, Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß, ZZP 98 (1985) 237 ff; wird zitiert: *Stürner*, ZZP 98, [Seite].
- ▶ *Thomas, Heinz/ Putzo, Hans* (Begr), Zivilprozessordnung³⁵ (2014); werden zitiert: [Bearbeiter] in Thomas/Putzo, ZPO³⁵ [§] [Rz].
- ▶ *Tschadek, Otto*, Der Beweis. Eine Betrachtung über Beweismittel und Beweiswürdigung (1958); wird zitiert: *Tschadek*, Beweis [Seite].
- ▶ *Ullmann, Dominik*, Das österreichische Zivilprozeßrecht² (1887); wird zitiert: *Ullmann*, Zivilprozeßrecht² [Seite].
- ▶ *Wach, Adolf*, Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, KVJS 14 (1872) 323 ff; wird zitiert: *Wach*, KVJS 14, [Seite].
- ▶ *Walther, Anton*, Zur Abgrenzung von Urkundenbeweis, Beweis durch Auskunftssachen und Augenschein im österreichischen Zivilprozeßrecht, RZ 1993, 47 ff; wird zitiert: *Walther*, RZ 1993, [Seite].
- ▶ *Windscheid, Bernhard*, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856); wird zitiert: *Windscheid*, Actio des römischen Civilrechts [Seite].
- ▶ *Winkler von Mohrenfels, Peter*, Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht (1986); wird zitiert: *Winkler v Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten [Seite].
- ▶ *Zachmann, Nico*, Die Kollision von Forderungsrechten (1976); wird zitiert: *Zachmann*, Kollision von Forderungsrechten [Seite].
- ▶ *Zöllner, Wolfgang*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963); wird zitiert: *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht [Seite].
- ▶ *Zöllner, Wolfgang*, Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190 (1990) 471 ff; wird zitiert: *Zöllner*, AcP 190, [Seite].

Sachverzeichnis

A

Abstammungssachen 120, 122 ff
 actio ad exhibendum 54 f, 62, 66
 ad perpetuam rei memoriam 71, 257
 Aktenvermerk 201, 293, FN 1042
 Allgemeine Gerichtsordnung für Westgalizien 1796 80
 Allgemeine
 Gerichtsordnung 1781 79 f, 264, FN 971
 Altenburger Prozeßordnung 1744 78
 Anführungslast 6, FN 29; s auch Substantiierungslast
 Anklageprinzip 132
 Anleitungspflicht 4, 45
 Antrag auf Beweisaufnahme 5, FN 21
 Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess 4
 Argentarier 55 ff, 60, 121, 233 f
 Arzt

- Dokumentationspflicht 41 f, 43, FN 167, 190
- Verschwiegenheitspflicht 21 FN 85, 239, FN 906

 Aufbewahrungspflicht 231 ff
 Aufklärungsgemeinschaft 4
 Augenscheinsbeweis 66, 133, 141, 156

- Bezugnahme 227 f, 281
- Mitwirkungspflicht 24 f, 220 ff
- schriftliche Verhandlungen 227
- Verzicht 25, 277 ff

 Ausforschungsbeweis s Erkundungsbeweis
 Auskunftssachen 133, 141, 156

- Beurkundung gegenseitiger Rechtsverhältnisse 229
- Bezugnahme 230, 281
- Errichtung im Interesse 229
- Mitwirkungspflicht 26, 220 ff, 229 f
- Verzicht 26, 277 ff

 Aussageverweigerungsgründe

- Partei 133, 136 ff, 140
- Zeugen 133, 238 f
- Relevanz beim Fragerecht 31 f, 151, 219, 248 f, 253, 288

 Ausschluss der Öffentlichkeit 139 ff, 143 ff, 149, 186
 Außerstreitstellung s Geständnis

B

Badische Gerichtsordnung 83 f, 258
 Bagatellverfahrensgesetz 87 ff, 126
 Bayerische Processordnung 1869 76 ff, 213, FN 805, 257
 Beantwortungspflicht 30
 Behauptungslast 6
 Behörde, Vorlageauftrag 275 ff
 Beibringungsgrundsatz 4 f, 117, FN 482
 beiderseitiges Gehör 108, FN 442, 147
 Bekundung gegenseitiger Rechtsverhältnisse 64, 73, 77, 92, 178, 183, FN 726, 198 ff, 225 ff

- Auskunftssachen s Auskunfts-sachen, Beurkundung gegenseitiger Rechtsverhältnisse
- Zeuge 241 f

 Betriebsgeheimnis 21, FN 85, 140, 144 f

Beugestrafe 105

Beweisbedürftigkeit 3, 5, 12, 218,
FN 821, 260

Beweisbeschluss 5, FN 21

Beweisfrist 70

Beweisführungslast 43, FN 167

Beweiskraft 68, 71, 73, 82, 84, 87, 95,
97, 101, 256, 258f

Beweislastumkehr 43

Beweismittel, rechtswidrig erlangte 7, FN 33, 118, FN 487, 119,
FN 495

Beweisnotstand 9, 124, 168

Beweisschwierigkeiten s Beweisnotstand

Beweissicherung 6, 7, FN 34, 41, 71,
193, 257

Beweisverbindung 6

Beweisverbot 119, FN 495, 128

- Beweisthemenvorbot 5, FN 25
- Beweisverwertungsverbot 118,
134f, 135, FN 564

Beweisvereitelung, aktive 107f

Beweisverwertung

- zum Nachteil des Beweisanbieters 7, 67f, 79, 86, 99
- Verbot 189, FN 741, 197, 205

Bezugnahme 60, 63, 72, 78, 79f, 91f,
217f; s auch bei den einzelnen Beweismitteln

- in mündlicher Verhandlung 217f
- in Schriftsatz 217f
- unfreiwillige 214

Bildträger 220, 224

Bremer Gerichtsordnung 1820 83

Buchführungspflicht 42, 55f, 233ff

Buchvorlagepflicht s Handelsbücher

C

citatio 52

Civilproceßordnung 1877 92, 221,
FN 832

codex iuris Bavarici iudiciarii
1753 75f, 257

codex rationum 55, 59, 212, FN 803

corpus iuris civilis 52

D

Darlegungslast 6, FN 29;
s auch Substantiierungslast

Denkmal 220

deutsche Rechtslage 90ff, 161, 198,
FN 765, 199, FN 766, 199, FN 770,
221, FN 832, 292, FN 1039,
293, FN 1043, 295f

diskretionäre Gewalt 4, FN 11, 32,
141, 235

documenta communia 54, 62, 155

Dokumentationspflicht

- Ärzte s dort
- Krankenanstalt s dort
- Rechtsträger nach WAG s dort

Doublette 57

E

Echtheitsanerkennntnis s bei Urkunde

editio actionis 52f

editio instrumentorum 52

Ehesachen 140

Ehrenpflicht 152, 154, 172f

Eigentumsschutz 155ff, 169

Einheit der Rechtsordnung 152,
FN 620

Elektronische Dokumente 220

EMRK 114, 124, 131f, 134f, 139

Entbindung von Verschwiegenheitspflichten 21, 24, 35, 109, FN 445,
111, FN 453, 238ff, 289

Erklärungslast 6, FN 29; s auch

Substantiierungslast

Erkundungsbeweis 4, FN 11,
30, FN 117, 40, FN 149, 40, FN 149, 150,
190, FN 745, 204, FN 781

Errichtung im Interesse 55, 57, 63 ff,
73 f, 77, 92, 223 ff

- Auskunftssachen s Auskunftssa-
chen, Errichtung im Interesse
- Urkunden 180 ff
- Zeugen und Sachverständige 241

F

faïres Verfahren 114, 131 f, 135

Falschaussage unter Eid 163

Familienleben 124, 139, 140, 143,
172 f; s auch Individualsphäre

Fragerecht 20, 21, FN 86, 29 f, 130,
FN 546, 214, 219, 247

- Relevanz von Aussageweigerungs-
gründen s dort
- Relevanz von Urkundenvorlage-
weigerungsgründen s dort

Funktionslosigkeit 18, 21, 23, 70 f,
82, 86 f, 174, 232, 249 f, 254, 285, 296

G

Geheimsphäre s Individualsphäre

gemeines Recht 61 ff, 96, 100, 177,
180, 189, FN 742, 234, 212 f,
255 f, 263, 269

Generalklausel 136, 147, 172

Gerichtsakten 72, 83, 118, FN 492,
265 ff, 276, 279

Geschäftsbücher 85, 121; s auch
Handelsbücher

Geschäftsgeheimnis 140, 144 f, 154,
172 f

Geständnis 5, FN 25, 69, 133, 215,
256, 262, 278

- Bindungswirkung 272, FN 996

▪ schlüssiges 266, FN 980, 270 f,
273, 283

Glaubwürdigkeit s bei Zeuge

Gleichheitsgrundsatz 116

Gothaische Gerichts- und Prozeßord-
nung 1776 78

Grenzzeichen 220

H

Handelsbriefe 236

Handelsbücher 58, 85, 121, 139, 189,
FN 742, 231 ff

Hannoverische Prozeßord-
nung 1850 84 ff, 97, 233

I

in camera-Verfahren 108, FN 442,
147, 239, FN 902

in ius vocatio 52

Individualinteressen 122 ff

Individualsphäre 108, FN 442, 111,
138 ff, 168 f, 173 f, 185 ff, 200 ff, 206 ff

- Schutz gegenüber Öffentlich-
keit 143 ff
- Schutz gegenüber Prozessge-
gener 186

Inquisitionsmaxime s Untersu-
chungsgrundsatz

Insolvenzverfahren 120 ff, 133, 135,
FN 564, 197 f

instrumenta communia 52 ff, 58, FN
242, 66

J

Jedes Schriftl ist ein Giftl 188

juristischer Syllogismus 3

Justinianisches Recht 52 ff

Justiz(gewährungs)anspruch 114 f,
120

K

Klein, Franz VII f, 9, 31, 35 ff, 98, 159 f

Kommissionär 42

Kongruenz der prozessualen Mitwirkungspflichten 32, 49, 151, 217 ff, 238, 239 ff, 245, 246, 247 f, 250 ff, 254
 Konstitution Kaiser Justinians 58, 68, 256, 261, FN 962
 Kontrollfunktion der Vorlagepflicht 56 f, 234 f
 Kooperationsmaxime 4
 Kostenvorschuss 296 f
 Krankenanstalt, Dokumentationspflicht 41 f, 190
 Krankengeschichte 42
 Kunstgeheimnis 140, 144, FN 595, 154, 172 f

L

Lagerhalter 42
 Last der Beweisanbietung 5
 Liberalismus 115, FN 474, 158, FN 640
 Lichtbild s Bildträger
 litterarum obligatio 59, 212, FN 803

M

Makler 81, 206
 mancipatio 52, FN 198
 Markstein 220
 Miteigentum an Beweismitteln 54, 58, 62 ff, 73, 77, 84, 85, 155, 169, 175 ff
 Mitwirkungspflicht

- Augenscheinsobjekte 220 ff
- Auskunftssachen 229 f
- generelle 109 f, 148, 167, 172, 221
- Handelsbücher 231 ff; s auch Handelsbücher
- Insolvenzverfahren 120, 122, 133, 135, FN 564
- materiellrechtliche 39 ff, 54 f, 91 ff, 99, 109, 174, 182, FN 719
- nicht prozessbeteiligter Dritter 9 f, 76 f, 82 f, 95, 275 ff

- Parteienvernehmung 247 ff
- Pflicht im Rechtssinn 103 ff
- präparatorische 41 ff
- Sachverständigenbeweis 237 ff
- Substanzeingriff 156 f
- vorprozessuale 190, FN 746
- Urkunden 171 ff
- vorprozessuale 41 ff, 129
- Zeugenbeweis 237 ff
- zwangsweise Durchsetzung 40, 120, 133, 141, 196

N

negative Würdigung s Verhandlungswürdigung
 nemo tenetur-Prinzip 131 ff, 149, 168, 201
 Notar

- Verschwiegenheitspflicht 243 f
- Vorlageauftrag 275 ff

 Notizen 189, 191, 206 f, 209 ff
 öffentliche Interessen 56, 115 f, 120 ff, 234 ff
 öffentliche Urkunde 56

P

Pächter 42, 192, 201
 Parteienmaxime 3 f
 Parteienvernehmung 133, 154, 214, 216

- Errichtung im Interesse 250 f
- Gleichrangigkeit 27
- Kongruenz mit anderen Beweismitteln 28 ff, 218 f, 247 ff; auch Kongruenz der Beweismittel
- Mitwirkungspflicht 27 ff, 247 ff
- Verzicht 32, 297

 Parteioffentlichkeit 108, FN 442, 147
 Parteivortrag

- Fragerecht s dort
- Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht 29 f, 41, FN 149, 109, FN 447, 133, 138, 219, 247

Partikularrechte 74 ff, 213, 257, 263, 269

Passivität 104, 106 ff, 130, 134, 159, 161, 162, FN 660, 163, 249, FN 932, 251

persönliche Beweismittel 20, 66, 155, 157, 238, 254, 260, 285

Persönlichkeitsrecht 122, 140, FN 588

Pflichtenkonflikt 151 ff, 169, 173 f, 185, 193 ff, 203, 210 ff

Preußische Allgemeine Gerichtsordnung 1793 80 ff, 95, 97, 206, 258

Privatautonomie 262, 265, 280

Privatkorrespondenz 81, 83, 85, 206

Privatleben 124; s auch Individualsphäre

Privatsphäre s Individualsphäre

Protokoll

- Aufsichtsratssitzung 110, FN 449, 191
- Besprechungen 210
- Eigentümersammlung 206, FN 790
- Hauptversammlung 191
- Vollversammlung 198, FN 765

Prozesslast 103 ff

Prozessleitungsbefugnis (materielle) 116, FN 476

Prozessleitungspflicht (materielle) 4

Prozessprogramm 5, FN 21, 19, 292

Prozessrechtsverhältnis 10, 164, 169

Prozessverzögerung 128, 292

Prozesszweck der Wahrheitsermittlung s Wahrheitsermittlung als Prozesszweck

Q

Quittung 42, 85

R

rationes (domestica) s codex ratio-num

Realproduction 69, 72, 75, 97, FN 392, 98, 257

Rechnungsführungspflicht 42, 55 f

Rechnungslegungspflicht 231 ff

Recht auf Beweis 116

Recht, ins Unreine zu sprechen 187, 210

rechtliche Sonderbeziehung 162 ff, 169 f

rechtmäßiges Alternativverhalten 204

Rechtsanwalt 239, 245 f

- Korrespondenz 95
- Verschwiegenheitspflicht 243 f
- Vertragserrichter s Vertragserrichter

Rechtsfriede 115, 116, FN 476

Rechtsgeschichte VIII, 51 ff, 255 ff

Rechtsmissbrauch 239

Rechtspflegeanspruch 114; s auch Justiz(gewährungs)anspruch

Rechtsschutzanspruch 114, FN 469

Rechtsträger nach WAG, Dokumentationspflicht 42

Reichsdeputationsabschied 1600 71, 257

Rettungspflicht 162, 165

römisches Recht 51 ff, 59, 65 f, 73, 96, 99, 121, 175, FN 692, 176, 180, 212, 233 f, 255, 259, FN 953

S

Sachverständigengutachten 192, 201

Sachverständiger 23 f, 66, 86, 156

- mitgebrachter 296
- Verzicht 295 ff

Schande 140, 154, 172 ff

Schiedsspruch 181, 183, 189, 232
 Schlüssigkeit der Klage 6, 39, 46
 schriftliche Verhandlungen 206 ff, 227
 ■ Zeuge 242
 Schriftvergleich 68, 77, 137, 256
 Schweizer Rechtslage 94 ff, 97
 Selbstbeziehung s nemo tenetur-Prinzip
 sittliche Pflichten 152 f, 169, 173, 193, 204
 Spediteur 42
 starre Beweisregeln 61, 69, 71, 72 f, 77, 82, 96, FN 390, 101, 256, 258 f, 263, 269
 stipulatio 52, FN 198
 Stoffsammlungsmangel 116, FN 476
 strafgerichtliche Verfolgung 95, 120, 154, 168, 172 f, 185, 196 ff, 205 ff, 212, 225, FN 844
 Strafprozess 134
 Substantiierungslast 6, 39, 41, 45
 Substantiierungstheorie 6

T

Teilungsklage 176
 Tonbandaufnahme 187, 189, FN 741, 191, 229 f
 Tonträger 220; siehe auch Tonbandaufnahmen
 Trennungsdogma 41, 155, FN 629
 Treu und Glauben 21, FN 84, 93, 129 ff, 129 ff, 669, 213 f
 Treuepflicht 165

U

Unionsrecht 135, FN 564
 Untersuchungsgrundsatz 4, 80, 95, 96, FN 391, 160

Urkunde
 ■ Bezugnahme 16 f, 19, 59 f, 212 ff, 254, 267 f, 273
 ■ Echtheitsanerkennnis 68 f, 76 ff, 81 f, 84, 85, 101, 215, 256, 258 f, 261, 269 ff, 273 f, 276 f, 283
 ■ Errichtung im Interesse 55, 57, 181 ff
 ■ Mitwirkungspflicht 15 ff, 171 ff
 ■ Verzicht 15 ff, 264 ff

Urkundenerklärung 269

Urkundenvorlage

- Passivlegitimation 109, FN 443
- Pflicht nicht prozessbeteiligter Dritter 9 f

Urkundenvorlageverweigerungsgründe s Vorlageverweigerungsgründe

- Relevanz beim Fragerecht 31 f, 219, 253, 288

V

venire contra factum proprium 214, 261

Verfahrensbeschleunigung 19, 47, 48, 88, 126 ff, 293 f

Verfahrenskonzentration s Verfahrensbeschleunigung

Verfassungsrecht 114, 116, 118, 124, 131, 133 ff, 139, 187, 196, 198

Verhandlungsmaxime 3, 36, FN 139, 40, FN 149, 90, 94, 158 ff
 ■ gemischte 4, 160 f

Verhandlungsprotokoll 278 f, 293, FN 1042

Verhandlungswürdigung 30, 40, 45, 73, 141, 196 f, 239, 249, 252, 259, 271 f, 273 ff, 277, 281

Vermittler 81, 206, 208

Vernehmungsverbot 238, FN 898

Veröffentlichung von Tonbandaufnahmen s Tonbandaufnahme

Versäumungsurteil 118
 Verschlechterungsschutz 265, 280, 282, 284, 287, 289, 291, 296
 Verschwiegenheitspflicht 111, FN 455, 140, 154, 172 f

- Arzt s dort
- Entbindung s dort
- gesetzliche 144, FN 599
- mehrere Geheimnisherrn 244
- Notar s Notar, Verschwiegenheitspflicht
- Prozessbeteiligte 144, FN 599
- Rechtsanwalt s Rechtsanwalt, Verschwiegenheitspflicht
- Vertragsrichter 243 ff

 Vertragsrichter 239, 243 ff
 Verzicht im Strafverfahren 8, FN 36
 Videoaufzeichnungen 224
 voller Beweis 71, 84, 102, 256, 258 f, 269
 Vollständigkeitspflicht s Parteivortrag
 Vorlageverweigerungsgründe 133, 136 f, 172, 188, 194, 203, 210 f, 236

W

Waffengleichheit 116, 131
 Wahrheitsermittlung als Prozesszweck 114 ff, 135, 138 f, 142, 145, 146, FN 603, 148, 157, 161, 171, 191, 193 f, 211, 217, 225, 234

- bei geringem Streitwert 145, FN 602
- Verhältnis zur Verhandlungsmaxime 158 ff

 Wahrheitsforschungspflicht 4
 Wahrheitspflicht s Parteivortrag

Z

Zeuge

- Bekanntgabe Aufenthaltsort/Identität 8, 20 f, 30, 86 f, 237, 243, 246, 286 ff

- Bekundung gegenseitiger Rechtsverhältnisse s Bekundung gegenseitiger Rechtsverhältnisse, Zeuge
- Errichtung im Interesse s Errichtung im Interesse, Zeuge
- Glaubwürdigkeitsanerkennung 68 f, 101, 256, 258 f, 289 ff
- Ladung 286 f
- mitgebrachter 294 f
- mündliche Ladung 293 ff
- schriftliche Verhandlungen s schriftliche Verhandlungen, Zeuge
- Vergütung 297

Zeugenbeweis

- Bezugnahme 20, 243 f, 246, 287
- Mitwirkungspflicht 20 ff, 237 ff
- Verzicht 17 ff, 284 ff

Zeugnispflicht 9 f, 20, 58, 82

Über den Autor



Olaf Riss promovierte 2004 an der Universität Wien; 2013 wurde ihm die Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Zivilverfahrensrecht verliehen. Er ist Lehrstuhlinhaber am Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz und als Rechtsanwalt tätig. Seine Forschungsschwerpunkte liegen unter anderem im Insolvenzrecht, Bestandrecht, Erbrecht sowie im allgemeinen Zivilrecht.

Hinweise des Verlags

Dieses Dokument ist die vollständige, unveränderte Fassung von Olaf Riss »Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel«. Es ist kein e-book im technischen Sinn, sondern ein PDF. Denn auch wenn die für die Erstellung von e-books derzeit verfügbare Software für die Gestaltung von Romanen und damit idR glatten Satz völlig ausreicht, genügt sie nicht den Ansprüchen für die elektronische Veröffentlichung langer wissenschaftlicher Texte mit zahlreichen Überschriftsebenen und umfassendem Fußnotenapparat – zumindest nicht, wenn diese Tätigkeit auch nur annähernd adäquat entlohnt werden soll.

Wir haben uns daher entschieden, unser Drucklayout auch für die elektronische Ausgabe zu verwenden. Auch wenn es auf einem Smartphone mit einem 4,3-inch Display lesbar ist, komfortabel und ohne Ermüdungserscheinungen hat es sich für uns erst ab einer Display-Größe von 9,7-inch erwiesen.

Das PDF ist zoombar und enthält einige Elemente zur Navigation – die Kapitelüberschriften im Inhaltsverzeichnis führen zum jeweiligen Kapitel und ein Klick auf das Alinea-Zeichen in der Fußzeile jeder Seite führt an den Beginn des Inhaltsverzeichnisses.

Abhängig vom Lesegerät und der verwendeten Software können leichte Unterschiede in Aussehen und dem Gebrauch der Navigationselemente auftreten.

PCs mit Adobe Acrobat X/Reader X:

Alle Navigationselemente sind schwarz. Wird der Mauszeiger über ein solches Element bewegt, wird er zu einer kleinen Hand und ein Linksklick mit der Maus aktiviert das Navigationselement.

iPad mit Adobe Acrobat X/Reader X:

Alle Navigationselemente sind blau. Ein Linksklick mit der Maus aktiviert dieses Element.

iBook Reader on an iPad:

Alle Navigationselemente sind schwarz. Ein kurzer Klick auf ein Element in der Fußzeile blättert zurück bzw vor. Ein längeres Drücken führt zum Inhaltsverzeichnis. Elemente im Inhaltsverzeichnis werden mit einem kurzen Klick aktiviert.

Andere Lesegeräte können andere Abweichungen zeigen.



Sie können dieses Dokument im Rahmen der open-source Lizenz nutzen. ([Details finden Sie hier](#)).

Technisch können Sie mit diesem PDF Folgendes tun:

- Speichern und Weiterleitung an Dritte ohne ein Passwort zu verwenden;
- Das PDF drucken, wobei Sie bei Aufforderung das Passwort »none« eingeben müssen (die Anführungszeichen sind nicht Teil des Passworts). Dies scheint ein integraler Bestandteil der Software zu sein, denn wir haben zu unserem Bedauern bislang keinen Weg gefunden, dies zu umgehen;
- Kommentare einfügen und abspeichern; sowie
- Inhalte für die Weiterverwendung kopieren (die korrekte Quellenangabe ist erforderlich).

Technisch ist es mit diesem PDF nicht möglich Änderungen am Text vorzunehmen oder Textteile im PDF zu löschen.

Gerne können Sie uns unter kontakt@jan-sramek-verlag.at Feedback auch zu unserem zweiten Schritt in die Welt des elektronischen Publizierens geben. Wir können nicht versprechen, dass wir alle Nachrichten beantworten oder jede Anregung aufgreifen, aber wir lesen jede Nachricht und beziehen sie gerne in unsere weiteren Überlegungen ein.

Um zur Titelei zurückzukehren, klicken Sie bitte [hier](#).