

Jürgen C.T. Rassi

**Kooperation und
Geheimnisschutz bei
Beweisschwierigkeiten
im Zivilprozess**

Jürgen C. T. Rassi

**Kooperation und Geheimnisschutz bei
Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess**

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

Für meine Eltern

C. & T. Rassi

Jürgen C. T. Rassi

Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess

Möglichkeiten der geschützten Verwertung von
Unternehmensgeheimnissen im Spannungsfeld
von rechtlichem Gehör, effektivem Rechtsschutz
und prozessualen Kooperationspflichten

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische
Daten stehen unter <<http://dnb.d-nb.de>> zur Verfügung.

Gedruckt mit Unterstützung des Austrian Science Fund (FWF): 658-G

FWF Der Wissenschaftsfonds.

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

Creative Commons Licence Terms



Sie dürfen:

Teilen – das Material in jedwedem Format oder Medium vervielfältigen und weiterverbreiten.

Bearbeiten – das Material remixen, verändern und darauf aufbauen

und zwar für beliebige Zwecke, sogar kommerziell.

Unter folgenden Bedingungen:

Namensnennung – Sie müssen angemessene Urheber- und Rechteangaben machen, einen Link zur Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Diese Angaben dürfen in jeder angemessenen Art und Weise gemacht werden, allerdings nicht so, dass der Eindruck entsteht, der Lizenzgeber unterstütze gerade Sie oder Ihre Nutzung besonders.

Keine weiteren Einschränkungen – Sie dürfen keine zusätzlichen Klauseln oder technische Verfahren einsetzen, die anderen rechtlich irgendetwas untersagen, was die Lizenz erlaubt.

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

Produkthaftung: Trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle kann keine Garantie für die Vollständigkeit, Aktualität oder Fehlerlosigkeit des Werkes geben werden. Eine Haftung des Verlages, der Herausgeber und/oder Autoren aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Eigensatz des Verlags

Schrift: Arnhem Pro

Druck und Bindung: Prime Rate Kft

Gedruckt auf: Munken Premium Cream 90g 1,3 vol.

Eine auf hochwertigen Papier gedruckte Fassung mit Festeinband und Fadenheftung kann unter der ISBN: 978-3-7097-0217-8 direkt beim Verlag <www.jan-sramek-verlag.at> oder im Buchhandel bestellt werden.

Wien 2020, Jan Sramek Verlag KG

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2019 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Habilitationsschrift angenommen. Mit ihrer Veröffentlichung sollen meine in den Bereichen Kooperation und Geheimnisschutz erzielten Ergebnisse einer breiteren Öffentlichkeit bekannt gemacht werden. Das Werk ist der Versuch, eine allgemeine Theorie für das österreichische Zivilprozessrecht zu entwickeln, mit Hilfe derer die Spannungen zwischen dem Grundsatz der Wahrheitsermittlung durch parteiliche Kooperationspflichten und dem Schutz von Unternehmensgeheimnissen unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen grundrechtlichen Vorgaben aufgelöst werden können. Die Druckfassung wurde im Sommer 2019 fertiggestellt, sie berücksichtigt auch die mit der UWG-Novelle 2018 erfolgten Änderungen im Bereich des Geheimnisschutzes.

Ich möchte mich an dieser Stelle ganz herzlich bei Univ.-Prof. Dr. *Andreas Konecny* bedanken. Er hat mich als Praktiker eingeladen, an der Universität zu unterrichten und mich dabei in mannigfaltiger Hinsicht jahrelang gefördert. Die Entstehung des Werkes geht auf seine Anregung zurück. Seine Diskussionsbereitschaft, sein fachlicher Rat und seine ermutigenden Worte haben zum Abschluss der Arbeit entscheidend beigetragen. Organisatorisch wurde ich vom Institut für Zivilverfahrensrecht vorzüglich unterstützt, mein besonderer Dank gilt hier *Petra Peirleitner* und *Gertrude Schöberl*.

Für die rasche Abwicklung des Habilitationsverfahrens danke ich dem Senat und der eingesetzten Kommission. Ein sehr herzliches Dankeschön gebührt den Professoren Dr. *Moritz Brinkmann*, Dr. *Nicola Preuß* und Dr. *Rodrigo Rodriguez* für die rasche Erstellung der Gutachten und die darin enthaltenen Anregungen.

Mit der schnellen und perfekten Korrektur des Manuskripts hat sich der Richter des OGH-Evidenzbüros Mag. *Philipp Einberger* besonders ausgezeichnet und viel Freizeit in seinem Urlaub geopfert. In der Phase kurz vor dem Einreichen der Schrift war das eine unermesslich große Hilfe für mich!

Während der Arbeit an meinem Projekt habe ich von vielen lieben Menschen aus dem Kreis der Wissenschaft und der Justiz wertvolle juristische, organisatorische und auch moralische Unterstützung erfahren. Namentlich möchte ich dabei VPdOLG Dr. *Gabriele Fink-Hopf*, SPdOLG Dr. *Marlies Glawischnig*, RidBG Mag. *Ernst Gleichweit*, RidOLG Mag. *Hannes Heß-Palas*, SPdOLG Dr. *Reinhard Hinger*, Univ.-Prof. HRdOGH Dr. *Georg Kodek*, Präsidentin des OGH Hon.-Prof. Dr. *Elisabeth Lovrek*, Univ.-Prof. Dr. *Peter Mayr*, RidLG Dr. *Aleksandra Miljevic-Petrikic*, RidLG iR Dr. *Martin*

Mittermayer, VPdOGH Univ.-Prof. Dr. *Matthias Neumayr*, RidOLG Mag. *Erwin Nigl*, Rechtsanwältin Mag. *Sonja Otenhajmer*, SPdOGH Dr. *Manfred Vogel* und RidOLG Mag. *Manfred Zechmeister* dankend hervorheben.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch gegenüber dem Verlag Sramek und seinem Leiter Mag. *Jan Erik Sramek* mit seinem Verlagsteam für die hervorragende und umsichtige Betreuung. Für die perfekte Organisation war Mag. *Sabine Warschitz* verantwortlich. Die Veröffentlichung des Buches wurde mit den Mitteln des *Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung* (FWF) gefördert. Als umsichtige und besonders hilfsreiche Lektorin hat Frau *Veza Quinhones-Hall*, BA fungiert.

Schließlich möchte ich mich bei meiner lieben Gattin *Elisabeth A. Rassi* für ihre mannigfaltige Unterstützung und Hilfe bedanken. Sie hat mein langes Arbeiten am Laptop bzw die noch längeren Aufenthalte zur »Klausur« in unserer Kärntner Ferienwohnung geduldig unterstützt. Ohne sie hätte ich das Werk nie abschließen können.

Gewidmet ist die Arbeit meinen lieben Eltern *Christiana* und *Theodor Rassi*. Sie haben mich stets bestens gefördert und unterstützt, wofür ihnen mein großer Dank gebührt!

Baden/Wolfsberg, im Herbst 2019

Jürgen C. T. Rassi

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	3
§ 1 Grundlagen der prozessualen Kooperationspflichten	5
I. Allgemeines	5
A. Beweisnot als Ausgangssituation und Weichenstellung	5
B. Überblick Meinungsstand	13
C. Resümee und Ausblick	18
II. Ein fruchtbarer Irrtum: Beweislastumkehr bei Beweisnähe	19
A. Übersicht	19
B. Fallgruppen in der Rechtsprechung	24
1. Erste Fallgruppe Beweislastumkehr wegen Beweisnähe	24
a. Voraussetzungen	24
b. Anwendungsbereiche	26
(i.) Beweisnähe im Lauterkeitsrecht	26
(ii.) Einkommens- und Vermögensverhältnisse	27
(iii.) Sonstige Konstellationen	28
2. Zweite Fallgruppe Beweislastumkehr wegen Beweisnähe	29
C. Kritik	31
1. Allgemeines	31
2. Bedeutung der objektiven Beweislast im Fall eines non liquet	33
3. Bezugnahme auf Prozessverhalten	36
4. Sphärengesichtspunkte bei der Beweislastverteilung	38
D. Kooperation bei Nähe zum Beweis und ihre Grenzen	40
E. Beweiswürdigung statt Beweislastumkehr	45
F. Resümee	49
III. Die Kooperationspflicht im Lichte des Zwecks und der Grundsätze des Verfahrens	50
A. Einfluss der Prozessgrundsätze auf Kooperationspflichten?	50
B. Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung erfordert Kooperation	59

C.	Arbeitsgemeinschaft Zivilprozessrecht als Mittel zur Wahrheitsfindung	66
D.	Resümee	69
IV.	Normative Fundamente einer prozessualen Kooperationspflicht	70
A.	Prozessuale Aufklärungspflichten	70
1.	§ 184 ZPO als zentraler Anknüpfungspunkt prozessualer Aufklärungspflichten	70
2.	§ 178 ZPO und sonstige Aufklärungsnormen	76
3.	Allgemeine Aufklärungspflicht	81
B.	Mitwirkungsnormen für das Beweisverfahren	82
C.	Resümee	85
V.	Wahrheitsforschung, Richtermacht und Kooperationspflichten	85
A.	Richtermacht und Kooperationspflicht: Zwei Seiten einer Medaille	85
B.	Kooperation bei Zweifel an der amtswegigen Wahrheitsforschung?	90
1.	Problem	90
2.	Grundsätze zur richterlichen Wahrheitsforschung	91
3.	Aussagen der Rechtsprechung und ihre Analyse	93
C.	Resümee	98
VI.	Verbot des Ausforschungsbeweises und Kooperationspflichten	99
A.	Allgemeines	99
B.	Problematik und Ausgangssituation beim Ausforschungsbeweis	103
C.	Analyse	105
1.	Beweisthema, Vorbringen und unerhebliche Beweisanträge ...	105
2.	Schlüssiges und substantiiertes Vorbringen als Maßstab	108
3.	Ausforschung zur Überwindung von Informationsdefiziten ...	111
4.	Behauptungen »ins Blaue hinein« und Wahrheitspflicht	116
5.	Änderung des Sachvortrags und Beweiserörterung	121
D.	Resümee	121
VII.	Das Verbot der Beweisvereitelung als alternatives Konzept zur prozessualen Kooperationspflicht?	123
VIII.	Verhältnis der prozessualen Kooperationspflicht zum materiellen Recht	127
IX.	Zusammenfassung	133
§ 2	Grenzen der Kooperationspflichten bei Unternehmensgeheimnissen	137
I.	Allgemeines zur Beschränkung der Wahrheitsforschung	137
II.	Der Begriff des Unternehmensgeheimnisses	140
A.	Fehlende Legaldefinition bis zur UWG-Novelle 2018	140

B.	TRIPS-Übereinkommen, Know-how-RL und § 26b UWG	145
C.	Das Unternehmensgeheimnis im Prozessrecht vor und nach der UWG-Novelle 2018	147
D.	Resümee	151
III.	Der grundrechtliche Schutz von Unternehmensgeheimnissen	153
IV.	Grundrechtliche Konfliktsituationen im Zivilverfahren im Zusammenhang mit dem Schutz von Unternehmensgeheimnissen	163
V.	Grenzen der Kooperationspflichten beim Urkundenbeweis	171
A.	Allgemeine Vorlagepflicht, Ausnahme und Gegenausnahme	171
B.	Folgen bei Verstößen gegen die Kooperationspflicht	177
C.	Resümee	182
VI.	Grenzen der Kooperationspflichten beim Augenschein und bei Auskunftssachen	182
VII.	Verallgemeinerung des Prüfschemas nach §§ 303 ff ZPO?	184
VIII.	Kooperation und Geheimhaltung beim Zeugenbeweis – Entbindungspflicht?	191
A.	Allgemeines	191
B.	Meinungsstand in Deutschland	192
C.	Meinungsstand in Österreich	193
1.	Verfahrensübergreifende Diskussion	193
2.	Die Entscheidung 1 Ob 254/99f	195
3.	Reaktion der Lehre	196
4.	Jüngere Rechtsprechung	197
D.	Eigene Stellungnahme	198
1.	Beweislastumkehr bei Nichtentbindung?	198
2.	Beweiswürdigungsverbot und Nichtentbindung	199
3.	Wie erfolgt eine Würdigung bei verweigerter Entbindung? ...	204
E.	Resümee	205
IX.	Grenzen der Kooperationspflichten bei der Parteienvernehmung – Anwendung des § 321 ZPO	207
A.	Allgemeines	207
B.	Bisherige Rechtsprechung	207
C.	Herrschende Lehre	209
D.	Gegenmeinungen in der Lehre	210
E.	Eigene Stellungnahme	212
1.	Zum Umkehrschluss	212
2.	Strukturunterschiede beim Personalbeweis	214
3.	Zwischenentscheidung über Weigerungsgrund	221
F.	Resümee	223
X.	Grenzen der Kooperationspflicht beim Sachverständigenbeweis	223
XI.	Grenzen der Kooperation außerhalb des Beweisverfahrens	229

XII. Klarstellende Zwischenentscheidung zur Kooperation	234
XIII. Zusammenfassung und Ausblick	241
§ 3 Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen? Vorgaben der EMRK und des Unionsrechts	245
I. Schrankenloser Anspruch auf Gehör verdrängt Rechts- und Geheimnisschutz?	245
II. EGMR	252
A. Einleitung	252
B. Rechtsprechung in Strafsachen beschränkt Anspruch auf Gehör	253
C. Einschränkungen des Art 6 EMRK im Bereich des Provisorialverfahrens	258
D. Resümee	267
III. Unionsrecht	268
A. Primärrechtliche Aspekte aus der Sicht der Rechtsprechung des EuGH	268
1. Geheimhaltung und rechtliches Gehörs	268
2. Geheimhaltung und effektiver Rechtsschutz	276
3. Resümee	278
B. Sekundärrechtliche Beispiele für einen Interessensausgleich	279
1. Allgemeines	279
2. Durchsetzungs-RL	280
a. Inhalt und Umsetzung	280
b. Judikatur zur RL	288
c. Einfluss auf Grundrechtskollisionen?	289
3. Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen	292
4. Vergabekoordinierungs-RL	297
5. Know-how-RL	300
6. Resümee	306
C. Fordert das Unionsrecht ein geheimes <i>in camera</i> -Verfahren?	306
1. Meinungsstand	306
2. Stellungnahme	314
IV. Zusammenfassung	328
§ 4 Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen: Schutz vor Dritten	331
I. Einleitung	331
II. Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen vor der Volksöffentlichkeit – Schwerpunkt Verhandlung	332
A. Begriff und Umfang der Öffentlichkeit nach der ZPO	332

B.	Ratio Legis der Öffentlichkeit	343
C.	Ausnahmen der öffentlichen Verhandlung nach Art 6 EMRK	351
D.	Ausschluss der Öffentlichkeit nach Art 6 EMRK wegen der Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses?	356
1.	Ausschluss bei einer mündlichen Verhandlung	356
2.	Ausschluss »im Interesse der Rechtspflege«	357
a.	Allgemeines	357
b.	Anwendung des Fallprüfungsschemas	360
3.	Ausschluss »zum Schutz des Privatlebens der Prozessparteien«	363
E.	Ausschluss der Öffentlichkeit nach der ZPO wegen der Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses?	365
1.	Rechtslage vor der UWG-Novelle 2018	365
a.	Einleitung	365
b.	Meinungsstand	366
c.	Die Entscheidung 6 Ob 157/14b	372
d.	Stellungnahme	373
2.	Rechtslage nach der UWG-Novelle 2018	377
F.	Verzicht auf Öffentlichkeit?	379
G.	Zur datenschutzrechtlichen Kritik an den Bestimmungen zur Öffentlichkeit	384
H.	Besteht bei § 172 ZPO Reformbedarf?	393
I.	Resümee	398
III.	Öffentliche Entscheidungen und Geheimnisschutz	399
A.	Urteilsverkündung nach EMRK	399
B.	Öffentlich zugängliche Entscheidungen	405
C.	Resümee	409
IV.	Schutz von Unternehmensgeheimnissen bei der Akteneinsicht Dritter und der Aktenübersendung	410
A.	Akteneinsicht	410
1.	Allgemeines	410
2.	Rechtliches Interesse des Einsichtnehmenden	415
3.	Keine überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen	419
4.	Teilweise Einsicht Dritter	422
5.	Exkurs: Sondernormen mit absolutem Schutz vor Akteneinsicht Dritter als Vorbild?	425
a.	§ 141 AußStrG	425
b.	§ 39 KartellG 2005	431
6.	Umgehung des § 219 Abs 2 ZPO durch missbräuchlichen Beitritt als Nebenintervenient?	432
B.	Aktenübersendung und Einsicht in Beakten	434

C.	Resümee	442
V.	Zusammenfassung	442
§ 5	Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen: Schutz vor der Gegenpartei	445
I.	Einleitung	445
II.	Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit im Spannungsfeld zum Geheimhaltungsschutz	447
III.	Bereits geltende Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit außerhalb des Beweisverfahrens	452
A.	Abstimmungs- und Beratungsgeheimnis	452
B.	Geheimhaltung der Adresse nach § 75a ZPO	457
C.	Temporäre Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit	459
D.	Exkurs: Inkognitooption	461
E.	Zwischenergebnis	462
IV.	Bereits geltende Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit im Beweisverfahren	463
A.	Urkundenbeweis	463
1.	Einleitung	463
2.	Vorlage durch den Beweisführer	464
3.	Vorlage durch den Gegner des Beweisführers	468
4.	Vorlage von Handelsbüchern	470
5.	Resümee	475
B.	Personenbeweis	476
1.	Vernehmung über Videokonferenz	476
2.	Vernehmung immuner Personen	478
C.	Parteiöffentlichkeit beim Sachverständigenbeweis und ihre Einschränkung	479
1.	Ausgangslage nach der ZPO	479
2.	Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen	481
a.	Lehrmeinungen zu Ermittlungstätigkeiten	481
b.	Ermittlungstätigkeiten nach der Rechtsprechung	483
c.	Eigene Ansicht	485
3.	Zur Parteiöffentlichkeit bei Ermittlungstätigkeiten	490
a.	Allgemeines	490
b.	Immanente Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit	494
c.	Medizinische Untersuchungen	496
d.	Hausrecht	498
e.	Der Schutz von Geheimnissen bei selbständigen Ermittlungen	499

4.	Klarstellende Beschlüsse des Gerichts	504
5.	Resümee	505
V.	Geheimes Zwischenverfahren?	506
VI.	Zulässigkeit eines <i>in camera</i> -Verfahrens auch für entscheidungsrelevante Umstände nach geltendem Recht vor der UWG-Novelle 2018?	513
A.	Einleitung	513
B.	Meinungsstand in Deutschland	514
C.	Exkurs: Rechtsprechung des dt BVerfG zum <i>in camera</i> -Verfahren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit	529
D.	Lehre in Österreich	530
E.	Judikatur in Österreich	535
F.	Eigene Meinung	537
1.	Allgemeines	537
2.	Teilnahme an der mündlichen Verhandlung	541
3.	Kenntnis von den aufgenommenen Beweisen	543
4.	Entscheidungsbegründung	545
5.	Akteneinsichtsrecht	548
6.	Verzicht auf Beteiligungsrechte?	549
VII.	Das Geheimnisschutzverfahren nach der UWG-Novelle 2018	551
A.	Umsetzung der Know-how-RL	551
1.	Allgemeines	551
2.	Geheimnis als Verfahrensgegenstand	552
3.	Mehrschichtiger Geheimnisschutz	553
B.	Wahrung der Vertraulichkeit durch ein <i>in camera</i> -Verfahren	554
1.	Allgemeines	554
2.	Geltendmachung des Geheimnisschutzes (§ 26h Abs 1 UWG)	554
3.	Maßnahmen des Geheimnisschutzes (§ 26h Abs 2 UWG)	555
4.	Offenlegung des Geheimnisses (§ 26h Abs 3 UWG)	557
5.	Bewertung	558
C.	Schutz von offengelegten Geheimnissen	558
D.	Sonstige Schutzmaßnahmen	559
VIII.	Zusammenfassung	560
§ 6	Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen: Rechtspolitische Überlegungen	563
I.	Einleitung	563
II.	Wirtschaftsprüfervorbehalt	564
A.	Materiellrechtliche Bedeutung	564
B.	Taugliche Maßnahme zum Geheimnisschutz im Verfahrensrecht?	567

C.	Verfahrensrechtlicher Nutzen aus dem Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts?	575
D.	Relativierung des strengen Unmittelbarkeitsgrundsatzes als Maßnahme des Geheimnisschutzes?	577
1.	Allgemeines	577
2.	Entscheidung des dt BAG: Dritter (Notar) als Filter?	578
E.	Resümee	587
III.	Vertreterlösung	587
A.	Einleitung	587
B.	Ein zur Verschwiegenheit verpflichteter gewillkürter Vertreter? ...	588
C.	Ein zur Verschwiegenheit verpflichteter gerichtlich bestellter Vertreter?	591
D.	Exkurs: Vorbild prozessualer Abwesenheitskurator unter dem Lichte der Aliyev-Entscheidung?	595
1.	Allgemeines zum Kurator	595
2.	Funktion der Abwesenheitskuratel im Spannungsfeld des Art 6 EMRK	597
3.	Justizgewährung bei abwesendem Gegner	597
4.	Rechtliches Gehör des Abwesenden	599
5.	Rechtsschutz bei Beststellungsfehler	601
6.	EGMR und EuGH	602
a.	Bisherige Rechtsprechung	602
b.	Aliyev-Entscheidung	604
c.	Zum Ergebnis der Aliyev-Entscheidung	606
d.	Kritik an der Begründung der Aliyev-Entscheidung	607
e.	Folgen der Aliyev-Entscheidung	610
E.	Folgen für einen Kurator zur Wahrung von Geheimhaltungsinteressen	613
IV.	Zusammenfassung	614
§ 7	Ergebnisse	617
	Literaturverzeichnis	627
	Sachverzeichnis	655
	Über den Autor	661

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht	<u>A</u>
aaO	am angegebenen Ort	
AB	Ausschussbericht	
ABl	Amtsblatt	
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946 idgF	
abl	ablehnend	
Abs	Absatz	
AcP	Archiv für die civilistische Praxis [Nummer, Jahr und Seite]	
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	
aF	alte Fassung	
AG	Aktiengesellschaft	
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung JGS 1781/13	
AHG	Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20 idgF	
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch	
AktG	Aktiengesetz BGBl I 1965/98 idgF	
AKM	AKM Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung	
aM	anderer Meinung	
AMG	Arzneimittelgesetz BGBl 1983/185 idgF	
Anm	Anmerkung	
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt [Jahr, Seite]	
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22 idgF	
Art	Artikel	
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz BGBl 1985/104 idgF	
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idgF	
AuR	Arbeit und Recht [Jahr, Seite]	
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111	
AußStrG 1854	Außerstreitgesetz RGBl 1854/208	
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl 1950/172 idgF	
BAG	Bundesarbeitsgericht	<u>B</u>
BAO	Bundesabgabenordnung BGBl 1961/194 idgF	
BB	Der Betriebsberater [Jahr, Seite]	
Beck-RS	Beck-Rechtsprechung [Jahr, Nummer]	

BetrR	Betriebsrat [Jahr, Seite]
BDSG	(deutsches) Bundesdatenschutzgesetz BGBl I 1977/201 idgF
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch RGBl 1896/195 idgF
BGBI	Bundesgesetzblatt [(seit 1997 Teil I, II oder III) Jahr/Nummer]
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BKA	Bundeskanzleramt
BMJ	Bundesministerium für Justiz
bspw	beispielsweise
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache [Wahlperiode, Nummer, Seite]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVergG 2006	Bundesvergabegesetz BGBl 1993/462 idgF
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idgF
BWG	Bankwesengesetz BGBl I 1993/532 idgF
bzw	beziehungsweise
C	
chZPO	schweizerische Zivilprozessordnung 2008
CR	Computer und Recht [Jahr, Seite]
D	
DAG	Zeitschrift für das ärztliche Gutachten [Jahr, Seite]
DB	Der Betrieb [Jahr, Seite]
dGVG	deutsches Gerichtsverfassungsgesetz BGBl I 1975/1077 idgF
dh	das heißt
dGebrMG	deutsches Gebrauchsmustergesetz RGBl 1891/290 idgF
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch RGBl 1897/219 idgF
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
dMarkenG	deutsches Markengesetz BGBl I 1994/3082 idgF
dPatG	deutsches Patentgesetz RGBl 1877/501 idgF
DSK	Datenschutzkommission
DSG	Datenschutzgesetz 2000 BGBl I 1999/165 idgF
dSortSchG	deutsches Sortenschutzgesetz BGBl 1985/2170 idgF
Durchsetzungs-RL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
dUrHG	deutsches Urheberrechtsgesetz BGBl I 1965/1373 idgF
dUWG	deutsches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb RGBl 1896/145 idgF

dVwGO	deutsche Verwaltungsgerichtsordnung BGBl I 1960/17 idgF
dzPO	deutsche Zivilprozessordnung RGBl 1877/83 idgF
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht [Jahr, Seite]
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen [Nummer]
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht [Jahr/Nummer bzw Seite]
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGJN	Einführungsgesetz zur Jurisdiktionsnorm RGBl 1895/110 idgF
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR-E	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung RGBl 1895/112 idgF
EheG	Ehegesetz RGBl 1938 I 807 idgF
Einl	Einleitung
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughauptpflichtgesetz BGBl 1959/48 idgF
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210 idgF
EO	Exekutionsordnung RGBl 1896/79 idgF
ErläutAB	Erläuterungen zum Ausschussbericht
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuBagatellVO	Verordnung (EG) Nr 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen
EuBVO	Verordnung (EG) Nr 1206/2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahmeverordnung)
EuErbrechtsVO	Verordnung (EU) Nr 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift [Jahr, Seite]
EuGVÜ	Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 BGBl III 1998/209

E

EuGVVO 2000	Verordnung (EG) Nr 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO 2012	Verordnung (EU) Nr 1215/12 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuEheKindVO	Verordnung (EG) Nr 1347/2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten
EuMahnVO	Verordnung (EG) Nr 1896 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens
EuUnterhaltsVO	Verordnung (EG) Nr 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
EuV	Vertrag über die Europäische Union
EuVTVO	Verordnung (EG) Nr 805/2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen
EuZustVO	Verordnung (EG) Nr 1393/2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [Jahr, Seite]
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen [Jahr, Nummer oder Seite]

<u>F</u>	f, ff	folgend(e)
	FB	Forschungsband
	FBG	Firmenbuchgesetz BGBl 1991/10 idgF
	FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit [Jahr, Seite]
	FN	Fußnote
	FS	Festschrift

<u>G</u>	G	Gesetz
	GBG	Allgemeines Grundbuchgesetz BGBl 1955/39 idgF
	GebAG	Gebührenanspruchsgesetz BGBl 1958/2 idgF
	GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte

Geo	Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz BGBI 1951/264 idgF	
GewO	Gewerbeordnung 1994 BGBI 1994/194	
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland BGBI 1949/1 idgF	
GLU	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes [Nummer]	
GLUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge [Nummer]	
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGGI 1906/58	
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz RGGI 1896/217	
GP	Gesetzgebungsperiode	
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union [Jahr, Seite]	
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2010/C83/02	
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [Jahr, Seite]	
GRUR-Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil [Jahr, Seite]	
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [Jahr, Seite]	
H	Heft	<u>H</u>
hA	herrschende Ansicht	
HalbleiterschG	Halbleiterschutzgesetz BGBI 1988/372 idgF	
HKÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung	
hL	herrschende Lehre	
hM	herrschende Meinung	
Hrsg	Herausgeber	
IA	Initiativantrag	<u>I</u>
idF	in der Fassung	
idgF	in der geltenden Fassung	
idR	in der Regel	
idS	in diesem Sinn	
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht. Beratung – Unterbringung – Rechtsfürsorge [Jahr, Seite]	
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht [Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer]	
insb	insbesondere	

IO	Insolvenzordnung RGBI 1914/337 idgF
ipCompetence	Themenjournal für geistiges Eigentum, Beilage zur ÖBl [Nummer, Jahr, Seite]
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht BGBl 1978/304
iSd	im Sinne des (der)
iVm	in Verbindung mit
J	
JABl	Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung [Jahr, Seite]
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung [Jahr, Seite]
JBl	Juristische Blätter [Jahr, Seite]
JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111 idgF
JRP	Journal für Rechtspolitik [Jahr, Seite]
JSt	Journal für Strafrecht [Jahr, Seite]
JuS	Juristische Schulung [Jahr, Seite]
jusIT	Fachzeitschrift für Rechtsinformation, Datenschutz und IT-Recht [Jahr, Nummer oder Seite]
JW	Juristische Wochenschrift [Jahr, Seite]
JZ	Juristenzeitung [Jahr, Seite]
K	
Kap	Kapitel
KartellG 2005	Kartellgesetz 2005 BGBl I 2005/61
Kartellschadenersatz-RL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union
Kfz	Kraftfahrzeug
Know-how-RL	Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140 idgF
L	
LBG	Liegenschaftsbewertungsgesetz BGBl 1992/150 idgF
LG	Landesgericht
LGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und

	Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988 BGBI 1996/448	
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen	
lit	litera, Buchstabe	
LVwG	Landesverwaltungsgericht	
Mat	Materialien	<u>M</u>
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht [Jahr, Seite]	
mE	meines Erachtens	
ME	Ministerialentwurf	
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen [Nummer]	
MMR	Multimedia und Recht [Jahr, Seite]	
MR	Medien und Recht [Jahr oder Heft, Seite]	
MRG	Mietrechtsgesetz BGBI 1981/520 idgF	
MSchG	Markenschutzgesetz BGBI 1953/38 idgF	
mwN	mit weiteren Nachweisen	
NBlRA	Nachrichtenblatt der österreichischen Rechtsanwaltschaft [Jahr, Seite]	<u>N</u>
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift [Jahr, Seite]	
NJW	Neue juristische Wochenschrift [Jahr, Seite]	
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht [Jahr, Seite]	
Nr	Nummer	
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht [Jahr, Seite]	
NVG	Nahversorgungsgesetz BGBI 1977/392 idgF	
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	
NZ	Österreichische Notariatszeitung [Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer]	
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht [Jahr, Seite]	
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht [Jahr, Seite]	
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht [Jahr, Seite]	
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv [Jahr, Seite]	<u>O</u>
OBDK	Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter	
ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht [Jahr, Seite]	
OGH	Oberster Gerichtshof	
OGHG	Gesetz über den Obersten Gerichtshof idgF BGBI 1968/328	
ÖGZ	Österreichische Gemeindezeitung [Jahr, Seite]	
ÖJT	Österreichischer Juristentag [Tagungsband]	
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung [Jahr, Seite]	

OLG	Oberlandesgericht
OrgHG	Organhaftpflichtgesetz BGBl 1967/181 idgF
ÖRPfl	Der Österreichische Rechtspfleger [Jahr, Heft, Seite]
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht [Jahr, Seite]
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pfleregerecht [Jahr, Nummer oder Seite]
P	
PatG 1970	Patentgesetz 1970 BGBl 1970/259 idgF
PSR	Die Privatstiftung [Jahr, Seite oder Nummer]
R	
RAO	Rechtsanwaltsordnung RGrBl 1868/96 idgF
RATG	Rechtsanwaltstarif BGBl 1969/189 idgF
RES	Rechtssatz von Entscheidungen des LG Eisenstadt aus dem Rechtsinformationssystem (RIS) < http://www.ris.bka.gv.at/Jus/ >
RdM	Recht der Medizin [Jahr, Seite oder Nummer]
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft [Jahr, Seite]
RI	Rechtssatz von Entscheidungen des OLG Innsbruck aus dem Rechtsinformationssystem (RIS) < http://www.ris.bka.gv.at/Jus/ >
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft [Jahr, Seite]
RGBL	Reichsgesetzblatt [Jahr, Nummer]
RKL	Rechtssatz von Entscheidungen des LG Klagenfurt aus dem Rechtsinformationssystem (RIS) < http://www.ris.bka.gv.at/Jus/ >
RL	Richtlinie
RL-BA 1977	Richtlinie für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs und für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwalts und des Rechtsanwaltsanwärters
R.L.R.	Ritsumeikan Law Review [Jahr, Seite]
RM	Rechtsmittel
Rn	Randnummer
RPfISlgA	Rechtspflegersammlung von Rechtsmittelentscheidungen in Außerstreitsachen [Jahr, Nummer]
RRI	Rechtssatz von Entscheidungen des LG Ried aus dem Rechtsinformationssystem (RIS) < http://www.ris.bka.gv.at/Jus/ >
Rs	Rechtssache
RS	Rechtssatz von Entscheidungen des OGH aus dem Rechtsinformationssystem (RIS) < http://www.ris.bka.gv.at/Jus/ >

RSA	Rechtssatz von Entscheidungen des LG Salzburg aus dem Rechtsinformationssystem (RIS) < http://www.ris.bka.gv.at/Jus/ >	
RV	Regierungsvorlage	
RW	Rechtssatz von Entscheidungen des OLG Wien aus dem Rechtsinformationssystem (RIS) < http://www.ris.bka.gv.at/Jus/ >	
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen [Jahr, Seite]	
RZ	Österreichische Richterzeitung [Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer]	
Rz	Randzahl	
S	Seite	<u>S</u>
s	siehe	
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen [Jahr, Seite]	
SchiedsRÄG 2006	Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 BGBl I 2006/7	
sog	sogenannt, -e, -er, -es	
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten [Band/Nummer bzw Jahr/Nummer]	
StGB	Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idgF	
StPO	Strafprozessordnung BGBl 1975/631 idgF	
SV	Der Sachverständige [Jahr/Nummer, Seite]	
SVSlg	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen	
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen [Band/Nummer bzw Jahr/Nummer]	
TEG	Todeserklärungsgesetz 1950 BGBl 1951/23 idgF	<u>T</u>
TRIPS-Übereinkommen	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des Geistigen Eigentums (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights TRIPS-Abkommen), Anhang 1C zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO-Abkommen)	
TP	Tarifpost	
u	und	<u>U</u>
ua	und andere, unter anderem	
udgl	und dergleichen	
UGB	Unternehmensgesetzbuch dRGBL 1897/219 idgF	
UrhG	Urheberrechtsgesetz BGBl 1936/111 idgF	

usw	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb BGBl 1984/448 idgF
V	
Vergabekoordinierungs-RL	Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Baufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
W	
WAC	Wolfsberger Athletiksport Club
WÄG	Wohnrechtsänderungsgesetz
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter [Jahr, Seite]
WEG 1975	Wohnungseigentumsgesetz 1975 BGBl 1975/417
WettbG	Wettbewerbsgesetz BGBl I 2002/62 idgF
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
WM	Wertpapiermitteilungen [Jahr, Seite]
wobl	Wohnrechtliche Blätter [Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer]
WR	Wiener Richter (Wiener Richterin), Informationsorgan der Sektion Wien der Vereinigung der österreichischen Richter [Nummer]
WRG	Wasserrechtsgesetz BGBl 1959/215 idgF
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis [Jahr, Seite]
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb [Jahr, Seite]
WWG	Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz BGBl 1948/130
Z	
Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell [Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer]
zB	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht [Jahr, Seite]
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung [Jahr, Seite]
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung [Jahr, Seite]
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz [Jahr, Seite bzw Jahr/Nummer]
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht [Nummer, Jahr, Seite]
ZPMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention

ZPO	(Österreichische) Zivilprozessordnung RGBl 1895/113 idgF
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht [Jahr, Seite]
zust	zustimmend
ZustG	Zustellgesetz BGBl 1982/200 idgF
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht [Jahr, Seite]
ZVN	Zivilverfahrensnovelle
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess [Nummer, Jahr, Seite]
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess international [Nummer, Jahr, Seite]

**Kooperation und Geheimnisschutz
bei Beweisschwierigkeiten
im Zivilprozess**

Einleitung

Bereits die Urfassung der Zivilprozessordnung 1895 war vom damals wohl modernen Konzept der *gegenseitigen Unterstützung der Prozessparteien* geprägt. Aus der ZPO lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber eine allgemeine prozessuale Kooperationspflicht normiert hat, die nicht auf die Verteilung der Beweislast Rücksicht nimmt. Diese Pflicht wird daher gerade dann schlagend, wenn sich die beweisbelastete Partei in Behauptungs- oder Beweisnot befindet, die primär durch die Aufklärung oder Mitwirkung ihres Gegners beendet werden kann. Diese prozessuale Kooperationspflicht sollte nach der Intention von *Franz Klein* in Kombination mit der Stellung eines aktiven und ausforschenden Richters gewährleisten, dass sich die Sachentscheidung auf eine richtige und vollständige Tatsachengrundlage gründen kann. Dieses zeitlose Konzept ist im dritten Jahrtausend nach wie vor aktuell und für den österreichischen Zivilprozess weitgehend anerkannt. Das vom Prinzip der materiellen Wahrheitsforschung geprägte streitige Verfahren soll gerade auch dazu dienen, einer Beweisnot vorzubeugen, damit das materielle Recht im Prozess optimal umgesetzt werden kann. Bestehende (vor allem materiellrechtliche) Alternativen zur Verhinderung einer Beweisnot können den prozessualen Kooperationspflichten nicht die Legitimation absprechen.

Neben der dogmatischen Klärung strittiger oder offener Fragen zu prozessualen Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten stehen die Ausnahmen und Grenzen der Kooperationspflicht aus der Sicht des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen im Mittelpunkt der Arbeit. Auch die ZPO anerkennt Ausnahmen vom Grundsatz der Wahrheitsermittlung. Der verfassungs- und grundrechtliche Schutz eines Unternehmensgeheimnisses zwingt den Gesetzgeber zu den entsprechenden Regeln. Das gewählte Konzept ist freilich lückenhaft, weil es sich nur auf Teile des Beweisverfahrens bezieht und die prozessuale Aufklärung zum wechselseitigen Vorbringen nicht berücksichtigt. Zudem sind viele Normen stark von einer standardisierten gesetzlichen Interessensabwägung geprägt, die es der nicht beweisbelasteten Partei im Regelfall ermöglicht, ihre Mitwirkung bereits dann zu verweigern, wenn sie Trägerin eines Unternehmensgeheimnisses ist.

Die ZPO steht hier zum Teil in einem Spannungsverhältnis zu einem modernen Grundrechtsverständnis, wonach – im Sinne der Judikatur des EGMR und des EuGH – widerstreitende Grundrechtspositionen eine harmonische Lösung erfordern, die die gegenseitigen Interessen bestmöglich vereinen (*praktische Konkordanz*). Die Vorgaben der EMRK und des Unionsrechts postulieren eine

Verfahrensgestaltung, die den Parteien eine Kooperation im Fall von Unternehmensgeheimnissen zumutbar machen soll. Den widerstreitenden Informations- und Geheimhaltungsinteressen kann dabei mit einer *geschützten Verwertung* der Geheimnisse begegnet werden. Dieser Schutz muss gegenüber Dritten bestehen, worauf bei der Volksöffentlichkeit, der Akteneinsicht Dritter und bei der Aktenübersendung Rücksicht genommen werden muss. Bedeutender ist jedoch die Anforderung an den Schutz gegenüber dem Prozessgegner. Hier stellt sich die schwierige Frage, ob es dabei zu einer Einschränkung der Parteiöffentlichkeit kommen darf, gerade um das Geheimnis zu schützen *und* dem Beweisführer die Verwertung der erforderlichen Beweise zu sichern. Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erscheint das Konzept eines derartigen *in camera*-Verfahrens zumindest *prima vista* zweifelhaft.

Die in der wissenschaftlichen Diskussion dazu zahlreich eingebrachten Ansätze sind oft von denjenigen Materien beherrscht, bei denen sich die Fragen zur Geheimhaltungsproblematik und zur effektiven Rechtsdurchsetzung besonders stellen. Zu denken ist etwa an das kartellrechtliche Schadenersatzrecht, das Immaterialgüterrecht, an das Lauterkeitsrecht oder an arbeitsrechtliche Streitigkeiten.

Die Arbeit versteht sich als Beitrag, den Zusammenhang der Kooperationspflichten mit den Geheimhaltungsrechten herauszuarbeiten und dabei sowohl auf Fragen des rechtlichen Gehörs einzugehen als auch einen allgemeingültigen, von der jeweiligen materiellrechtlichen Materie unabhängigen Ansatz herauszuarbeiten, um eine Zersplitterung verfahrensrechtlicher Theorien nach Möglichkeit zu vermeiden.

□

§ 1 Grundlagen der prozessualen Kooperationspflichten

I. Allgemeines

A. Beweisnot als Ausgangssituation und Weichenstellung

Die Auseinandersetzung mit den Fragen zu Beweisproblemen und diversen Lösungsansätzen zur Überwindung eines Beweisnotstands¹ im Prozessrecht nimmt seit jeher einen zentralen Stellenwert in der wissenschaftlichen Diskussion² ein und ist Thema zahlreicher höchstgerichtlicher Entscheidungen.³ Das liegt wohl daran, dass hier die Verzahnung des materiellen Rechts mit dem Verfahrensrecht besonders deutlich wird, weil zu prüfen ist, wie die Beweislast, die nach überwiegender Auffassung dem materiellen Recht zugeordnet wird (vgl Rz 20 und 45), im Verfahren erfüllt werden kann. Im Prozess soll tunlichst vermieden werden, dass die Durchsetzung von materiellrechtlichen Ansprüchen (nur) an unverschuldeten Beweisschwierigkeiten des Berechtigten scheitert. Wird dabei richtig erkannt, dass aus der Verteilung des Beweisrisikos noch kein Recht der nicht beweisbelasteten Partei auf Untätigkeit folgt,⁴ werden im Zusammenhang mit oft als unbillig betrachteten Folgen der grundsätzlich als selbstverständlich vorausgesetzten Beweislastverteilung die sogenannten Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei virulent.⁵ Der hier zu prüfende Themenkomplex der *prozessualen Kooperationspflichten* ist dabei nur Teil einer umfassenderen Problematik

1

1 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 893. Synonym zum Beweisnotstand werden auch die Begriffe von »unverschuldeten Beweisschwierigkeiten« (vgl 1 Ob 254/99f; 6 Ob 198/10a; 4 Ob 182/15s; 2 Ob 35/16k) oder von einer »Beweisnot« (7 Ob 160/00f; 6 Ob 267/01k; 6 Ob 232/04t; 9 Ob 12/05p) verwendet (vgl auch *Prütting* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Beweislast³ § 8 Rz 2; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 26 FN 4; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 9 FN 38).

2 Nur beispielsweise sind hervorzuheben: *Arens*, ZZZ 96 (1983) 1; *Beckhaus*, Bewältigung; *Gomille*, Informationsproblem; *Heß*, Wahrheits- und Aufklärungspflicht; *von Hippel*, Wahrheitspflicht; *Katzenmeier*, JZ 2002, 533; *Klicka*, JBl 1992, 231; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung; *Kodek*, ÖJZ 2001, 281 und 334; *Lüderitz*, Ausforschungsverbot; *Olzen*, ZZZ 98 (1985) 403; *Peters*, Ausforschungsbe-
weis; *Peters*, ZZZ 82 (1969) 200; *Prölls*, Beweiserleichterungen; *Prütting*, Gegenwartsprobleme; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit; *Stürner*, Aufklärungspflicht; *Stürner*, ZZZ 98 (1985) 237; *Waterstraat*, ZZZ 118 (2005) 459.

3 Die Rechtsprechung hat zahlreiche Ansätze zur Überwindung eines Beweisnotstands entwickelt. Vgl dazu Rz 6.

4 *Stürner*, Aufklärungspflicht 6.

5 *Fleck*, Redlichkeitspflichten 216 f; *Morhard*, Erklärung 120 f.

(vgl Rz 6), wie eine Situation der Beweislosigkeit (*non liquet*), bei der dann die Beweislastregeln einsetzen (müssen),⁶ vermieden werden kann.

- 2 Die Diskussion um die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten⁷ der nicht beweisbelasteten Partei betrifft vor allem die Frage, ob die Parteien eines streitigen Verfahrens schon aufgrund prozessualer Bestimmungen dazu *verpflichtet* sind, den Gegner über rechtserhebliche Umstände aufzuklären und an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, oder ob sie dazu *berechtigt* sind, sich passiv zu verhalten. Plastisch ausgedrückt ist zu fragen, ob die nicht beweisbelastete Partei »ihrem Gegner das Material zum Sieg verschaffen muss, wenn dieser nicht schon von sich aus darüber verfügt«,⁸ sie damit »die Sache des Gegners betreiben muss«⁹ bzw gezwungen werden kann, »gegen ihr eigenes Fleisch zu wüten«,¹⁰ oder ob sie unter Anwendung des Diktums *nemo contra se edere tenetur*¹¹ mit verschränkten Armen mit einer für sie günstigen *non liquet*-Situation liebäugeln bzw sich der »Verlockung«¹² hingeben darf,¹³ zuzusehen, wie der Beweisführer »angesichts des Ufers ertrinkt«¹⁴ bzw »verblutet«.¹⁵

6 RIS-Justiz RS0039903; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 817.

7 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 329 ff; *Klicka*, JBl 1992, 231; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 165; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit passim jeweils mwN.

8 Eine solche Pflicht verneinend: BGH NJW 1958, 1491, 1492; BGH NJW 1990, 3151 = ZJP 104 (1991), 203 [abl *Stürmer*]; BGH NJW 1997, 128; BGH NJW 2000, 1108; BGH NJW 2007, 155; *Lüke*, JuS 1986, 2 f; *Musielak* in FG-BGH 197 [»als Grundsatz«]; *Prütting*, Gegenwartsprobleme 137; *Winkler von Mohrenfels*, Informationspflichten 211 ff.

Dem *nemo tenetur*-Dogma gegenüber kritisch bzw ablehnend eingestellt: ua *Beckhaus*, Bewältigung 253 ff; *Brehm*, Bindung 83 (ohne eine allgemeine Aufklärungspflicht zu bejahen, lehnt er den *nemo tenetur*-Grundsatz als Begründung des von ihm bestrittenen Verbots des Ausforschungsbeweises ab); *Gottwald* in FS-Stürmer 303; dazu kritisch *Greger*, Kooperation 84 [»längst durchlöcherter Grundsatz ... eine Fehldeutung, hervorgerufen durch den Jhering'schen Kampfgedanken«]; *Lorenz*, ZJP 111 (1998) 42; *Peters* in FS-Schwab 408; *Stürmer* in FS-Stoll (2003) 700.

9 Gegen derartige allgemeine Pflichten, vgl zB *Arens*, ZJP 96 (1983) 18 [»Die prozessuale Aufklärungspflicht passt nicht in das System des geltenden Zivilprozessrechts«]; *Prütting*, Gegenwartsprobleme 137; *Prütting* in MünchKomm⁵ § 285 ZPO Rz 130; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR¹⁷ § 109 Rz 8; *G. Wagner*, JZ 2007, 707 [»Eine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht [...] existiert nicht«]; zweifelnd *Olzen*, ZJP 98 (1985) 424 f.

10 *Rüßmann*, Rechtsgeschäfte im Internet: Rechtswirksamkeit und Beweis (2001), <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=310>> (abgerufen im November 2019).

»Niemand muss etwas vorbringen, das gegen ihn spricht«.

11 *Klicka*, JBl 1992, 231.

13 Freilich hat der EuGH (E vom 10.11.1993, Rs C-60/92, *Otto BV/Postbank* Rn 21) bereits 1993 festgehalten, ein nationales Gericht sei gemeinschaftsrechtlich nicht gehalten, bei der Prüfung eines Antrags auf Anordnung einer vorgezogenen Zeugenvernehmung im Vorgriff auf einen Zivilprozess den Grundsatz anzuwenden, dass ein Unternehmen nicht zur Beantwortung von Fragen verpflichtet ist, wenn ihre Beantwortung das Eingeständnis einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsvorschriften beinhaltet. Siehe auch Rz 77. Ähnlich aus der Sicht von (vermeintlichen) Geheimhaltungsinteressen *Tilman/Schreibauer* in FS-Erdmann 907 [»Ein Interesse an der Geheimhaltung einer Patentverletzung als solcher kann nicht anerkannt werden.«]. Vgl auch 16 Ok 14/13 EvBl 2014/111 [Rittenauer], wonach es sich bei einem Wettbewerbsverstoß niemals um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handeln könne.

14 *Klein*, Pro futuro 37.

15 *Klein*, Pro futuro 39.

Unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten bzw eine *Beweisnot*, die die Kooperationspflicht der an sich nicht beweisbelasteten Partei begründen könnten, zeigen sich im Wesentlichen in zwei Fallgruppen. Es ist zwischen allfälligen Pflichten bei Informationsdefiziten der behauptungs- und beweispflichtigen Partei im Zusammenhang mit dem notwendigen Vorbringen einerseits bzw ihren Beweisanträgen¹⁶ und den Pflichten im eigentlichen Beweisverfahren andererseits zu unterscheiden.¹⁷

Zum einen sind daher jene Fälle gemeint, bei denen der beweisbelasteten Partei ein entsprechender Vortrag über das von ihr zu behauptende bzw nachzuweisende Tatsachensubstrat mangels (eigenen) Informationen ohne entsprechende Aufklärung der Gegenseite gar nicht möglich ist, wobei sich die entsprechenden Informationen »*tief in der Sphäre der Gegenpartei*«¹⁸ befinden bzw nur dieser zugänglich sind (dazu Rz 7f). Diesbezüglich bietet sich an, hier eine »Behauptungsnot« anzunehmen, wobei dieser Behauptungsnot die Substantiierungslast zugrunde liegt (vgl dazu Rz 100, 124 und 144).

Zum anderen kann der notwendige Beweis ungeachtet des Umstands, dass der Beweisführer in Kenntnis der relevanten Tatsachen ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten und Beweisanträge stellen kann, daran scheitern, dass der Gegner im Beweisverfahren die notwendige Mitwirkung verweigert, etwa weil er die relevanten Beweismitteln nicht vorlegt, wichtige Zeugen nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbindet, seine Parteienaussage oder den Zutritt zu einer Örtlichkeit verweigert oder nicht mit dem Sachverständigen zusammenarbeitet. Im ersten Fall spricht man von den *prozessualen Aufklärungspflichten* (auch *Auskunftspflichten*), im anderen Fall von *Mitwirkungspflichten im Beweisverfahren*. Es erscheint praktikabel, als Überbegriff *prozessuale Kooperationspflichten* zu verwenden, wenn geprüft wird, ob die Ausgangssituation *Beweisnot versus Beweisnähe* (vgl Rz 7f) damit bewältigt werden kann.

16 Nicht geteilt wird hier die Terminologie von *Riss* (Gemeinschaftlichkeit 5 FN 21), der wegen der durch die ZVN 2002 erfolgten Aufhebung des Beweisbeschlusses (§ 277 ZPO aF) nicht von *Beweisantrag*, sondern nur von *Beweisanbot* spricht. Das wird zwar vom Wortlaut der §§ 44, 48, 182, 209, 210, 273, 275 und 275 ZPO gedeckt (vgl auch §§ 239, 257 ZPO). Dessen ungeachtet handelt es sich beim Beweisanbot einer Partei *auch* um einen Antrag, dem faktisch zu entsprechen ist (in diesem Fall wird der Beweis zugelassen, vgl § 193 ZPO) oder dessen Aufnahme »zurückzuweisen« ist (vgl §§ 275 Abs 1 ZPO, 291 ZPO; vgl auch § 417 Abs 3 ZPO: »jene Beweise, deren Benutzung [...] nicht gestattet wurde«). Aus der Verwendung des Ausdrucks »Beweisanbot« udgl ist zu erschließen, dass das Gesetz an jene Beweismittel denkt, die sich in der Sphäre des »Anbietenden« (Antragstellers) befinden, etwa wenn es um die Vorlage von Urkunden oder Augenscheinsgegenständen geht. Hingegen spricht das Gesetz offensichtlich dann ausdrücklich von Anträgen auf Beweisaufnahme, wenn es der Mitwirkung durch die Gegenpartei bzw des Richters bedarf (vgl §§ 303, 308, 368, 371 ZPO). Gerade hier kommt es darauf an! In der Judikatur ist der Begriff »Beweisantrag« jedenfalls nach wie vor weit verbreitet und wird beispielsweise auch vom OGH häufig verwendet, vgl etwa jüngst 18 OCg 2/16t; 1 Ob 121/16z; RIS-Justiz RS0039882.

17 Eine ähnliche Abgrenzung wählen *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 360) und *Peters* (in FS-Schwab 400).

18 RIS-Justiz RS0013491; 6 Ob 20/15g.

Hier wird nicht übersehen, dass bereits die Verwendung der Begriffe *Pflicht*, *Obliegenheit* oder *Last* Rückschlüsse auf das konkrete Verständnis bzw den Inhalt und den Umfang der entsprechenden Vorschriften haben kann.¹⁹ Nach verbreiteter Ansicht bietet es sich an, hier von einer bloßen *Obliegenheit* zu sprechen, dh von einem rechtlich erwünschten und gesollten Verhalten, dessen Nichtsetzung mit widrigen Folgen für den Adressaten der betreffenden Norm verbunden ist.²⁰ Allerdings gehen die hier vertretenen Folgen verweigerter Kooperation über das Tragen jener widrigen Folgen hinaus, von denen ein Verstoß gegen eine Obliegenheit gekennzeichnet ist. Zudem bleiben bei einer Obliegenheit die Anforderungen an konkrete Handlungen im Hintergrund. Insoweit mit dem Begriff *Last* bereits *per se* eine Umkehr der Beweislastverteilung verbunden ist,²¹ erscheint die Verwendung dieses Begriffs nicht geglückt, zumal eine Auswirkung auf die Beweislastverteilung als Folge mangelnder Mitwirkung bzw Aufklärung abzulehnen ist (dazu Rz 41 ff). Dem Ausdruck »Aufklärungspflicht« oder »Mitwirkungspflicht« könnte man schließlich *prima vista* entgegenhalten, dass diese Pflichten im Rahmen des entsprechenden Prozesses gegen die passive Partei nicht zwangsweise durchgesetzt werden können.²² Es wäre aber falsch, deshalb nur bloße *Ordnungsvorschriften* ohne jegliche Folgen für den Prozess anzunehmen, zumal eine Verletzung in der freien Verhandlungs- bzw Beweiswürdigung nach § 272 ZPO berücksichtigt werden kann, worauf noch einzugehen sein wird. Nach den überzeugenden Argumenten von *Lent* muss bei einer Pflicht aber gerade keine *zwangsweise durchsetzbare* Sanktion vorliegen,²³ weshalb es geboten ist, hier von einer echten Rechtspflicht zu sprechen.²⁴ Entscheidend ist, dass die nicht beweisbelastete Partei gegenüber dem Beweisgegner angehalten ist, aufzuklären und mitzuwirken. Wenn im Folgenden der sich bei der prozessualen Aufklärung und Mitwirkung weitgehend eingebürgerte²⁵ Begriff *Pflicht* verwendet wird, geschieht dies in erster Linie nicht mit Blick auf eine allfällige (zwangsweise durchsetzbare) Sanktion, sondern darauf, dass überhaupt eine Sollensanforderung besteht. Daneben erscheint das Vorliegen einer *Pflicht* hier deshalb angebracht, weil ihr ein damit korrespondierendes *Recht* des Beweisführers gegenübersteht. Das von wechselseitigen Rechten und Pflichten geprägte Prozessrechtsverhältnis kommt damit gut zum Ausdruck.

6 Die Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei²⁶ ist gewiss nicht der einzige Weg, um eine Partei vor einer Beweisnot zu bewahren. Spezielle gesetzliche *Beweislast-*

19 Ausführlich *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 329.

20 *Brenn* in *Fasching/Konecny*³ § 178 ZPO Rz 26; *Oberhammer*, Richtermacht 70 f; *Oberhammer*, Richterliche Gewalt 233.

21 IdS *Stürner* (ZZP 98 [1985] 239 und 243), der von der Sanktion bei einer verweigerter Mitwirkung auf die Rechtsnatur der Gebundenheit einer nicht beweisbelasteten Partei – Last oder Pflicht – schließt. Zust *Henckel*, ZZP 92 (1979) 105.

22 Vgl *Fasching*, Lehrbuch² Rz 876 zur Behauptungslast.

23 *Lent*, ZZP 67 (1954) 348 ff.

24 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 330 f; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 103 ff mwN; *Stürner*, Aufklärungspflicht 81 f; aA *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 304 ZPO Rz 1, der unter Berufung auf *Dilcher* (AcP 158 [1958] 476) im Bereich der Urkundenvorlage von einer Vorlegungs*last* spricht.

25 Vgl auch ausführlich *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 103 ff, der von einer echten Pflicht ausgeht.

26 Eine solche Pflicht bei Beweisnot anerkennend: RIS-Justiz RS0037797 (T6, T49, T50), RS0005318, RS0040249 (T1).

regeln²⁷ und die damit eng verwandten *gesetzlichen Vermutungen*²⁸ trachten danach, im Verfahren den Beweisnotstand als Hindernis für die Durchsetzung berechtigter Ansprüche auszuschalten.²⁹ Weiters sieht § 273 ZPO in (bestimmten) Bereichen der Unmöglichkeit der Beweisführung vor, diese durch die *richterliche Schätzung* zu substituieren.³⁰ Darüber hinaus bieten Lehre und vor allem Rechtsprechung weitere Ansätze für den Umgang mit unverschuldeter Beweisnot an. Dabei ist vor allem an die Anerkennung des *Anscheinsbeweises* zu denken.³¹ Fallweise argumentiert die österreichische Judikatur mit dem durch die deutsche Rechtsprechung³² und Lehre³³ geprägten Begriff der *tatsächlichen Vermutung*.³⁴ In zahlreichen Entscheidungen

27 Insb § 1 Abs 5 UWG.

28 Vgl etwa die *Tatsachenvermutungen* der §§ 518, 1110, 1297, 1427 ff ABGB oder §§ 10, 11 TEG und die sog *Rechtsvermutungen* der §§ 148, 323, 328, 724, 926, 1029 f, 1224, 1296, 1428, 1430 ABGB. Zur Unterscheidung näher *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 270 ZPO Rz 2 ff.

29 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 893.

30 Die Rechtsprechung nimmt auch hier auf die Beweisnot Bezug, zB RIS-Justiz RS0047430 (T2).

31 RIS-Justiz RS0114138, RS0106890 (T14, T24), RS0043249 (T1), RS0077168, RS0086050 (T10, T19), RS0022900 (T34), RS0106890 (T1, T3), RS0071359, RS0040281 (T4).

32 BGH IX ZR 73/93 DStR 1994, 227; BGH IX ZR 6/06 NJW 2009, 1591; BGH I ZR 154/15 GRUR 2017, 386.

33 Vgl zB dazu *Baumgärtel* in FS-Schwab 43; *Prütting*, Gegenwartsprobleme 50 ff.

34 Vgl zB RIS-Justiz RS0084007, RS0040212, RS0078420, RS0071762. Wie in Deutschland verbergen sich unter diesem Etikett aber ganz verschiedene Mittel zur Beseitigung von Beweisschwierigkeiten (*Prütting*, Gegenwartsprobleme 50 ff). Teilweise vertritt die Rechtsprechung, dass es hier zu einer an den Anscheinsbeweis erinnernden Beweiserleichterung kommt. In anderen Fällen wird eine Beweislastumkehr als Folge der tatsächlichen Vermutung favorisiert. Dieses Phänomen hat in Österreich bislang nicht als eigenständiges Instrument Beachtung gefunden (*Bienert-Nießl*, Auskunftsspflichten 318).

Beispiele: Verfügt etwa eine Verwertungsgesellschaft über die Rechte an nahezu dem gesamten Weltrepertoire, kann sich diese nach der an die deutsche Rechtsprechung angelehnten (vgl die Vermutung für die GEMA: BGH GRUR 1961, 97; GRUR 1977, 42; BGHZ 95, 284) Ansicht des OGH in einem Urheberrechtsstreit gegen einen Veranstalter, der ohne Bewilligung moderne Tanzmusik und Unterhaltungsmusik aufgeführt hat, mit der im Rahmen des Anscheinsbeweises geforderten Wahrscheinlichkeit darauf berufen, dass der Veranstalter in ihre Rechte eingegriffen hat (sog »AKM-Vermutung«). Dem Veranstalter stehe es selbstverständlich frei, durch Aufzeigen der ernstzunehmenden Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes – etwa der Aufführung ausschließlich ungeschützter Musik – den Beweis des ersten Anscheins zu entkräften (RIS-Justiz RS0077248). Der OGH betrachtet diese Konstellation als Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises und führt hier trotz Verwendung des in Deutschland geprägten Begriffes der »tatsächlichen Vermutung« kein eigenes richterrechtliches Instrument zur Überwindung von Beweisproblemen ein. Im Bereich der subjektiven Wettbewerbsabsicht nach dem UWG geht der OGH davon aus, dass diese aufgrund der Lebenserfahrung bereits dann zu vermuten sei, wenn die objektiven Tatbestandsmerkmale des wettbewerblchen Charakters der Handlung und des Wettbewerbsverhältnisses erfüllt sind (4 Ob 181/12i; RIS-Justiz RS0077686). Der Beklagte müsse aufgrund dieser Vermutung in der Folge »das Gegenteil beweisen« (4 Ob 36/91, hingegen nur für den Gegenbeweis: 4 Ob 40/89), es treffe ihn der Entlastungsbeweis (4 Ob 49/95 SZ 68/177; RIS-Justiz RS0077686 [T17]; 4 Ob 18/06k). Die Rechtsprechung nimmt hier somit eine Beweislastumkehr an. Hinzuweisen ist freilich darauf, dass das Erfordernis der subjektiven Wettbewerbsabsicht durch die UWG-Novelle 2007 stark zurückgedrängt wurde und in den Bereichen der in §§ 1, 1a, 2 und 2a UWG nicht mehr erforderlich ist, während §§ 4, 7, 10, 11, 12 UWG sie nach wie vor fordern (*Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*² § 16 UWG Rz 7).

werden aus der sog *Nähe zum Beweis* bei einer Beweisnot Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr abgeleitet;³⁵ dazu ausführlich Rz 26 ff. Auch im Zusammenhang mit dem Ausforschungsbeweis (dazu unten Rz 139 ff),³⁶ der Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln³⁷ und in anderen Bereichen³⁸ hat die Rechtsprechung die Überwindung der Beweisnot vor Augen. Das Gesetz ergänzt diese »*innerprozessualen*«³⁹ Maßnahmen mit einem Bündel von außer- bzw vorprozessualen Möglichkeiten, die eine Partei hat, um einem Beweisnotstand im Prozess vorzubeugen. Zu erwähnen sind dabei *materiellrechtliche Informationsrechte*⁴⁰ aber auch verfahrensrechtliche Instrumente wie das *Beweissicherungsverfahren*,⁴¹ *einstweilige Verfügungen* zur Sicherung von Beweisen,⁴² die *Akteneinsicht* als Dritter nach § 219 Abs 2 ZPO⁴³ oder die *Feststellungsklage* zum Zweck der Vorbeugung von Beweisschwierigkeiten.⁴⁴

7 Die Untersuchung beschränkt sich im Wesentlichen auf jene Fälle der Beweisnot, die durch die innerprozessuale Aufklärung bzw Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei überwunden werden könnten. *Ausgangssituation* ist dabei jene Konstellation, bei der es der an sich *beweisbelasteten* Partei schwer oder kaum möglich ist, ihrer Behauptungs- und Beweislast nachzukommen, weil sie außerhalb des von ihr zu behauptenden und nachzuweisenden Geschehensablaufs steht und

35 RIS-Justiz RS0039895 (T2, T4), RS0006261 (T10), RS0040182 (T4, T5, T8, T9, T10, T12, T13), RS0017240, RS0120302 (T1), RS0037797 (T19, T24), RS0005318 (T1), RS0005394, RS0011634, RS0078519, RS0039939 (T16, T33).

36 RIS-Justiz RS0040298.

37 RIS-Justiz RS0112710.

38 Siehe etwa die Beweiserleichterung des Versicherungsnehmers: RIS-Justiz RS0102499. Es genügt demnach, wenn dieser ein Mindestmaß an Tatsachen beweist, die das äußere Erscheinungsbild eines Versicherungsfalls bilden.

39 Riss, Gemeinschaftlichkeit 7 und 38.

40 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten passim; *Rassi*, *ecolex* 1999, 546 uva.

41 Gedacht ist dabei in erster Linie nicht an die Beweissicherung wegen eines drohenden Beweisverlustes (§ 384 Abs 1 ZPO), sondern vor allem an die Feststellung des gegenwärtigen Zustands einer Sache, was ein rechtliches Interesse des Antragstellers voraussetzt. Nach richtiger Ansicht kann das rechtliche Interesse dabei auch darin liegen, einen Prozess vorzubereiten (vgl *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 384 ZPO Rz 16), wobei der Umstand, dass durch die beantragte Beweisaufnahme auch Informationsdefizite des Antragstellers überwunden werden und die Beweissicherung insoweit »ausforschend« ist, noch nicht hinreicht, um einen Antrag deshalb abzuweisen (*Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 385 ZPO Rz 4). Das korrespondiert mit dem Umstand, dass das rechtliche Interesse für Feststellungsklagen bei (möglichen) Beweisschwierigkeiten anerkannt ist, vgl die Nachweise bei FN 44.

42 Siehe § 151b Abs 1 PatG 1970, § 56 und § 68g Abs 1 MSchG sowie § 87c Abs 1 UrhG.

43 Das rechtliche Interesse des Dritten auf Akteneinsicht kann mit der Vorbereitung eines Prozesses begründet werden, vgl Rz 666.

44 1 Ob 544/83 SZ 56/38 mwN; 1 Ob 155/97v; 3 Ob 227/05m; 8 ObA 23/06z; RIS-Justiz RS0038976 (T8, T25, T29, T35, T36), RS0018668 (T4), RS0018858 (T12), RS0040838, RS0039308, RS0039018 (T31), RS0038856; noch aA RIS-Justiz RS0039003; 1 Ob 381/51 SZ 24/273 (unter Berufung auf *Pollak*, ZPR² 12, *Neumann*, Kommentar⁴ II, 884 und GlUNF 3093); *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 228 ZPO Rz 9.

keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, wobei sie diese auch nicht mit gerichtlicher Unterstützung erlangen kann,⁴⁵ während dem *nicht beweisbelasteten* Gegner eine Aufklärung bzw Mitwirkung möglich und – bei ausreichender Wahrung von Geheimhaltungsinteressen und -pflichten – zumutbar ist.⁴⁶

Obwohl in der Rechtsprechung aus der oben beschriebenen Ausgangssituation durchaus unterschiedliche Folgen abgeleitet werden, umschreibt die Judikatur die Konstellation durchaus ähnlich oder gar gleichlautend. Den Fällen, bei denen der OGH wegen einer Beweisnot Aufklärungsbeiträge der an sich nicht beweisbelasteten Partei fordert oder eine Änderungen der Beweislastverteilung vertritt, liegt die Situation zugrunde, dass »Umstände beweisbedürftig sind, die allein in der Sphäre der nicht beweisbelasteten Partei liegen, nur letzterer bekannt sein können und daher auch nur durch sie beweisbar sind.«⁴⁷ Viele Entscheidungen des BGH gehen von der Konstellation aus, bei der »eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.«⁴⁸ Dazu hat der BGH, der eine prozessuale Aufklärungspflicht ablehnt, eine sog »sekundäre Darlegungslast«⁴⁹ bzw eine »Pflicht zum substantiierten Bestreiten« der anfänglich nicht beweisbelasteten Partei entwickelt. Dabei erscheint nicht nachvollziehbar, wie sich solche Lasten oder Pflichten von der vom BGH abgelehnten prozessualen Aufklärungspflicht unterscheiden.⁵⁰

Die so beschriebene Beweisnot hängt zwingend an der Frage, wer im Anlassfall »an sich«⁵¹ behauptungs- und beweispflichtig ist. Besteht hingegen mangels Beweislast gar keine Beweisnot, treten die Kooperationspflichten stark in den Hintergrund.

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Kooperationspflichten der *nicht beweisbelasteten* Partei zugunsten des Beweisführers, zumal die beweisbelastete Partei schon aus eigenem Antrieb eine aktive Rolle einnehmen und danach trachten wird, ihren Prozesssieg durch ausreichende Behauptungen und Beweisanbote sicherzustellen, um damit die sie treffenden Lasten »im eigenen Interesse«⁵² zu erfüllen. Die nicht beweisbelastete Partei kann schon mangels Beweislast nicht in Beweisnot geraten, sodass sich die hier behandelte Problematik, ob eine Prozesspartei zu Handlungen gehalten ist, die den Gegner im Verfahren unterstützen, nicht in der gleichen Schärfe stellt, wenn es um Kooperationshandlungen des Beweisführers

45 Bionert-Nießl, Auskunftspflichten 26 FN 4.

46 Vgl Gottwald, ZJP 92 (1979) 366 [Entscheidungsanm]; von Hippel, Wahrheitspflicht 306, 360 f, 374, uva.

47 RIS-Justiz RS0123919 (T1), RS0062591, RS0040182, RS0027129 (T5, T8), RS0040281 (T6).

48 BGH NJW 1961, 826; BGH NJW 1999, 579.

49 BGH NJW 1987, 1201; BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 1997, 128; BGH NJW 1999, 579 und 1404.

50 Dazu Rz 13.

51 9 Ob 91/09m; 8 ObA 71/09p.

52 Klicka, JBl 1992, 231.

zugunsten der nicht beweisbelasteten Partei geht. Dessen ungeachtet ist zu hinterfragen, ob sich für die beweisbelastete Partei das Problem einer über die Behauptungs- und Beweislast hinausgehenden Aufklärungspflicht tatsächlich »nicht stellt«⁵³ oder Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten »immer nur die nicht beweisbelastete Partei treffen«⁵⁴ oder sich »die Normierung von Mitwirkungspflichten für die beweisbelastete Partei erübrigt«.⁵⁵ Auch für den Beweisführer gelten die hier entwickelten Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten, zumal das Gesetz bei der gegenseitigen Kooperation eben gerade nicht auf die Beweislast abstellt. Wie die Praxis zeigt, trachtet der nicht beweisbelastete Gegner in der Regel danach, die Behauptungen des Beweisführers aktiv zu widerlegen und das Gegenteil zu beweisen, dies ungeachtet des Umstands, dass er aus einem *non liquet* keine nachteiligen Folgen zu befürchten hat. In den meisten Fällen wird nämlich der Gegner des Beweisbelasteten durchaus motiviert sein, seinen Prozesssieg aktiv herbeizuführen und zu Feststellungen in seinem Sinn beizutragen, zumal die Beweislastregeln vorweg nicht immer leicht zu durchschauen sind und oft erst in dritter Instanz geklärt wird, wen die objektive Beweislast trifft.⁵⁶ Stürmer hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die nicht beweisbelastete Partei »das Risiko der Aufklärbarkeit« trifft, das auch davon abhängt, ob diese Partei Gegenbehauptungen aufstellen und Gegenbeweismittel beibringen kann.⁵⁷

- 10 Kooperationspflichten werden im Wesentlichen nur dann schlagend, wenn zur Beweisnot der einen Partei der Umstand hinzu tritt, dass der nicht beweisbelastete Gegner Kenntnis von den Umständen hat bzw er über den Zugang zu Beweismitteln verfügt, die den Standpunkt des Beweisführers stützen könnten und ihm eine Kooperation (durch Aufklärung, Mitwirkung) zumutbar ist.⁵⁸ Schranken für die Zumutbarkeit können gegenläufige Interessen, vor allem aus dem Gesichtspunkt geschützter Geheimnisse sein. Die Kernproblematik der Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht liegt somit in aller Regel dann vor, wenn die an sich behauptungs- und beweisbelastete Partei an Substantiierungs- und Beweisschwierigkeiten zu scheitern droht, während ihrem Gegner eine Aufklärung bzw Mitwirkung relativ leicht möglich und zumutbar wäre.⁵⁹ Damit sichert die prozessuale Kooperation das Prinzip der Waffengleichheit und ein faires Verfahren, würde es doch in Spannung zu diesen prozessualen Grundrechten stehen, wenn die Rechtsdurchsetzung davon abhängt, in wessen Sphäre sich jenes Wissen und Beweismittel befinden, die notwendig sind, um das materielle Recht im Verfahren zum Durchbruch zu bringen.⁶⁰

53 *Klicka*, JBl 1992, 231.

54 *Fleck*, Redlichkeitspflichten 217.

55 *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 254 FN 39.

56 Es ist daher nicht zwingend davon auszugehen, dass die nicht beweisbelastete Partei »die Nerven behält und weiter die Mitwirkung verweigert«; idS aber *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190.

57 *Stürmer*, Aufklärungspflicht 8.

58 Vgl *Gottwald*, ZZP 92 (1979) 366 [Entscheidungsanm]; *von Hippel*, Wahrheitspflicht 306, 360 f, 374; *Morhard*, Erklärung 135 ff uva.

59 *Klicka*, JBl 1992, 234.

60 *Haedicke* in FS-Schricker 24; *Stürmer*, ZZP 104 (1991) 216 [Entscheidungsanm].

Aus dem Umstand, dass die Beweisnot einer der Parteien durch die Bejahung einer wechselseitigen Kooperationspflicht überwunden oder zumindest abgeschwächt werden kann, darf im Umkehrschluss allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass es ohne Beweisnot keine Kooperationspflicht gibt. Das Gesetz macht die Kooperationspflicht vielmehr nicht von Beweisschwierigkeiten abhängig. Ebenso wenig lässt sich aus dem Gesetz ableiten, dass bei der konkreten Ausgestaltung der wechselseitigen Kooperationspflichten danach zu differenzieren ist, ob eine Beweisnot vorliegt oder nicht. Die prozessuale Kooperation ist umfassend angelegt, sie soll nicht nur die eigene Beweisnot überwinden helfen, sondern dient auch dazu, das gegnerische Vorbringen und Beweisanbot zu überprüfen. Daneben liegen der Kooperationspflicht verfahrensökonomische und verfahrensbeschleunigende Aspekte zugrunde. Sie kann etwa helfen, dass der Rechercheaufwand einer Partei abgekürzt wird. Damit hat die prozessuale Kooperation mehrere Funktionen. Die Untersuchung beschränkt sich auf ihre Funktion im Zusammenhang mit der Beseitigung von Beweisschwierigkeiten.

B. Überblick Meinungsstand

Den Boden für eine Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der nicht behauptungs- und beweisbelasteten Partei in einer solchen Situation hat das deutsche Schrifttum und die daran anknüpfende Rechtsprechung bereitet. Zu erinnern ist an die grundlegenden Arbeiten von *Stürner*⁶¹ sowie an zahlreiche weitere Beiträge der deutschen Lehre.⁶² Die These von *Stürner* betrachtet als Wertungsbasis für eine Auskunftspflicht die deutsche Verfassung und den Zweck des Zivilprozesses.⁶³ Das Grundgesetz garantiere demnach ein auf Wahrheitsfindung gerichtetes Verfahren. Der Prüfung der wahren Rechtslage sei die Wahrheitsprüfung vorausgesetzt⁶⁴ und diese sei nur gewährleistet, wenn im Wesentlichen alle Aufklärungsmittel, einschließlich der Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei,⁶⁵ herangezogen werden könnten. Generelle Aufklärungspflichten dürften auf der Grundlage des Prozessrechtsverhältnisses entwickelt werden.⁶⁶ Die Bindung der Aufklärungspflicht an einen substantiierten Vortrag der beweisbelasteten Partei sei nur dann

11

61 Aufklärungspflicht; *Stürner*, ZZP 98 (1985) 237; zustimmend: *Henckel*, ZZP 92 (1979) 104ff; *Gottwald* spricht sich für eine allgemeine Aufklärungspflicht *de lege ferenda* aus; vgl *Gottwald*, Gutachten, A 15 ff.

62 *Arens*, ZZP 96 (1983) 1; *Gottwald*, ZZP 92 (1979) 366 [Entscheidungsanm]; *Gottwald*, Aufklärungspflicht 21; *von Hippel*, Wahrheitspflicht; *Lüderitz*, Ausforschungsverbot; *Lüke*, JuS 1986, 2 ff; *Peters*, Ausforschungsbeweis; *Peters*, ZZP 82 (1969) 200f; *Peters* in FS-Schwab 399; *Prütting*, Gegenwartsprobleme.

63 *Stürner*, Aufklärungspflicht 29; ähnlich *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 278.

64 *Stürner*, Aufklärungspflicht 43; zustimmend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 278.

65 *Stürner*, Aufklärungspflicht 56 [»Wahrheitsfindung ohne umfassende Aufklärungspflicht der nicht risikobelasteten Partei ist undenkbar«].

66 *Stürner*, Aufklärungspflicht 80.

zu rechtfertigen, wenn höherwertige Rechtsgüter dies erforderten.⁶⁷ Die Aufklärungspflicht sei prozessualer Natur,⁶⁸ die materiellrechtliche Lösung sei lückenhaft. Hergeleitet wird die Aufklärungspflicht von *Stürner* vor allem aus einer Rechtsanalogie zu einzelnen gesetzlich geregelten Fällen.⁶⁹

- 12 Die *Stürner'sche* Lehre fand zahlreiche Anhänger, die ähnlich argumentierten.⁷⁰ Dagegen wurden vielfältige Einwendungen erhoben.⁷¹ Als Vertreter der Gegenposition betont etwa *Arens*⁷² die Grundlage der Mitwirkungspflichten in den jeweiligen materiellrechtlichen Rechtsverhältnissen und bejaht die Beibehaltung indirekter Steuerungsmechanismen über Substantiierungslasten.⁷³ Eine allgemeine Mitwirkungs- oder Aufklärungspflicht passe nicht in das System der ZPO und verstoße gegen die Verhandlungsmaxime, was auch *Lüke* kritisiert hat.⁷⁴ *Prütting*,⁷⁵ der auf die materiellrechtlichen Sonderverbindungen der Parteien mit vielerlei Verpflichtungen zur Beratung, Information und Auskunft oder Aufklärung verweist, lehnt eine Analogie und damit eine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht ab. Es gehöre zum Wesen einer kontradiktorischen Verfahrensgestaltung, dass die nicht beweisbelastete Partei weder zur Sachverhaltsaufklärung beitragen muss noch Nachteile aus einem verbliebenen *non liquet* zu tragen hat.⁷⁶ »Keine Partei ist verpflichtet, bei der Ermittlung des Sachverhalts die Sache ihres Gegners zu betreiben.« Nach *Gottwald* liegt die Haltung, dass grundsätzlich niemand dem Gegner helfen muss, auf einer Linie mit dem strikten Schutz der Privatsphäre und dem Schutz von privaten und Geschäftsgeheimnissen im deutschen Zivilprozessrecht.⁷⁷ *Fleck*⁷⁸ hat gegen das methodologische Fundament der Konzeption von *Stürner* Bedenken vor allem bezüglich des Prozesszweckarguments und der Analogie angemeldet. Der fragwürdige Rekurs auf die fragile Basis eines Prozesszwecks mute als Umweg an, es würden sich Probleme der Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinausstellen.

67 *Stürner*, Aufklärungspflicht 47.

68 *Stürner*, Aufklärungspflicht 15.

69 §§ 138, 423, 445, 448, 372a, 656 aF dZPO; *Stürner*, Aufklärungspflicht 92.

70 *Katzenmeier*, JZ 2002, 539; *J. Lang*, Aufklärungspflicht 93 ff, 265 f; *Morhard*, Erklärung 121, 126 ff; *Peters* in FS-Schwab 407; *Schlosser*, JZ 1991, 607 f; *Stadler*, Schutz 80 ff; *Stadler* in *Musielak/Voit*⁶⁶ § 138 ZPO Rz 11; *Waterstraat*, ZZP 118 (2005) 459.

71 Vgl etwa *Arens*, ZZP 96 (1983) 13 ff; *Gottwald*, ZZP 92 (1979) 366 f [Entscheidungsanm]; *Fleck*, Redlichkeitspflichten 217 ff; *Laumen* in *Prütting/Gehrlein*⁹ § 286 ZPO Rz 88; *Lüke*, JuS 1986, 3; *Prütting*, Gegenwartsprobleme 138; *Prütting* in FS-Nemeth 705 f; *Prütting* in *Prütting/Gehrlein*⁹ § 138 ZPO Rz 20; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR¹⁷ § 109 Rz 8.

72 *Arens*, ZZP 96 (1983) 13 ff.

73 Siehe die Kurzzusammenfassung von *Ahrens*, Beweis, Kap 7 Rz 13.

74 *Lüke*, JuS 1986, 3.

75 Gegenwartsprobleme 137 ff; *Prütting* in MünchKomm⁵ 286 ZPO Rz 130.

76 *Prütting*, Gegenwartsprobleme 137 ff.

77 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR¹⁷ § 109 Rz 8. Allerdings spricht sich *Gottwald* für eine allgemeine Aufklärungspflicht *de lege ferenda* aus; vgl *Gottwald*, Gutachten, A 15 ff.

78 Redlichkeitspflichten 217 ff.

Bereits vor den Thesen *Stürners* war die Ansicht verbreitet, dass dem *nemo tenetur*-Grundsatz wegen des Wesens des Verhandlungsgrundsatzes und des kontradiktorischen Charakters des Zivilprozesses der Vorrang gegenüber der Wahrheitspflicht zukomme.⁷⁹

Den Gegnern der Lehre von *Stürner* ist aus der Sicht des deutschen Zivilprozessrechts zuzugestehen, dass die gewählte Analogiebasis in der Tat schmal ist. Die dZPO ist, verglichen mit anderen Prozessordnungen, eher zurückhaltend dabei, die nicht beweisbelastete Partei zur Aufklärung bzw Mitwirkung heranzuziehen.⁸⁰ »Für Mitwirkungspflichten der Parteien bietet das deutsche Verfahrensrecht dementsprechend nur einen eher tristen Lebensraum.«⁸¹ Insb enthält die dZPO kein explizites Fragerecht iSd § 184 ZPO.⁸² Allerdings führen die angebotenen Gegenkonzepte oft zu ähnlichen Ergebnissen. Der BGH lehnt wohl eine – über die anerkannten Fälle einer Pflicht zum substantiierten Bestreiten hinausgehende – »allgemeine Aufklärungspflicht« der nicht behauptungs- und beweisbelasteten Partei ab.⁸³ Gleichzeitig erlegt der BGH dem Gegner der primär nicht behauptungs- und beweisbelasteten Partei »allerdings eine gewisse (sekundäre) Behauptungslast auf, nämlich vor allem dann, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.«⁸⁴ Zutreffend weist hier *Stürner* darauf hin, dass der exakte Unterschied dieser Definition zu der von ihm herausgearbeiteten Aufklärungspflicht unklar ist.⁸⁵ Das Gesagte gilt für andere dogmatische Erklärungsversuche, etwa das Heranziehen des Instituts der *Beweisvereitelung*, vgl dazu Rz 188 ff. *Schlosser* hat in diesem Zusammenhang illustrativ ausgeführt: »Es lässt sich nicht darüber hinwegsehen, dass unser Zivilprozessrecht im Bereich der Sachverhaltsermittlung von einem undurchdringlichen Wildwuchs verschiedenartiger Pflanzen geprägt ist, die sich ständig neu kreuzen und quer durchdringen.«⁸⁶

13

79 Grunsky, Grundlagen 182; Sauer, Prozessrechtslehre 176. Dazu auch Gomille, Informationsproblem 37.

80 Vgl etwa Prütting in FS-Nemeth 703 [»relativ vorsichtig«]; Stadler in FS-Beys 1626 f; *Stürner* in FS-Stoll 699; siehe auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 339.

81 Riss, Gemeinschaftlichkeit 90.

82 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 339 [»bemerkenswert«]. Missverständlich Riss, Gemeinschaftlichkeit 214, der sich beim Referat der Rechtsansicht von *Stürner* auf § 184 ZPO bezieht.

83 BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 2007, 155.

84 BGH NJW 1983, 687; BGH NJW 1987, 1201; BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 1993, 1010; BGH 1995, 3311; BGH NJW 1997, 128; BGH NJW 1999, 714.

85 *Stürner*, ZZP 104 (1991) 208 [Entscheidungsanm]; idS *Beckhaus*, Bewältigung 299 oder *Schlosser*, JZ 1991, 599 und 604. Vgl auch Greger, Kooperation 84 [»Der vom BGH immer wieder (pro forma) hoch gehaltene, in Wahrheit durch die sekundäre Behauptungslast längst durchlöcherter Grundsatz, dass keine Partei verpflichtet ist, dem Gegner das Material zum Prozesssieg zu verschaffen, ist der ZPO nicht zu entnehmen.«].

86 *Schlosser*, JZ 1991, 599.

- 14 Neuen Schwung hat die Auseinandersetzung mit der geschilderten Problematik durch die deutsche Zivilprozessrechtsreform aus dem Jahre 2002 erfahren.⁸⁷ Diese Reform hatte bekanntlich das Ziel, die Sachverhaltsaufklärung in der ersten Instanz zu verbessern und so die Richtigkeitsgewähr und Akzeptanz des Urteils durch die Parteien zu erhöhen.⁸⁸ Die damit verbundene Änderung der Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten von Parteien, insb die neue Fassung des § 142 dZPO, wonach die Urkundenvorlage auch gegenüber der nicht beweisbelasteten Partei angeordnet werden kann, die sich nicht auf die Urkunde bezogen hat, hat zu grundsätzlicher Kritik geführt.⁸⁹ Dabei wurde etwa kritisch hinterfragt, ob der Grundsatz der Parteienherrschaft über den Tatsachenstoff in bedenklichem Maß zugunsten einer *amtswegigen Sachverhaltsaufklärung* zurückgedrängt wird. Zum Teil wird deshalb für eine einschränkende Auslegung der neuen Bestimmung plädiert.⁹⁰ Es wurde sogar erörtert,⁹¹ ob sich der deutsche Zivilprozess damit so gesehen dem angloamerikanischen Rechtskreis mit seinem Institut der *discovery* annähert.⁹²
- 15 Während die Diskussion in Deutschland und »*die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne*«,⁹³ noch kein Ende gefunden hat, bietet die österreichische ZPO bereits seit ihrer Stammfassung eine ausreichende normative Basis für die von *Stürner* befürwortete prozessuale Aufklärungspflicht. Darauf haben in Österreich unter anderem *Kralik*,⁹⁴ *Klicka*,⁹⁵ *Bienert-Nießl*,⁹⁶ *Rechberger*,⁹⁷ der *Verfasser*,⁹⁸ *Brenn*⁹⁹ und zuletzt *Riss*¹⁰⁰ hingewiesen. Die dabei vertretenen Ansätze nehmen im Ergebnis Anleihe an der Lehre *Stürners*, betonen aber besonders die *materielle*

87 *Stadler* in FS-Beys 1625; *Prütting* in FS-Nemeth 703.

88 *Stadler* in FS-Beys 1625.

89 *Prütting* in FS-Nemeth 712 [»nicht systemkonform«]; *S. Lang*, Urkundenvorlagepflichten, passim.

90 *S. Lang*, Urkundenvorlagepflicht passim; ähnlich auch *Prütting* in FS-Nemeth 712.

91 *Lüpke/Müller*, NZI 2002, 588.

92 Im amerikanischen Zivilprozess spielt das Ausforschungsbeweisverfahren – trotz bereits durchgeführter Änderungen – eine bedeutsame Rolle. Unter der Bezeichnung *discovery* verpflichtet dieser Verfahrensabschnitt die Parteien, sich gegenseitig angeforderte Unterlagen auszuhändigen, sich der Vernehmung durch die Anwälte der Gegenseite zu stellen und auf schriftliche Fragenkataloge schriftliche Antworten vorzulegen. Dritte, beispielsweise Zeugen, Sachverständige und Gutachter, können mit dem Zwangsmittel der *subpoena* zur Mitwirkung bei der *discovery* verpflichtet werden. Die Sonderform der *subpoena duces tecum* verpflichtet die angesprochene Person, den Parteien Unterlagen zu überlassen. Vgl zur *discovery* etwa: *Gomille*, Informationsproblem 117 ff; *Gottwald*, Aufklärungspflicht 22 ff; *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 41.

93 Vgl *Schlosser*, JZ 1991, 599.

94 ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm]; *Kralik* in FB Franz Klein 92.

95 JBl 1992, 232 ff.

96 Auskunftspflichten 339 ff.

97 In *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 3.

98 *Rassi*, ZZP 121 (2008) 187 ff; *Rassi* in FS-Simotta 450; *Rassi* in FS-Delle Karth 777; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 184 ZPO Rz 3.

99 In *Fasching/Konecny*³ § 178 ZPO Rz 26.

100 Gemeinschaftlichkeit 8 ff.

*Wahrheitsfindung*¹⁰¹ und die (im Vergleich zu Deutschland ausgeprägteren) normativen Stützen. Es ist weitgehend anerkannt, dass die Parteien bereits vor Durchführung eines Beweisverfahrens dem jeweiligen Gegner Auskünfte über Umstände zu erteilen haben, über die dieser behauptungs- und beweislasterpflichtig ist (vgl §§ 184 iVm 178, 182 ZPO). Weiters ist über die Existenz von Beweismitteln aufzuklären. Im eigentlichen Beweisverfahren besteht grundsätzlich eine allgemeine Mitwirkungspflicht zur Nutzbarmachung aller Beweismittel.¹⁰²

Kritische oder relativierende Haltungen zu einer allgemeinen Kooperationspflicht sind in der Minderheit. *Fasching* verneint, dass aus den Vorschriften der ZPO eine – über bestimmte Sonderregelungen hinausgehende – allgemeine Mitwirkungspflicht der nicht beweibelasteten Partei abgeleitet werden könne.¹⁰³ Allerdings geht *Fasching* davon aus, dass – in Anlehnung an die Beweisvereitelung – eine schikanösen Verweigerung des Gegners der beweibelasteten Partei zur Tatsachenfeststellung aktiv beizutragen, frei gewürdigt werden kann, wenn die richterliche Prozessleitung erfolglos blieb, wobei dem die Konstellation zugrunde liegt, dass die »starrformale Berufung einer Partei auf den Verhandlungsgrundsatz bewusst darauf gerichtet ist, die nur mit dem ihr allein zugänglichen Informationsmaterial mögliche Rechtsdurchsetzung des beweibelasteten Gegners zu vereiteln.«¹⁰⁴ *Deixler-Hübner* geht für das streitige Unterhaltsverfahren davon aus, dass »grundsätzlich keine Verpflichtung des Unterhaltsschuldners besteht, aktiv an der Feststellung seiner Einkommensverhältnisse mitzuwirken«. Sie schwächt diese Aussage freilich in der Folge ab, könne doch aus der Kooperationsmaxime, die im streitigen Verfahren vorherrscht, »eine gewisse Mitwirkungsverpflichtung [...] abgeleitet werden«. Bei einer eklatanten Verletzung dieser Pflicht »könnte sein Einkommen unter Umständen« nach freier richterlicher Würdigung geschätzt werden, was aber nur als ultima ratio in Betracht komme, »weil ein solches Vorgehen ja im Ergebnis zu einer nicht zulässigen Beweislastumkehr führt.«¹⁰⁵ Eine allgemeine Aufklärungspflicht (zumindest im Zusammenhang mit § 184 ZPO) lehnt nur *Schrage* strikt ab. Eine solche Pflicht sei nach materiellem Recht zu beurteilen, nicht aber aus § 184 ZPO ableitbar. Die Mitwirkungspflicht der Parteien habe keinesfalls so weit zu gehen, die Gegenseite zu unterstützen.¹⁰⁶

16

101 Auch in den Materialien wird im Zusammenhang mit Kooperationspflichten auf die Wahrheitsfindung Bezug genommen, vgl Rz 72.

102 Vgl die Ausführungen der in diesem Absatz erwähnten Autoren.

103 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 18.

104 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 18.

105 *Deixler-Hübner*, iFamZ 2016, 360.

106 *Schrage* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 184 ZPO Rz 4.

C. Resümee und Ausblick

- 17 Lehre und Rechtsprechung haben zahlreiche Modelle entwickelt, mit denen die Überwindung eines Beweisnotstands verhindert werden soll, damit berechnete materiellrechtliche Ansprüche nicht an (unverschuldeten) Behauptungs- und Beweisschwierigkeiten scheitern. Gegenstand der Untersuchung ist die in der Praxis weit verbreitete Konstellation, bei der es dem Beweisführer nicht oder kaum möglich ist, seiner Behauptungs- und Beweislast im Prozess nachzukommen, weil er außerhalb des von ihm zu behauptenden und nachzuweisenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während dem nicht beweisbelasteten Gegner eine Aufklärung bzw. Mitwirkung möglich und zumutbar ist. Nach einer in Deutschland strittigen, in Österreich im Wesentlichen aber anerkannten These stehen bei der Behebung einer derartigen Beweisnotprozessuale Kooperationspflichten im Vordergrund. Diese betreffen die erforderliche Aufklärung über prozesserhebliche Tatsachen und die Mitwirkung im Beweisverfahren. Dem werden der Grundsatz *nemo contra se edere tenetur* und alternative Konzepte zur Behebung einer Beweisnot entgegeng gehalten.
- 18 Nach zahlreichen Entscheidungen lässt sich aus einer *unverschuldeten Beweisnot* einer Partei bei *Beweisnähe* ihres Gegners bereits eine *Umkehr* oder *Abschwächung* der Beweislast ableiten. Eine Verschiebung der Beweislast macht aber die *an sich nicht* beweisbelastete Partei zur *nun* beweisbelasteten Partei, wodurch sich eine Auseinandersetzung mit dem Grundsatz *nemo contra se edere tenetur* erübrigen würde, weil die *nun* beweisbelastete Partei aus eigenem Interesse gehalten ist, der ihr auferlegten Beweislast nachzukommen. Es ist daher geboten, vor der näheren Auseinandersetzung mit den Kooperationspflichten und ihren Grenzen die Rechtsprechung zur Beweisnähe zu beleuchten. Liegt der von weiten Teilen der Judikatur auf Sphärengesichtspunkte gestützten Beweislastumkehr ein haltbares Konzept zugrunde, würde das in vielen Fällen einen Rückgriff auf die Kooperationspflichten der nicht beweisbelasteten Partei entbehrlich machen. Aus diesem Grund soll zunächst eine Auseinandersetzung mit jener Rechtsprechung erfolgen (dazu Rz 26 ff), die für die Ausgangssituation eine Beweislastumkehr für möglich hält.¹⁰⁷

107 Das wirkt sich naturgemäß auch auf den Umgang mit den Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei aus, die im Spannungsfeld zu prozessualen Kooperationspflichten (und auch im Fokus der Arbeit) stehen. Durch eine Beweislastumkehr würde sich die Frage nicht mehr stellen, ob es der *nicht beweisbelasteten* Partei schon wegen Geheimhaltungsinteressen unzumutbar ist, mit dem Gegner zu kooperieren, weil sie nunmehr die mit dem Beweis belastete Beweisführerin ist (ob aufgrund von Unternehmensgeheimnissen der beweisbelasteten Partei Adaptionen im Beweisverfahren angebracht sind, steht auf einem anderen Blatt; vgl dazu etwa die *Know-How-RL*).

Die Judikatur verneint allerdings in vielen Fällen eine Beweiserleichterung aus Sphärengesichtspunkten, wenn es der (an sich) nicht beweisbelasteten Partei wegen Geheimhaltungsinteressen nicht zumutbar ist, Auskünfte über die in ihrer Sphäre liegenden Umstände zu geben

Anschließend soll der dogmatische Hintergrund von prozessualer Kooperation unter Bedachtnahme auf tragende Prozessgrundsätze (Rz 67 ff) bzw den Prozesszweck der Wahrheitsermittlung (Rz 78 ff) geprüft sowie das normative Fundament der Kooperationspflichten (Rz 93 ff) beleuchtet werden. In der Folge wird untersucht, welchen Einfluss die Rolle des Richters auf prozessuale Kooperation zwischen den Parteien ausübt (Rz 119 ff). Dabei soll die Frage geklärt werden, inwieweit sich der Ausforschungsaspekt der Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten überhaupt mit dem System des streitigen Verfahrens und dem dort angeblich geltenden »Verbot des Ausforschungsbeweises« vereinbaren lässt (Rz 139 ff). Schließlich soll die Abgrenzung von prozessualer Kooperation zum Verbot der Beweisvereitelung (Rz 188) und zu den materiellrechtlichen Informationspflichten (Rz 194 ff) skizziert werden.

II. Ein fruchtbarer Irrtum: Beweislastumkehr bei Beweisnähe

A. Übersicht

Wie bereits erwähnt, bietet die Rechtsprechung bei der geschilderten Ausgangslage »*Beweisnot einer Partei versus Beweisnähe ihres Gegners*« kein geschlossenes Bild und hat eine Reihe von sogenannten Beweiserleichterungen entwickelt, die zum Teil im Widerspruch zu einer Kooperationspflicht stehen, zum Teil eine solche zwar voraussetzen, den Schwerpunkt allerdings auf die Verteilung der Beweislast legen. Von der Judikatur werden eher fallbezogene Beweiserleichterungen gewährt, wobei in vielen Entscheidungen ein »Unbehagen« mit den Beweisschwierigkeiten der behauptungs- und beweisbelasteten Partei durchklingt.¹⁰⁸ Das ist vor allem dann der Fall, wenn die Suche nach der Wahrheit und damit die materielle Gerechtigkeit an der Passivität des »beweisnäheren« Gegners scheitern soll, ohne dass sich dieser auf *überwiegende* gegenläufige Interessen stützen kann.¹⁰⁹ Dieses Unbehagen und das damit verbundene Streben nach Beseitigung von Beweisschwierigkeiten führen freilich zu dogmatisch fragwürdigen Ergebnissen. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob die Beweisnot einer Partei eine Abschwächung oder

19

(vgl Rz 27). In diesen Fällen erspart die Beweislastumkehr zwar eine Auseinandersetzung mit einer Kooperationspflicht, nicht aber mit der Frage, ob Geheimhaltungsinteressen der Überwindung der Beweisnot (im Wege der Beweislastumkehr) im Wege stehen.

108 Etwa wenn davon die Rede ist, die größere Beweisnähe oder unzumutbare Beweisschwierigkeiten können »aus Gründen der Billigkeit« zu einer Umkehr der Beweislastverteilung führen (10 Ob 4/12d).

109 Dazu auch *Stürner*, ZZP 98 (1985) 246.

gar Umkehr der Beweislastregeln im Anlassfall rechtfertigt.¹¹⁰ Die Figur der »Nähe zum Beweis« gehört – neben anderen Modellen, die die Rechtsprechung für den Fall von *Beweisschwierigkeiten* entwickelt hat, um der beweisbelasteten Partei die Durchsetzung oder Abwehr von materiellrechtlichen Ansprüchen zu ermöglichen (siehe Rz 6) – zu einem weit verbreiteten Modell, bei dem mit Modifikationen für die Beweislast argumentiert wird. Diesem Lösungsansatz steht das hier vertretene Gegenkonzept gegenüber, wonach die Beweisnot einer Partei nicht durch eine Verschiebung der Beweislast, sondern durch eine Kooperation mit der nichtbeweisbelasteten Partei überwunden oder zumindest abgeschwächt werden soll. Im Folgenden sollen die von der Rechtsprechung aus einer derartigen »Nähe zum Beweis« gezogenen verfahrensrechtlichen Schlüsse untersucht und dabei ein allfälliger Zusammenhang zu den Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten geprüft werden.

20 Ließe sich mit der Beweisnot einer Partei und der Beweishäufigkeit des Gegners eine Umkehr der objektiven Beweislast dogmatisch begründen? Die sogenannte objektive Beweislast bestimmt bekanntlich – und zwar unabhängig ob der Prozess vom Verhandlungs- oder dem Untersuchungsgrundsatz geprägt ist¹¹¹ – als eine Art gesetzliche Risikozuteilung,¹¹² welche der Prozessparteien die Rolle der beweisbelasteten Partei übernehmen muss und daher die Folgen eines *non liquet* zu tragen hat.¹¹³ Die Grundkonstellation scheint einfach und klar: Aus den Bestimmungen des materiellen Rechts (insb aus entsprechenden Ausnahmeregeln) wird die von *Rosenberg* dogmatisch aufbereitete allgemeine Beweislastregel dahin abgeleitet, dass jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat.¹¹⁴ *Klicka* hat diesen Grundsatz dahin präzisiert, dass bei Unklarheit über eine tatbestandsrelevante Tatsache so zu entscheiden ist, als wäre festgestellt worden, dass diese Tatsache nicht eingetreten ist, was sich im Regelfall zulasten der einen oder der anderen Partei auswirkt.¹¹⁵ Diese Regel ist dann nicht anwendbar, wenn das Gesetz die Beweislast ausdrücklich regelt¹¹⁶ oder widerlegliche gesetzliche Vermutungen zu einer Beweislastumkehr führen.¹¹⁷ Die normative Aufteilung des Aufklärungsrisikos ist wohl auf Gerechtigkeitskriterien des Sachrechts zurückzuführen.¹¹⁸ Grundsätzlich wird das damit verbundene Tragen des Aufklärungsrisikos im Fall eines *non liquet* zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei akzeptiert, auch wenn diese Partei im Prozess noch so um Klärung

110 Vgl etwa RIS-Justiz RS0040182, RS0040266 (T12), RS0040281 (T6), RS0040287 (T2).

111 *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 42.

112 *Prütting*, Gegenwartsprobleme 137.

113 Grundlegend: *Klicka*, Beweislastverteilung passim.

114 *Rosenberg*, Beweislast⁵ 98 f; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 287 mwN; RIS-Justiz RS0037797.

115 *Klicka*, Beweislastverteilung 57 f.

116 ZB §§ 369, 1319, 1298, 1320 ABGB; § 9 EKHG.

117 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 287.

118 *Stürmer*, ZZP 98 (1985) 238.

des Sachverhalts redlich bemüht war,¹¹⁹ weil eben die objektive Beweislast keine Anforderung an das Verhalten der Prozessbeteiligten stellt.¹²⁰ Aus Gerechtigkeits-erwägungen ist es nicht zu beanstanden, dass derjenige, der nach den Regeln der Beweislast die strittige Tatsache zu beweisen hat, den Prozess verliert, wenn ihm der Beweis nicht gelungen ist.

Prima vista kann die starre Aufrechterhaltung der geschilderten Regel in vielen Konstellationen aber wohl unbillig erscheinen und zwar dann, wenn es der nicht beweisbelasteten Partei möglich ist, die Beweisnot zu beseitigen. Es ist freilich zu hinterfragen, ob die Judikatur dabei die richtigen Antworten hat, um das Spannungsfeld Beweisnot/Beweisnähe dogmatisch sauber aufzulösen.

Der Figur der »Nähe zum Beweis«, die von der Rechtsprechung dazu herangezogen wird, um damit unüberwindbare Beweisschwierigkeiten zu vermeiden,¹²¹ liegt die Überlegung zugrunde, dass die Beweisnähe einer der Parteien die Verteilung der Beweislast beeinflussen kann. Ungeachtet der anhaltenden Kritik im Schrifttum¹²² wird das Konstrukt in Teilen der Rechtsprechung aufrecht erhalten.¹²³

Das im Folgenden Gesagte gilt auch für die anderen Beweiserleichterungen, insoweit bei ihnen (auch) mit der Beweisnähe bzw mit Sphären Gesichtspunkten argumentiert wird. Die Rechtsprechung zieht etwa beim *Anscheinsbeweis* – außerhalb seines ursprünglichen Geltungsbereiches, der durch die Verschiebung des Beweisthemas von der tatbestandsmäßig geforderten Tatsache auf eine leichter erweisliche Tatsache, die mit ihr in einem typischen Erfahrungszusammenhang steht, geprägt ist¹²⁴ – derartige Gesichtspunkte heran¹²⁵ und entwickelte folgenden Rechtssatz: »Der *Anscheinsbeweis* wird in Fällen als sachgerecht angesehen, in denen

119 Baumgärtel, Beweislastpraxis Rz 11; Prütting, Gegenwartsprobleme 17.

120 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 286.

121 Vgl dazu auch den Überblick von Adamovic, RZ 2004, 165 FN 1.

122 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 289; Dullinger, JBl 1998, 15; Fasching, Lehrbuch² Rz 884; Jabornegg, JBl 1996, 454 [Entscheidungsanm]; Jabornegg, JBl 2000, 663 [Entscheidungsanm]; Klicka, Beweislastverteilung 65 ff; Rassi, ZZP 121 (2008) 179; Rassi, EF-Z 2010, 213 f; Rassi, ÖJZ 2017, 297; Rassi, Beweislastverteilung Rz 73 ff; Rechberger in FS-Mayer 609; Rebhahn, Staatshaftung 513; Reischauer, Entlastungsbeweis 87 ff; Reischauer in Rummel³ § 1298 ABGB Rz 3a; Welser, Schadenersatz 68 f. Kritisch auch Deixler-Hübner, iFamZ 2016, 361, wonach »dieses Konstrukt von der Nähe zum Beweis [...] nur dann greifen [kann], wenn die Verweigerung jeglicher Mitwirkung geradezu Rechtsmissbrauch bedeuten würde«. In der Kommentierung von Brenn in Fasching/Konecny³ § 178 ZPO Rz 30 wird die Haltung der Rechtsprechung wertfrei (bzw unkritisch) referiert.

Vgl aber auch Kodek in Klang³ § 340 ABGB Rz 49, wonach der nach § 340 ABGB beklagte Bauführer wegen der »erheblichen mit einer diesbezüglichen Beweisführung für den Kläger verbundenen praktischen Schwierigkeiten« zu beweisen habe, dass sich der Kläger nach Art XXXVII EGZPO verschwiegen habe. Im Ergebnis ist Kodek hier zuzustimmen, weil der Verlust des Bauverbotsanspruchs ein anspruchsvernichtender Einwand ist. Die weitere Begründung des Autors, dass »auch – für sich genommen keineswegs zwingende – Sphären Gesichtspunkte und die Nähe zum Beweis für eine diesbezügliche Beweislast des Bauführers sprechen« vermag hingegen nicht zu überzeugen. Vgl dazu die Ausführungen zu Rz 41 ff.

123 2 Ob 171/14g; 6 Ob 20/15g; 8 ObA 9/15d.

124 Fasching, Lehrbuch² Rz 894.

125 1 Ob 766/82 MietSlg 34.640; RIS-Justiz RS0106890.

*konkrete Beweise vom Beweispflichtigen billigerweise nicht erwartet werden können. In der Regel ist dies der Fall, wenn es sich um Umstände handelt, die allein in der Sphäre des Gegners liegen und daher nur ihm bekannt und auch nur durch ihn beweisbar sind.*¹²⁶

Auch die in der deutschen Rechtsprechung unter Berufung auf Treu und Glauben entwickelte Figur von der sekundären Darlegungslast¹²⁷ hat Eingang in die Rechtsprechung des OGH gefunden,¹²⁸ die die nicht beweisbelastete Partei über jene Umstände trifft, die in ihrer Sphäre lägen und die die beweisbelastete Partei ohne ausreichende Aufklärung nicht kennen könne. Neben einer bereits vielschichtigen Rechtsprechung im Bereich der Transporthaftung¹²⁹ vertritt die Rechtsprechung auch in anderen Bereichen eine aus Treu und Glauben abgeleitete Darlegungslast, etwa im Lauterkeitsrecht,¹³⁰ oder bei Prozessen des Masseverwalters gegen den Vertragspartner des Insolvenzschuldners.¹³¹ Die Rechtsprechung geht im Falle der Verletzung einer solchen Darlegungslast mit einer Beweislastverschiebung bzw. einer Beweislastumkehr vor. Diese Judikaturlinie ist inhaltlich aber nicht von jener zu trennen, die die Beweiserleichterung mit der Nähe zum Beweis begründet, weshalb eine umfassende Auseinandersetzung mit der sekundären Darlegungslast unterbleiben kann. Das betrifft die unterschiedlichen Schattierungen im Bereich dieser Konstruktionen, etwa wenn auf das konkrete Verhalten im Verfahren abgestellt wird oder nicht, weil sich diese Fallgruppen bei der Figur der Beweisnähe finden.

- 23 Die im Schrifttum¹³² bereits seit Jahren vertretene Auffassung, dass die Beweislastverteilung nach Beweisnähe im *Rückzug* begriffen ist, trifft zwar tendenziell zu, zumal sich in jüngerer Zeit einzelne Entscheidungen davon ausdrücklich distanziert haben.¹³³ Eine generelle Abkehr ist freilich nicht zu beobachten,¹³⁴ wenngleich es – von Ausnahmen abgesehen¹³⁵ – wenig jüngere Entscheidungen gibt, bei denen die

126 RIS-Justiz RS0040266 (T12), RS0040281(T6), RS0040287 (T2).

127 BGH NJW 1990, 3151.

128 Etwa im Bereich des Frachtrechts: 7 Ob 540/93.

129 7 Ob 540/93 SZ 66/89; 6 Ob 2200/96i; 7 Ob 373/97p; 6 Ob 349/97k; 5 Ob 74/99i; 7 Ob 160/00f; 4 Ob 77/06m; RIS-Justiz RS0062591.

130 4 Ob 348/72 ÖBl 1973, 53; 4 Ob 329/74 ÖBl 1975, 57; 4 Ob 354/74; RIS-Justiz RS0040249, RS0011634, RS0080065.

131 5 Ob 304/76 SZ 49/109; 5 Ob 311/81 SZ 56/78.

132 *Rechberger* in FS-Mayer 609 [»Die Kritik der Lehre scheint in der Rechtsprechung Wirkung zu zeigen«]; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 266 ZPO Rz 11; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1298 ABGB Rz 3a; *Rummel*, JBl 1979, 558.

133 9 Ob 12/05p (keine Beweislastumkehr; Verletzung von einer Partei möglichen Aufklärungen wirkt sich nur für die Beweiswürdigung aus); 4 Ob 180/07k (Verletzung einer Darlegungspflicht kann [nur] Anlass für die Tatsacheninstanzen sein, bestimmte Prozessbehauptungen für wahr zu halten); 6 Ob 44/09b (ausdrückliche Ablehnung einer Beweislastumkehr wegen Beweisnähe).

134 In diesem Sinn auch *Rechberger* in FS-Mayer 610 [»Es hat [...] den Anschein, dass sich der OGH die Hintertür der Beweislastumkehr aufgrund der Nähe zum Beweis noch nicht ganz versperren möchte, zumal von diesem Rechtskonstrukt nach wie vor in einzelnen Entscheidungen die Rede ist, [...]«]. Vgl etwa die jüngeren Entscheidungen 2 Ob 171/14g, 6 Ob 20/15g, 8 ObA 9/15d, 9 Ob 16/16t, 2 Ob 35/16k, 7 Ob 189/17w etc, in denen auf die These der Beweiserleichterung wegen Beweisnähe Bezug genommen wird.

135 2 Ob 171/14g; 6 Ob 20/15g EF-Z 2015/151 [*Körber-Risak*]; 2 Ob 35/16k.

Beweisnähe im Ergebnis tatsächlich schlagend wurde. Im Regelfall kam es deshalb zu keiner Beweislastumkehr wegen Beweisnähe, weil die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen in den jeweiligen Anlassfällen verneint wurden.¹³⁶ Im Folgenden wird nachgewiesen, dass die Beweisnähe mangels gesetzlicher Spezialbestimmung keinen Einfluss auf die Verteilung der Beweislast haben kann. Allerdings kann die Beweisnähe Anlass zur prozessualen Kooperation sein.

Die zur Beweisnähe von der Judikatur entwickelten Voraussetzungen divergieren teilweise nicht unbeträchtlich, was die schwache dogmatische Fundamentierung der Konstruktion indiziert. Bei genauerer Analyse zeigt sich, dass die Rechtsprechung *zwei Fallgruppen* anwendet, wenn sie auf die Nähe zum Beweis zurückgreift. Die einzelnen Fälle lassen sich freilich nicht immer zweifelsfrei einer der beiden Gruppen zuordnen. Auch lässt sich die Figur von der Nähe zum Beweis nicht immer eindeutig von anderen *Beweiserleichterungen* (Anscheinsbeweis, sekundäre Darlegungspflicht, tatsächliche Vermutung¹³⁷ etc) abgrenzen.

Anders als beim (eigentlichen¹³⁸) Anscheinsbeweis, der nur zu einer Beweismaßreduzierung (auf deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit) führt,¹³⁹ bejaht die Rechtsprechung bei der Nähe zum Beweis (1. Fallgruppe) die Umkehrung,¹⁴⁰ Verschiebung¹⁴¹ oder Einschränkung¹⁴² der grundsätzlich vorgegebenen Beweislast. Zu einer Umkehr bzw Verschiebung der objektiven Beweislast iSd 1. Fallgruppe soll das Gericht nach Ansicht des OGH nur bei Vorliegen besonderer Sachgründe »im Einzelfall« bzw »ausnahmsweise« (aber immerhin) legitimiert sein.¹⁴³ Nur dann dürfe das Beweisrisiko »extra legem« – also in gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung – abweichend von der gesetzlichen Regelung und zum Vorteil der beweibelasteten Partei verschoben werden, bedeute doch die Beweislastumkehr eine Haftungsverlagerung.¹⁴⁴ Das wird von der konkreten Situation im Verfahren

136 1 Ob 190/06g; 10 Ob 21/08y; 9 Ob 91/09m; 8 ObA 71/09p.

137 *Prütting* (Gegenwartsprobleme 58) empfiehlt, diese unklare Rechtsfigur zu meiden. Mit *Baumgärtel* (in FS-Schwab 51) ist festzuhalten, dass dieser Begriff jedenfalls nicht dazu verwendet werden darf, die Beweislastverteilung aus Gründen der Beweiserleichterung zu verändern. Insoweit bestehen auch Parallelen zur »Nähe zum Beweis«.

138 Gemeint ist hier die Beweiserleichterung durch die Akzeptanz eines bloß mittelbaren Beweises, bei dem mithilfe von Erfahrungssätzen aus einem typischen, aber tatbestandfremden Geschehensablauf auf tatbestandsrelevante Tatsachen geschlossen wird.

139 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 59; 1 Ob 2139/96g; 7 Ob 255/07m.

140 4 Ob 217/09d [»Beweislastumkehr bei ›tief in die Sphäre einer Partei hinein führenden‹ Umständen«]; 4 Ob 133/14h EvBl 2015/90 [Hartlieb] [»Beweislastumkehr aus dem Gedanken der Nähe zum Beweis«]; 2 Ob 71/14a [»als Ausnahmefall anerkannte Beweislastumkehr«]; RIS-Justiz RS0013491 (T4), RS0121528 (T2).

141 4 Ob 2365/96i [»Verschiebung der Beweislast«].

142 RIS-Justiz RS0040182 [»Einschränkung der Beweislastregeln«].

143 Vgl etwa 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [Strobl]; 6 Ob 602/93; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 1 Ob 190/06g; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 9 Ob 91/09m; RIS-Justiz RS0121528 (T1), RS0013491 (T3), RS0040182 (T8), RS0037797 (T19, T26, T47, T48), RS0039939 (T32, T33).

144 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg].

und dem Verhalten beider Parteien abhängig gemacht. Davon sind die (wenigen) Entscheidungen der 2. Fallgruppe zu unterscheiden, bei denen die Beweislast nach der Beweislösung vom konkreten Verfahren losgelöst (somit abstrakt) verteilt wird.

B. Fallgruppen in der Rechtsprechung

1. Erste Fallgruppe Beweislastumkehr wegen Beweislösung

a. Voraussetzungen

- 26 Auch den Entscheidungen zur Nähe zum Beweis liegt die Regel zugrunde, dass jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen hat.¹⁴⁵ In Abweichung von diesem Grundsatz erachtet die Rechtsprechung eine Beweislastverschiebung jedoch für möglich, wenn der Beweisbelastete mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, »unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten«¹⁴⁶ hat bzw sich gar in einem »Beweisnotstand«¹⁴⁷ befindet. Die von der Rechtsprechung herangezogenen Fälle decken dabei ein breites Spektrum ab, das das streitige und außerstreitige Verfahren umfasst.¹⁴⁸ Das Gericht sei bei Vorliegen dieser besonderen Sachgründe »selbst abweichend von der gesetzlichen Regelung«¹⁴⁹ legitimiert, das Beweisrisiko zum Vorteil der beweisbelasteten Partei zu verschieben. Von unverhältnismäßigen Beweisschwierigkeiten könne allerdings erst dann ausgegangen werden, wenn die Rechtsdurchsetzung der beweisbelasteten Partei daran zu scheitern droht, wenngleich sie alles ihr mögliche unternommen hat, um ihrer Beweislast nachzukommen. In den einschlägigen Fällen wird daher verlangt, dass derjenige, den die Beweislast nach der allgemeinen Regel »an sich«¹⁵⁰ trifft,

145 4 Ob 1638/95; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 6 Ob 198/10a uva.

146 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [Strobl]; 2 Ob 275/98z; 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg]; 4 Ob 77/02f ÖBl 2003, 250 [Dittrich]; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 7 Ob 311/04t ecolex 2006, 960 [Ertl]; 1 Ob 88/05f; 7 Ob 164/06b; 1 Ob 190/06g; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 9 Ob 91/09m; 8 OBA 71/09p; 6 Ob 198/10a; RIS-Justiz RS0040182 (T4, T5, T9), RS0006261 (T10), RS0037797 (T48).

147 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [Strobl]; 6 Ob 602/93; 1 Ob 88/05f; 3 Ob 106/06v; 4 Ob 133/14h EvBl 2015/90 [Hartlieb]; 8 Ob 53/14y ÖJZ 2014/155 [Burtscher]; 8 OBA 9/15d; 6 Ob 20/15g EF-Z 2015/151 [Körber-Risak]; RIS-Justiz RS0006261 (T11), RS0040182 (T9).

148 In vielen Konstellationen scheiterte eine Beweislastumkehr im Ergebnis aber bereits daran, dass das Vorliegen von unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten verneint wurde. Vgl 1 Ob 190/06g (unverhältnismäßige Behauptungs- und Beweisschwierigkeiten einer Partei verneint, die unzureichende Vermögens- und Einkommensverhältnisse ihrer unterhaltspflichtigen Verwandten dartun muss); 4 Ob 217/09d (beweisbelastete Partei ist ihrer Beweispflicht in dem ihr zumutbaren Ausmaß nicht nachkommen); 4 Ob 133/14h EvBl 2015/90 [Hartlieb] und 8 OBA 9/15d (jeweils kein Beweisnotstand); 8 OBA 71/09p (keine ganz besonderen, unverhältnismäßigen Beweisschwierigkeiten).

149 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm].

150 9 Ob 91/09m; 8 OBA 71/09p.

seiner Beweispflicht in dem ihm zumutbaren Ausmaß nachkommt.¹⁵¹ Ein derartiges Nachkommen der Beweispflicht setzt ein Handeln im konkreten Verfahren voraus; etwa das Stellen von Beweisanträgen oder eine Streitverkündung.¹⁵² Das zeigt, dass die Figur der Nähe zum Beweis die objektive Beweislast hier nicht abstrakt verteilt, sondern – quasi nach Billigkeit¹⁵³ bzw als Sanktion¹⁵⁴ – im Anlassfall verschiebt.¹⁵⁵

Diese unverschuldete Beweisnot allein rechtfertigt nach der Rechtsprechung freilich die Beweislastverschiebung nicht.¹⁵⁶ Vielmehr wird darauf abgestellt, ob es sich um beweisbedürftige Umstände handelt, die allein bzw tief in der Sphäre des nicht beweisbelasteten Gegners liegen, sodass diesem die Beweisführung leicht möglich sei.¹⁵⁷ Ausgegangen wird davon, dass ihm die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm leicht möglich ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben.¹⁵⁸ Der mangelnden Kenntnis des Gegners wird die Unzumutbarkeit der Offenbarung von Kenntnissen gleichgehalten,¹⁵⁹ stellt die Rechtsprechung doch ausdrücklich darauf ab, ob es ihm »auch ohne weiteres zumutbar ist«, die erforderlichen Aufklärungen zu geben.¹⁶⁰ Fehlende Zumutbarkeit könne dabei in der Wahrung von Verschwiegenheitspflichten¹⁶¹ oder Geheimnissen liegen.¹⁶² Bei einer

27

151 4 Ob 1638/95 mwN; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 4 Ob 217/09d; 2 Ob 71/14a; RIS-Justiz RS0037797 (T17), RS0121528 (T2).

152 6 Ob 197/98h.

153 10 Ob 122/05x.

154 Besonders plastisch: 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [Strobl] [»Darum wird es letztlich von der Bereitschaft der Antragsgegner abhängen, dem Gericht die erforderlichen Aufklärungen zu verschaffen, ob die Unbeweisbarkeit [...] zugunsten der Antragsteller oder der Antragsgegner ausschlägt.«].

155 Zutreffend bereits Stürner (Aufklärungspflicht 5) der davor warnt, dass eine Risikoverteilung nach Sachnähe als Sanktion für eine nicht wahrgenommene Aufklärungsmöglichkeit gesehen wird, was die Risikoverteilung nicht endgültig rechtfertigen kann.

156 2 Ob 262/07d; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 8 Ob 53/14y ÖJZ 2014/155 [Burtscher]; RIS-Justiz RS0039939 (T31).

157 RIS-Justiz RS0013491; für Deutschland: BGHZ 51, 91 – Hühnerpest; BGHZ 80, 186; Prölls, Beweiserleichterungen 73.

158 RIS-Justiz RS0040182 (T4, T5, T10).

159 2 Ob 275/98z; 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg]; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 8 ObA 71/09p; 6 Ob 198/10a; 8 ObA 9/15d.

160 RIS-Justiz RS0040182 (T4, T5, T9, T10), RS0037797 (T19, T24, T48, T49).

161 Bezüglich der ärztlichen Verschwiegenheiten vgl 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg]. Dem Fall lag eine Schadenersatzklage ua wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht zugrunde. Der beklagte Krankenhausträger beantragte zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs die Vernehmung der Ärzte, die von der Klägerin nicht von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden wurden. Der OGH verneinte hier eine Verschwiegenheitspflicht über die Aufklärung, weshalb sich die beklagte Partei keineswegs in einem (der Klägerin zurechenbaren) Beweisnotstand befinde, sodass der Rückgriff auf die Beweishöhe schon im Ansatz abgelehnt wurde. Aus der Entscheidung könnte aber abgeleitet werden, dass ein solcher Beweisnotstand für den hier beweisbelasteten Beklagten dann vorliegt, wenn die Zeugen mangels Entbindung durch die Klägerin nicht aussagen dürften.

162 4 Ob 105/90 (Verkauf unter dem Einstandspreis als Verstoß gegen § 3a NVG). Noch offengelassen: 4 Ob 101/89 oder 4 Ob 158/89; vgl Gottwald, ZJP 92 (1979) 366 [Entscheidungsamm].

möglichen und zumutbaren Aufklärung des Gegners entscheide aber die Nähe zum Beweis.¹⁶³ Es müsse nämlich verhindert werden, dass der Beweisnotstand einer Partei vom Gegner »in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Art und Weise ausgenutzt wird.«¹⁶⁴

- 28 Die Umkehr setzt somit – im Sinne der eingangs geschilderten Ausgangssituation (Rz 7f) – voraus, dass die sich in Beweisschwierigkeiten befindliche beweisbelastete Partei ihrer Beweispflicht in dem ihr zumutbaren Ausmaß nachgekommen ist¹⁶⁵ und dem Gegner die genauen Kenntnisse der Tatumstände bzw die Beweise (eben wegen seiner Beweishöhe) zur Verfügung stehen und es ihm leicht möglich ist, diese in das Verfahren einzuführen.¹⁶⁶ Diese Konstellationen sind davon geprägt, dass sich die Beweislastverteilung durch die Nähe zum Beweis erst im konkreten Verfahren wegen des (möglichen) Verhaltens beider Parteien verschieben kann.

b. Anwendungsbereiche

(i.) Beweishöhe im Lauterkeitsrecht

- 29 Die Rechtsprechung zur Nähe zum Beweis hat einen ihrer Ursprünge im Lauterkeitsrecht, wobei die wettbewerbsrechtliche Judikatur den Begriff der Nähe zum Beweis nicht immer ausdrücklich verwendete,¹⁶⁷ stets jedoch Sphären Gesichtspunkte erkennen ließ und sich in vielen Fällen auch auf eine Aufklärungspflicht oder eine (sekundäre) Darlegungslast stützte. Diese Rechtsprechung entwickelte zunächst¹⁶⁸ im Bereich der Alleinstellungs- bzw Superlativwerbung¹⁶⁹ den Grundsatz, dass eine Verschiebung der Beweislast dann eintritt, wenn der (eine unlautere

163 5 Ob 150/86; 5 Ob 159/86; 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [Strobl]; 4 Ob 1638/95; vgl auch RIS-Justiz RS0040182.

164 5 Ob 133/92 mwN wobl 1993, 187 [Strobl]; 1 Ob 88/05f; RIS-Justiz RS0006261 (T10); vgl auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 883.

165 4 Ob 2365/96i ging davon aus, dass es für den klagenden Verband, der dem beklagten Handelsunternehmen eine unlautere Druckausübung auf Lieferanten vorwarf, unzumutbar sei, diejenigen seiner Mitglieder namhaft zu machen, die als Lieferanten der Beklagten nur deshalb die verlangten Zahlungen erbracht haben, um nicht allfällige wirtschaftliche Nachteile zu erleiden, »würden sie doch auf Grund einer Prozessführung noch viel eher solche Benachteiligungen zu befürchten haben.« Die Unzumutbarkeit der Offenbarung von Kenntnissen müsse der mangelnden Kenntnis der beweisbelasteten Partei gleichgehalten werden. Vgl auch 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm].

166 4 Ob 2365/96i; 2 Ob 275/98z; 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg]; 10 Ob 26/01y; 4 Ob 77/02f ÖBl 2003, 250 [Dittrich]; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 2 Ob 262/07d; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 9 Ob 91/09m; 8 OBA 71/09p; 6 Ob 198/10a; 8 OBA 9/15d.

167 Ausdrücklich offengelassen: 4 Ob 80/97m.

168 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 33 mwN.

169 4 Ob 348/72 ÖBl 1973, 53; 4 Ob 354/74; 4 Ob 406/80; 4 Ob 369/82 ÖBl 1983, 42; 4 Ob 312/84 ÖBl 1984, 97; RIS-Justiz RS0005394.

Irreführung geltend machende) Kläger im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat (*»für den Außenstehenden kaum nachzuprüfen«*¹⁷⁰), wogegen dem Gegner die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm wegen der Beweisnähe nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ohne weiters zumutbar ist, *»die erforderlichen Aufklärungen zu geben.«*¹⁷¹ *»Kommt der Beklagte der in solchen Fällen anzunehmenden Darlegungspflicht und Beweisspflicht nicht nach, dann kann das Gericht von der Unrichtigkeit der beanstandeten Werbeangabe ausgehen,«*¹⁷² was im Ergebnis eine Beweislastumkehr bedeutet.¹⁷³ In weiterer Folge wurde dieser Grundsatz über den Bereich der Alleinstellungswerbung hinaus ganz allgemein überall dann angewandt, wenn es dem außerhalb des Geschehensablaufes stehenden Kläger bei einer als irreführend beanstandeten Werbebehauptung im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der entsprechenden Tatumstände unmöglich ist, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, während die Umstände des konkreten Falls ausnahmsweise eine solche Überwälzung der Beweislast auf den Beklagten rechtfertigen.¹⁷⁴ Zu § 1 Abs 5 UWG siehe unten.

(ii.) Einkommens- und Vermögensverhältnisse

Die Beweislastumkehr wegen Beweisnähe wurde und wird außerhalb des Lauterkeitsrechts angewendet, wobei es oft um die Aufklärung von Einkommens- und Vermögensverhältnissen geht. Häufiger Anwendungsbereich ist dabei das (streitige und außerstreitige) Unterhaltsverfahren.¹⁷⁵

Ausgehend vom Grundsatz, dass die den Anspruch begründenden Voraussetzungen vom Unterhaltsberechtigten und die anspruchsvernichtenden Einwände vom Gegner zu behaupten und zu beweisen sind,¹⁷⁶ kann nach der Rechtsprechung wegen der Nähe zum Beweis ausnahmsweise anderes gelten, wenn eine Partei mit unverhältnismäßigen Behauptungs- und Beweisschwierigkeiten belastet ist. So kann nach der Entscheidung zu 5 Ob 569/93 im Bereich des Ehegattenunterhalts der für den Unterhaltsverwirkungstatbestand grundsätzlich behauptungs- und beweislastpflichtige Unterhaltsschuldner¹⁷⁷ vom Nachweis entbunden werden, warum ihn sein Ehegatte verlassen hat, wenn dabei Tatfragen zu klären sind, die *»tief in die Sphäre einer Partei hineinführen«*. Dabei wurde – in offener Anlehnung an

170 RIS-Justiz RS0005394.

171 4 Ob 315/76; 4 Ob 256/97v; 4 Ob 139/01x; RIS-Justiz RS0040249.

172 4 Ob 387/76 SZ 50/20; RIS-Justiz RS0040249.

173 Wobei nur in Abrede gestellt wurde, dass der Grundsatz *»eine allgemeine Umkehr der Beweislast bei Verstößen gegen § 2 UWG«* zur Folge hat; vgl 4 Ob 387/76 SZ 50/20.

174 RIS-Justiz RS0040249.

175 Rassi, EF-Z 2010, 213 f.

176 3 Ob 109/97v (Unterhaltsanspruchs nach § 66 EheG); 1 Ob 190/06g (§ 69 Abs 3 EheG).

177 Es handelt sich um einen anspruchsvernichtenden Einwand.

den zweifelhaften¹⁷⁸ Grundsatz *negativa non sunt probanda*¹⁷⁹ – damit argumentiert, dass niemand gehalten sein könne, den Beweis zu erbringen, er habe für ein bestimmtes Verhalten seines Prozessgegners keinen Anlass gegeben.¹⁸⁰ Im Bereich des von Billigkeitserwägungen abhängigen Unterhaltsanspruchs nach § 69 Abs 3 EheG erwähnte die Entscheidung 1 Ob 190/06g zwar die Möglichkeit, dass die Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs wegen der Beweisnähe ausnahmsweise nicht vom Unterhaltskläger zu beweisen sind. Auch hier wurde im Anlassfall freilich schon das Bestehen unverhältnismäßiger Beweisschwierigkeiten des Berechtigten verneint, die unzureichende Vermögens- und Einkommensverhältnisse seiner unterhaltspflichtigen Verwandten darzutun.

- 32 Auch im Aufteilungsverfahren nach §§ 81ff EheG zieht der OGH den Grundsatz der Nähe zum Beweis heran und betont, dass selbst in einem vom Untersuchungsprinzip geprägten Verfahren die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts (etwa betreffend die Feststellung von ehelichen Ersparnissen) zulasten der nicht beweisbelasteten Partei gehe, wenn diese jegliche Mitwirkung an der Entscheidungsfindung verweigert oder wenn die Tatsacheninstanzen zur Überzeugung gelangen, dass sie wider Treu und Glauben Informationen zurückhält. In Zweifelsfällen sei demjenigen »die Beweislast aufzubürden, dem die Beweise leichter zugänglich sind.«¹⁸¹

(iii.) Sonstige Konstellationen

- 33 Auch abseits von den Fällen, bei denen nur eine der Parteien Zugang zu Einkommens- oder Vermögensverhältnissen hat, stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob nur eine Partei Auskunft über einen streiterheblichen Umstand geben kann, wenn

178 Die neuere Rechtsprechung scheint sich davon schon verabschiedet zu haben; vgl 6 Ob 75/06g; 2 Ob 105/07s; 4 Ob 190/13i; 4 Ob 115/17s.

179 Vgl *Fasching*, Lehrbuch² Rz 883.

Klicka (Beweislastverteilung 55 mwN) hat – im Anschluss an *Bethmann-Hollweg*, Versuche 323 – zutreffend daran erinnert, dass dieser »Grundsatz« in Wahrheit auf einem Missverständnis der römischrechtlichen Quellen beruht und eine derartige Regel auch für das römische Recht nicht gilt (*Kodek* in *Klang*³ § 340 ABGB Rz 49). Jene Quellenstelle, auf die man sich üblicherweise berief, habe nur besagt, dass der Beklagte, der den Empfang eines Darlehens leugnet, dies (den »Nicht-Empfang«) nicht zu beweisen habe, was sich aus der Natur des Realkontrakts ergebe, der erst mit Zuzählung der Darlehenssumme geschlossen werde. Der Empfang diene daher zur Rechtsbegründung der Darlehensklage und die Zuzählung liege daher allein in der Beweislast des Gläubigers, was mit einer allgemeinen Regel, dass *Negativa* nicht zu beweisen sind, nichts zu tun habe. Bereits *Wach*, *ZZP* 29 (1901) 359 (388), bezeichnete diesen Satz als »einen längst überwundenen Irrtum« und verglich die Versuche, ihn zu neuem Leben zu erwecken, mit dem »Galvanisieren eines Leichnams«. Kritisch auch *Dullinger*, *JBl* 1998, 15. IdS auch 4 Ob 115/17s.

180 Im Ergebnis wurde die Beweiserleichterung allerdings verneint, weil es nach dem ersten Ansehen (wegen wüster Beschimpfungen und Morddrohungen) plausibel war, dass der Ehemann deshalb von seiner Gattin verlassen wurde.

181 1 Ob 88/05f.

Tatsachen zu klären sind, die tief in die Sphäre einer Partei hineinführen. Dann gebe ausnahmsweise die Nähe zum Beweis den Ausschlag für die Zuteilung der Beweislast.¹⁸²

In der Entscheidung 6 Ob 191/04p war etwa der klagsrelevante Vermögensnachteil davon abhängig, ob der Beklagte die dem Kläger gestohlenen Gutscheine eingelöst hat.¹⁸³ Der OGH bejahte die Voraussetzungen einer Beweislastverschiebung wegen der Nähe zum Beweis. Dem Kläger sei es im Anlassfall kaum möglich, Kenntnis davon zu erlangen, dass die Gutscheine bereits eingelöst wurden. Allein der Beklagte hätte Auskunft darüber geben können, wie er die Gutscheine verwendet hat. Hiezu wäre er schon deshalb, weil er die Gutscheine unrechtmäßig und mit Bereicherungsvorsatz an sich genommen hat und von den Beweisschwierigkeiten des Klägers wissen musste, nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen. Er habe sich aber auf die erwiesenen unrichtige Prozessbehauptung beschränkt, die Gutscheine an den Kläger zurückgesandt zu haben, und es vorgezogen, in diesem Verfahren nicht als Partei auszusagen. Die Entscheidung gehört zu den wenigen der 1. Fallgruppe, bei der die Beweisnähe im Ergebnis tatsächlich zur Beweislastumkehr geführt hat.

In einem der Entscheidung 4 Ob 101/14b zugrundeliegenden Patentverletzungsverfahren gelang es dem klagenden Patentinhaber nicht, dem Beklagten die Verletzung seines Patents nachzuweisen, zumal § 155 PatG 1970 nicht anwendbar war. Der OGH hielt zwar eine Verschiebung der objektiven Beweislast wegen der Nähe zum Beweis bei Beweisschwierigkeiten und »*tief in die Sphäre einer Partei reichenden Umständen*« für möglich, verneinte dies freilich im Anlassfall. Die nicht beweisbelastete Partei habe nämlich glaubhaft darlegen können, ihr selbst seien die genauen Produktionsmethoden unbekannt.¹⁸⁴

2. Zweite Fallgruppe Beweislastumkehr wegen Beweisnähe

Von den bisherigen Konstellationen sind die Entscheidungen der 2. Fallgruppe zu trennen, bei denen nicht mit einer an das Verhalten der Parteien geknüpften Beweislastumkehr argumentiert wird. Vielmehr wird die Beweisnähe hier – quasi einen Schritt davor – vorweg zur Klärung der Beweislastverteilung herangezogen. Aus der Nähe zum Beweis wird hier somit die Verteilung der Beweislast an sich (wenngleich nur »*im vorliegenden Verfahren*«¹⁸⁵) abgeleitet. Damit unterscheidet sich diese Fallgruppe deutlich von der 1. Fallgruppe.

¹⁸² Vgl etwa zum Bestandrecht die Darstellung bei *Rassi*, Beweislastverteilung Rz 88.

¹⁸³ 6 Ob 191/04p *ecolex* 2005, 613 [*Wilhelm*].

¹⁸⁴ 4 Ob 101/14b.

¹⁸⁵ 6 Ob 20/15g EF-Z 2015/151 [*Körper-Risak*].

37 In der Entscheidung 1 Ob 641/87 wandte der OGH die Nähe zum Beweis – ohne diese Figur dort explizit zu erwähnen – für die Frage der Schadensminderungspflicht an. Dabei stellte er freilich nicht darauf ab, ob die an sich beweisbelastete Partei im Verfahren ihrer Beweislast in dem ihr zumutbaren Ausmaß nachgekommen ist. Dem Klagebegehren lag zugrunde, dass der Beklagte einen Franchisevertrag schuldhaft vorzeitig aufgelöst hat. Der Kläger begehrte den Ersatz des dadurch entstandenen Schadens. Vom Beklagten wurde eingewandt, der Kläger habe es unterlassen, durch Abschluss eines gleichartigen Vertrags seinen Verlust möglichst gering zu halten. Nach Ansicht des OGH musste hier vom an sich nicht beweisbelasteten Kläger behauptet und bewiesen werden, dass eine Schadensminderung wegen von ihm nicht zu vertretender konkreter Umstände nicht möglich war. Dabei wurde festgehalten, dass die Verletzung der Schadensminderungspflicht des Geschädigten zwar grundsätzlich vom Schädiger zu behaupteten und zu beweisen ist. Unter Berufung auf *Prütting*¹⁸⁶ vertrat der OGH aber die Auffassung, dass die allgemeine Beweislastregel dann eine »Einschränkung« finde, wenn die Möglichkeit der Geringhaltung des Schadens naheliege, konkretere Beweise aber von der behauptenden Partei billigerweise nicht erwartet werden könnten, weil es sich um Umstände handle, die allein in der Sphäre der Gegenseite lägen und daher nur ihr bekannt und damit nur durch sie beweisbar seien. Ob und welche Maßnahmen der Kläger treffen konnte und tatsächlich getroffen hat, etwa einen neuen Vertragspartner zu finden, liege ausschließlich im Beurteilungsvermögen des Klägers und daher in der ihm ausschließlich bekannten Sphäre.

38 Auch in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten wird mit der Nähe zum Beweis im Sinne der zweiten Fallgruppe argumentiert, etwa bei der Prüfung der Beweislast für das Vorliegen von Entlassungsgründen. Nach 9 ObA 213/93 ist neben der allgemeinen Beweislastregel »*hilfsweise darauf Bedacht zu nehmen, dass die Beweislast letztlich wieder die Partei trifft, die den Beweis wegen ihrer Nähe zum Beweis leichter erbringen kann*«.¹⁸⁷ Demnach stünde einer Beweispflicht der an sich beweisbelasteten Partei der Umstand entgegen, dass sie Vorgänge beweisen müsste, die ausschließlich in der Sphäre des Gegners gelegen sind. Auch hier wurde weder darauf abgestellt, ob die an sich beweisbelastete Partei im Verfahren ihrer Beweislast in dem ihr zumutbaren Ausmaß nachgekommen ist noch ob ihr Gegner ausreichend Auskunft gegeben hat.

39 Einen Ansatz iSd 2. Fallgruppe vertrat der OGH zu 6 Ob 20/15g,¹⁸⁸ als er die Frage prüfte, wer im (außerstreitigen) Unterhaltsverfahren die fiktive Selbsterhaltungsfähigkeit des Unterhaltsberechtigten (bzw ihr Fehlen) beweisen müsse. Der von seiner studierenden Tochter in Anspruch genommene Vater wandte mangels

186 Gegenwartsprobleme 257 f.

187 RS0037797 (T15).

188 6 Ob 20/15g EF-Z 2015/151 [*Körber-Risak*].

zielstrebig betriebenen Studiums deren fiktive Selbsterhaltungsfähigkeit ein. Dem hielt die Antragstellerin entgegen, dass sie wegen ihrer psychischen Krankheit nicht zielstrebig studieren könne und nicht in der Lage sei, sich therapieren zu lassen. Die Tatsacheninstanzen konnten wegen unterlassener Mitwirkung der Antragstellerin nicht feststellen, dass bei ihr gesundheitliche Einschränkungen mit Auswirkungen auf die Selbsterhaltungsfähigkeit vorliegen, beurteilten die Beweislast aber unterschiedlich. Der OGH ging davon aus, dass die Negativfeststellung zu lasten der insoweit beweispflichtigen Antragstellerin ginge. Die Antragstellerin sei hinsichtlich allfälliger Einschränkungen ihrer gesundheitlichen Voraussetzungen, ihr Studium ernsthaft und zielstrebig zu betreiben oder sonst für ihre Selbsterhaltungsfähigkeit zu sorgen, näher zum Beweis. Diese Beweisnähe war somit bereits für die Beurteilung der Frage entscheidend, ob die (fiktive) Selbsterhaltungsfähigkeit vom Unterhaltspflichtigen oder ihr Fehlen vom Unterhaltsberechtigten zu beweisen ist.

Auch in Entscheidungen der Zweitgerichte wird die Nähe zum Beweis zur Beweislastverteilung iSd 2. Fallgruppe herangezogen. So wird etwa dem Besitzstörungskläger wegen seiner Beweisnähe zur Kenntnis der Störung der Beweis der Rechtzeitigkeit der Besitzstörungsklage auferlegt,¹⁸⁹ wobei auf diese Entscheidung das Prozessverhalten der Parteien keinen Einfluss hat.

40

C. Kritik

1. Allgemeines

Bereits die von der Rechtsprechung nicht näher erklärte unterschiedliche Anwendung der Figur der Nähe zum Beweis weckt Zweifel an der dogmatischen Deckung dieser Beweiserleichterung, die eher von einer Einzelfallgerechtigkeit geprägt ist. Hinzukommt, dass in vielen Fällen weder die konkrete Anwendung der Nähe zum Beweis noch ihre Abgrenzung zu anderen Lösungsansätzen bei Beweisschwierigkeiten (Anscheinsbeweis,¹⁹⁰ tatsächliche Vermutung,¹⁹¹ Umkehr der konkreten

41

¹⁸⁹ LG Eisenstadt 13 R 50/03f; vgl auch LGZ Wien MietSlg 37.755; LGZ Wien MietSlg 48.650.

¹⁹⁰ Manche Entscheidungen erörtern quasi in einem Atemzug Beweisnähe und Anscheinsbeweis, ohne genauer zu trennen. Besonders plastisch zuletzt etwa 8 Ob 53/14y ÖJZ 2014/155 [Burtscher] und 8 ObA 9/15d [»Allein durch die Nähe zum Beweis oder durch, wenn auch erhebliche, Beweisschwierigkeiten ist eine Verschiebung der Beweislast nicht gerechtfertigt. Der Anscheinsbeweis wird nur in jenen Fällen als sachgerecht angesehen, in denen konkrete Beweise vom Beweispflichtigen billigerweise nicht erwartet werden können und gleichsam ein Beweisnotstand gegeben ist«], oder bereits 5 Ob 150/86, wonach eine Partei berechtigt sein soll, vom (beweisnäheren) Gegner die Mitwirkung zur Entkräftung des Anscheinsbeweises und die Offenlegung aller maßgebenden Tatsachen zu verlangen.

¹⁹¹ 4 Ob 152/89; für die Wiederholungsgefahr: RIS-Justiz RS0037661; vgl Baumgärtel in FS-Schwab 43.

Beweisführungslast,¹⁹² sekundäre Darlegungslast,¹⁹³ Beweisvereitelung,¹⁹⁴ Aufklärungspflicht¹⁹⁵) nachvollziehbar ist.¹⁹⁶

42 Es wird nicht verkannt, dass es durchaus der Billigkeit entsprechen kann, wenn der »beweisfernen Partei« die Durchsetzung ihres Anspruchs durch eine Beweislastumkehr erleichtert wird.¹⁹⁷ Das ist freilich die Aufgabe des Gesetzgebers.¹⁹⁸ Die gegen die Konstruktion der Beweislastumkehr wegen Nähe zum Beweis unten ausgeführten Einwände gelten in jenen Fällen nicht, bei denen der Gesetzgeber eine derartige Vorgangsweise gebilligt hat. Dem Gesetzgeber steht es natürlich frei, die Beweislast nach dem Kriterium der Beweishöhe zu verteilen. Derartige Sonderregeln sind in Österreich freilich die Ausnahme, was dadurch unterstrichen wird, dass das österreichische Prozessrecht – entgegen den Intentionen von *Franz Klein* – auch in Extremfällen keine Geständnisfiktion bei einem unkooperativen Verhalten der beweishöheren Partei kennt (vgl dazu Rz 61, 268, 275 ff).

43 § 1 Abs 5 UWG macht in lauterkeitsrechtlichen Verfahren auf Unterlassung oder Schadenersatz die Beweislast des klagenden Unternehmers für die Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit einer Geschäftspraktik davon abhängig, dass »ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Unternehmers und anderer Marktteilnehmer wegen der Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint.«¹⁹⁹ Mit dieser Regelung wird in Umsetzung des Art 12 lit a der RL über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG eine Beweislastumkehr angeordnet;²⁰⁰ vgl Art 7 lit a der RL über irreführende und vergleichende Werbung 2006/114/EG.²⁰¹ Im Anwendungsbereich dieser Norm kann

192 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg].

193 Diese wurde vor allem in Haftungsfällen im Frachtrecht entwickelt. Dabei wird davon ausgegangen, dass der Geschädigte den Vorsatz oder die grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers grundsätzlich zu beweisen hat. Die »besondere frachtrechtliche Situation« könne aber dazu führen, dass der Geschädigte mit dem Beweis von Umständen belastet werde, die in der Sphäre des Frachtführers liegen und die er ohne ausreichende Aufklärung nicht kennen könne. Den Frachtführer treffe in diesen Fällen nach Treu und Glauben eine Darlegungspflicht über die Organisation in seinem Unternehmen zur Sicherung des übernommenen Gutes und über die im konkreten Fall gepflogenen Maßnahmen (RIS-Justiz RS0062591), wobei ein Verstoß gegen diese Pflicht nicht zur Beweislastumkehr führt, sondern vom Tatrichter im Rahmen der Beweiswürdigung zu beurteilen ist.

194 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg]. Dazu Rz 296 ff.

195 Vgl etwa die Entscheidungen, bei denen darauf abgestellt wird, ob es der an sich nicht beweisbelasteten Partei gerade wegen ihrer Nähe zum Beweis möglich ist, die nötigen Aufklärungen zu geben: 3 Ob 106/06v [»als prozessuale Diligenzpflicht«]; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 9 Ob 91/09m; 8 ObA 71/09p; 6 Ob 198/10a; 8 ObA 9/15d.

196 Vgl in diesem Sinn bereits *Fasching*, Lehrbuch² Rz 884.

197 *Rechberger* in FS-Mayer 609 [»Es mag zwar in einigen Fällen durchaus billig und gerecht erscheinen, [...]«].

198 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 290 f unter Hinweis auf § 155 PatG 1970.

199 Vgl dazu etwa 4 Ob 169/11y; 4 Ob 182/15s ÖBl-LS 2016/1 [Majchrzak].

200 *Heidinger* in *Wiebe/Kodek*² § 1 UWG Rz 220.

201 4 Ob 33/13a.

es somit (nur) im Einzelfall zur Beweislastumkehr kommen,²⁰² was dazu führen kann, dass die von der Rechtsprechung zur Beweisnähe entwickelten Grundsätze Anwendung finden, wenn es der an sich nicht beweisbelasteten Partei wegen der Nähe zum Beweis möglich und zumutbar ist, den strittigen Sachverhalt aufzuklären. Nach zutreffender Ansicht ist aber außerhalb des § 1 Abs 5 UWG eine Beweislastumkehr wegen der Nähe zum Beweis abzulehnen.²⁰³

2. Bedeutung der objektiven Beweislast im Fall eines *non liquet*

Grundsätzliche Überlegungen drängen sich besonders gegen die 1. Fallgruppe auf. Diese ist dadurch geprägt, dass auf die Situation im Anlassverfahren, insb auf die Beweisnot der an sich beweisbelasteten, beweisferneren Partei abgestellt wird. Eine Beweislastregel, die vom einzelnen Prozess geprägt ist, kann aber auf die Wertungen der angewendeten Sachnorm nicht ausreichend Bezug nehmen.²⁰⁴

Dieser Einwand ist von der strittigen²⁰⁵ Frage nach der rechtlichen Natur der Beweislastregeln unabhängig. Die wohl überwiegende Ansicht geht davon aus, dass sich die Beweislastverteilung bei Prüfung eines materiellrechtlichen Anspruchs²⁰⁶ nach dem materiellen Recht richtet.²⁰⁷ Die Beweislastnormen gehören somit demselben Rechtsgebiet an, wie die Normen, auf denen der zu beurteilende Anspruch beruht.²⁰⁸ Damit stehen hinter den Beweislastregeln des materiellen Rechts materielle Wertungen.²⁰⁹ In Teilen des Schrifttums wird hingegen vertreten, dass die Beweislastregeln reine Entscheidungsnormen sind, die keinerlei Einfluss auf die

44

45

202 Es ist fraglich, ob die von der Rechtsprechung dabei vorgenommene Unterscheidung zwischen vergleichender und sonstiger irreführender Werbung (vgl RIS-Justiz RSo116971), die auf § 2 Abs 5 UWG aF zurückgeht, durch die UWG-Novelle 2007 obsolet wurde. Während in § 2 Abs 5 UWG idF vor der UWG-Novelle 2007 nämlich jene Fälle unterschieden werden, bei denen es immer zu einer Beweislastumkehr kommt bzw nur dann, wenn dies im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint, macht § 1 Abs 5 UWG idF nach der UWG-Novelle 2007 eine Beweislastumkehr ausschließlich von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Dessen ungeachtet wird diese Unterscheidung (unter Hinweis auf eine richtlinienkonforme Interpretation) auch noch in der aktuellen Rechtsprechung aufrechterhalten. Vgl 4 Ob 177/09x EvBl 2010/57 [Rassi]; 4 Ob 132/10f; 4 Ob 169/11y.

203 Vgl auch 4 Ob 177/09x EvBl 2010/57 [Rassi].

204 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 884.

205 *Ahrens*, Beweis, Kap 9 Rz 7.

206 Die Ausführungen beschränken sich hier auf materiellrechtliche Ansprüche. Fragen zur Beweislast verfahrensrechtlicher Ansprüche (etwa auf Wiedereinsetzung, Fristerstreckung, Aufhebung der Vollstreckbarkeitsbestätigung) sind strukturell aber nicht anders zu lösen. Vgl *Klicka*, Beweislastverteilung passim.

207 RIS-Justiz RSo040447.

208 Vgl zB *Fasching*, Lehrbuch² Rz 887; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1298 ABGB Rz 3a; *Rosenberg*, Beweislast⁵ 77. 2 Ob 163/58 EvBl 1959/38; 1 Ob 11/72 JBl 1972, 426; 1 Ob 121/75 JBl 1977, 95; 1 Ob 33/88; 10 Obs 200/03i ZAS 2005,179 [Heckenast].

209 Das wurde etwa bereits von *Reischauer* (Entlastungsbeweis 307f) zutreffend und umfassend herausgearbeitet.

außerprozessuale Lage nehmen können und deshalb dem Prozessrecht angehören.²¹⁰ Freilich macht diese Ansicht gerade für die hier zu prüfende Frage der Nähe zum Beweis keinen entscheidenden (praktischen²¹¹) Unterschied. Auch die Vertreter der Gegenmeinung räumen ein, dass die Beweislastregeln ungeachtet ihrer prozessualen Natur einer einheitlichen Behandlung mit dem Sachrecht unterzogen werden müssten.²¹² Damit ist jedenfalls dokumentiert, dass sich die negativen Folgen einer gescheiterten Sachaufklärung (*non liquet*) stets nach den Vorgaben des materiellen Rechts richten müssen und nicht aus dem Prozessrecht bzw der konkreten prozessualen Situation beantwortet werden können. Daraus folgt, dass eine Verletzung von Beweislastregeln eine reversible unrichtige rechtliche Beurteilung bedeutet.²¹³ Bei einer unrichtigen Beurteilung der Beweislastverteilung durch das Erstgericht, die vom Zweitgericht bestätigt wurde, kann einem drittinstanzlichen Rechtsmittel daher nicht entgegengehalten werden, dass es sich hier um eine nicht reversible Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens handelt.²¹⁴

46 Die Verteilung der objektiven Beweislast ist eine Form von gesetzlicher Risiko- zuteilung, mit der der Gesetzgeber das Risiko der tatsächlichen Unaufklärbarkeit verteilt.²¹⁵ Die Konstruktion der Nähe zum Beweis basiert hingegen auf einer *vom Einzelfall geprägten Änderung* dieser vorgegebenen Risiko- zuteilung. Abgesehen davon, dass bei den referierten Fällen das Tragen des Restrisikos der Nichtaufklärung durch die beweisbelastete Partei nicht immer »unbillig« sein muss, ist die Berücksichtigung des »Beweisenkönnens« bzw die Orientierung der Verteilung des Aufklärungsrisikos an der prozessualen Aufklärungschance dogmatisch schwer zu erklären.²¹⁶ Die Nähe kann bei der Beweislastverteilung durchaus ins Spiel gebracht werden; die Risikoverteilung der objektiven Beweislast bestimmt sich richtigerweise aber nicht durch die Nähe zur prozessualen Aufklärungsmöglichkeit (*Nähe zum Beweis*), sondern vielmehr durch die Nähe zur materiellen Rechtsfolge (*Nähe zum Anspruch*).²¹⁷

Im Bereich des Vertragsrechts wird die Verteilung der Beweislast oft aus den wechselseitigen Pflichten abgeleitet. So ist im Bestandrecht anerkannt, dass der Bestandgeber dafür beweisbelastet ist, dass er alle Mittel ausgeschöpft hat, dem

210 Vgl etwa *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 820 mwN; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 266 ZPO Rz 12 mwN.

211 Vgl *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 774.

212 *ZB Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 266 ZPO Rz 12 mwN.

213 RIS-Justiz RS0039939.

214 Eine erstgerichtliche Mangelhaftigkeit, die vom Zweitgericht als solche nicht bejaht wurde, könnte hingegen in dritter Instanz nicht mehr bekämpft werden, vgl etwa RIS-Justiz RS0042963.

215 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 286; *Rechberger* in FS-Mayer 609.

216 *Klicka*, Beweislastverteilung 65 ff; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 289.

217 *Arens*, ZZZ 96 (1983) 2; *Lorenz*, ZZZ 111 (1998) 43 (»im Grundsatz«); *Klicka*, Beweislastverteilung 65 ff; *Rassi*, ZZZ 121 (2008) 179; *Rassi*, EvBl 2010, 408 [Entscheidungsanm]; *Rechberger* in FS-Mayer 609; *Stürner*, ZZZ 98 (1985) 238.

Bestandgeber den bedungenen Gebrauch zu ermöglichen.²¹⁸ Die Beweislast entspricht hier der sich aus § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ergebenden Hauptleistungspflicht des Bestandgebers.²¹⁹ Im weitesten Sinn richtet sich hier die Beweislast nach der Sphäre (des Bestandgebers). Die Koppelung der Beweislast an die Vertragspflichten hat wiederum zur Folge, dass damit der Bestandgeber *hier* dem Beweis nähersteht als sein Vertragspartner. Dessen ungeachtet ist eine typisierte Beweismähe im erwähnten Beispiel kein vom Gesetzgeber (bewusst) verwendetes Kriterium, sondern nur eine Art Reflexwirkung. Dem Gesetzgeber stünde es natürlich frei, direkt an die typisierte Beweismähe anzuknüpfen. Bereits *Klicka* hat darauf verwiesen, es sei nicht gänzlich ausgeschlossen, dass eine einzelne ausdrückliche Beweislastnorm ihre innere Rechtfertigung in Sphären Gesichtspunkten habe, was aber stets sorgfältiger Herausarbeitung der tragenden Gedanken der einzelnen Norm bedürfe.²²⁰

Einer Beweislastumkehr im Wege einer Einzelfallgerechtigkeit begegnen deshalb Bedenken, weil die im Einzelfall wegen eines Beweisnotstands zur Vermeidung eines *non-liquets* befürwortete Abkehr von der Beweislastverteilung unter dem Verdacht eines Zirkelschlusses steht.²²¹ Die Figur von der Beweismähe setzt nämlich gerade voraus, dass einer der Parteien die Beweislast deswegen auferlegt werden kann, weil sie näher zum Beweis steht und damit in der Lage ist, den Beweis zu erbringen, während die Beweislastregeln aber (nur) dann eingreifen, wenn der Beweis gerade nicht möglich ist. Die Konstruktion will das Scheitern an Beweisschwierigkeiten und damit den Eintritt eines *non liquet* verhindern, das aber gerade die Voraussetzung für die Anwendung einer Beweislastregel wäre.²²²

Die gegen den Versuch, die normativ fixierte Grundstruktur der Beweislastverteilung im konkreten Einzelfall zu durchbrechen, hervorgerufenen grundlegenden Einwände können durch den Hinweis, es handle sich nur um »Ausnahmefälle«,²²³ nicht befriedigend widerlegt werden. Es ist unbestritten, dass es einer der Parteien im Einzelfall unverschuldet nicht möglich sein kann, ihrer – aufgrund gesetzlich vorgegebener Beweislastregeln – normierten Beweisspflicht nachzukommen. Eine erst aus dem Einzelfall zu beurteilende Beweisnot begründet aber nicht das Vorliegen einer Regelungslücke²²⁴ und kann vor allem kein generelles Kriterium sein, um die Beweislast wegen Beweismähe zu verschieben.²²⁵

218 RIS-Justiz RS0016405 (T6), RS0020732; *Hausmann/Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht – MRG³ § 6 Rz 13; *Pesek* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 20 und 154.

219 *Höllwerth* in *GeKo* Wohnrecht I § 1112 ABGB Rz 14.

220 *Klicka*, Beweislastverteilung 68.

221 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 289 f [»Widerspruch in sich«]; *Rechberger* in *FS-Mayer* 609.

222 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 56.

223 RIS-Justiz RS0013491 (T3).

224 *Rechberger* in *FS-Mayer* 609.

225 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 289; *Dullinger*, JBl 1998, 15; *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 884; *Jabornegg*, JBl 1996, 454 [Entscheidungsanm]; *Jabornegg*, JBl 2000, 663 [Entscheidungsanm]; *Klicka*, Beweislastverteilung 65 ff; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 179 f; *Rechberger* in *FS-Mayer* 609; *Reischauer*,

3. Bezugnahme auf Prozessverhalten

49 Es ist mehr als zweifelhaft, die negativen Folgen eines *non liquet* vom Verhalten der Prozessparteien im Anlassverfahren abhängig zu machen.²²⁶ Denn es gehört gerade zum Wesen der objektiven Beweislast, dass diese bereits *vor* einem Prozess unabhängig von allfälligen Entwicklungen im Verfahren feststeht, damit die Parteien ihr Vorbringen und Beweisanbot danach ausrichten²²⁷ und ihre Prozesschancen besser kalkulieren können.²²⁸ Die potentiellen Beweisschwierigkeiten der Parteien sind in der objektiven Beweislast bereits mitberücksichtigt.²²⁹ Die Verteilung der objektiven Beweislast muss demnach vor der Verfahrenseinleitung, somit unabhängig von einem konkreten Verhalten, Bemühen oder gar Verschulden der Parteien im Prozess feststehen. Individuelle Beweisnot ist demnach kein Grund für das Überdenken der Beweislast, selbst wenn die Not unverschuldet ist.²³⁰ Die 1. Fallgruppe der Rechtsprechung zur Nähe zum Beweis gibt diese Grundsätze aber auf, weil sie auf konkrete Beweisschwierigkeiten der an sich beweisbelasteten Partei und das Verhalten bzw die Möglichkeiten beider Parteien, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, abstellt und die Zuordnung der objektiven Beweislast davon abhängig macht.²³¹ Im Zentrum der Überlegungen iSd 1. Fallgruppe stehen nicht die aus dem materiellen Recht erfließenden Wertungen, die die objektive Beweislast für eine bestimmte Norm allgemein vorgeben. Es wird vielmehr der Fokus auf das potentielle Unvermögen²³² gerichtet, den Anspruch im Einzelfall prozessual durchzusetzen.²³³ Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass bereits die materiellen Normen von einem kooperativen Verhalten der Parteien in einem möglichen Verfahren ausgehen und deshalb ein missbräuchliches (atypisches) Verhalten durch eine Beweislastumkehr sanktionieren. Ungeachtet der Verzahnung des materiellen

Entlastungsbeweis 87 ff; *Rebhahn*, Staatshaftung 513; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1298 ABGB Rz 3a; *Welser*, Schadenersatz 68 f.

226 Vgl etwa 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [*Strobl*], wonach es »*letztlich von der Bereitschaft der Antragsgegner abhängt, dem Gericht die erforderlichen Aufklärungen zu verschaffen, ob die Folgen der Unbeweisbarkeit zugunsten der Antragsteller oder der Antragsgegner ausschlägt.*« Die Folgen des *non liquet* orientieren sich hier somit nicht an der bereits vor Prozess feststehenden Verteilung der Beweislast, sondern am Verhalten der (oder einer der) Parteien im Prozess.

227 *Prütting* in FS-Nemeth 704.

228 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 290.

229 *Rechberger* in FS-Mayer 609.

230 *Ahrens*, Beweis, Kap 9 Rz 86; *Klicka*, Beweislastverteilung 67; *Reischauer*, Entlastungsbeweis 112 ff.

231 RIS-Justiz RS0040182: »*Die allgemeinen Beweislastregeln finden eine Einschränkung dort, wo eine Beweisführung von der an sich dazu verpflichteten Partei billigerweise nicht erwartet werden kann, weil es sich um Umstände handelt, die allein in der Sphäre der Gegenseite liegen und daher nur ihr bekannt und damit auch nur durch sie beweisbar sind.*«

232 Der von *Reischauer* (Entlastungsbeweis 97 ff, 167 ff und in ZVR 1978, 129) im Bereich des Schadenersatzrecht umfassend begründeten Ansicht, dass gerade der Beweisnotstandsgedanke bei allen Beweislastregeln des Ersatzrechts nicht trägt, ist beizutreten.

233 Krit *Rechberger* in FS-Mayer 609.

Rechts mit dem Verfahrensrecht bleibt es dem Prozessrecht überlassen, ob dieses die Parteien mit einer von der Beweislast unabhängigen Kooperationspflicht belastet. Den (teilweise älteren) Normen des materiellen Rechts ist nicht zu entnehmen, dass damit auf das kooperative Konzept der ZPO Bezug genommen werden soll. Wie unten noch aufgezeigt wird, bietet das Prozessrecht mit dem Instrument der Beweiswürdigung selbst die Antwort auf unkooperatives oder gar missbräuchliches Verhalten der Parteien. Wenn die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Konstruktion der Nähe zum Beweis des Öfteren betont, dass es der an sich nicht beweisbelasteten Partei nach Treu und Glauben ohne weiteres zumutbar sei, die erforderlichen Aufklärungen zu geben (was auch hier vertreten wird, vgl Rz 60ff) und es in vielen Fällen dennoch zu einer Umkehr der Beweislast kommt, ist das auf den ersten Blick schwer erklärbar, weil die Pflicht zur Aufklärung noch nichts über die Verteilung der Beweislast aussagt. Im Gegenteil: Das Abstellen auf eine Aufklärungspflicht indiziert vielmehr, dass der Verpflichtete gerade nicht beweisbelastet ist. Dieser Widerspruch ließe sich dadurch auflösen, dass hier nicht die objektive, sondern die subjektive Beweislast gemeint sein könnte. Der Begriff der Beweislast ist bekanntlich vielschichtig. Zu unterscheiden ist die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) von der objektiven Beweislast (Feststellungslast). Bei der subjektiven Beweislast geht es darum, dass die Parteien bereits vor der Beweisaufnahme die für ihre Behauptungen erforderlichen Beweismittel angeben müssen (vgl § 226 Abs 1 und § 239 Abs 1 ZPO).²³⁴ Bei dieser Beweisführungslast ist weiters zwischen der abstrakten und der konkreten Beweisführungslast zu unterscheiden. Die abstrakte Beweislast korrespondiert mit der Feststellungslast und bezieht sich auf die vorweg und normativ verteilte Beweislast. Im Gegensatz dazu nimmt die konkrete Beweisführungslast Bezug auf die jeweilige Situation im Beweisverfahren.²³⁵ Von wesentlich größerer Relevanz ist die objektive Beweislast (Feststellungslast), die nur (aber immerhin) greift, wenn das Gericht nicht feststellen kann, ob eine tatbestandsrelevante Tatsache vorliegt oder nicht.²³⁶ Es ist nicht auszuschließen, dass jene Rechtsprechung, die eine Beweislastumkehr wegen Beweishäufigkeit, gleichzeitig aber eine Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei bejaht, zwischen der subjektiven Beweislast (konkreten Beweisführungslast) und der objektiven Beweislast nicht streng unterscheidet. Dem Trugschluss, dass es bei Beweishäufigkeit zu einer Umkehr der objektiven Beweislast kommen kann, könnte somit eine terminologische Unschärfe zugrunde liegen. Wenn hier eine auf Sphärenengesichtspunkte gestützte Beweislastumkehr (abseits von Sondernormen, zB § 1 Abs 5 UWG) abgelehnt wird, ist stets die objektive Beweislast gemeint.

234 *Rechberger in Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 24.

235 *Ahrens*, Beweis, Kap 9 Rz 28.

236 *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 817.

Vgl etwa den von der Rechtsprechung²³⁷ zur »Beweislast« aufgestellten »Grundsatz, dass es dann zu einer Verschiebung der Beweislast kommt, wenn der Kläger mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen dem Beklagten diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben.« IdS 4 Ob 2365/96i, die zB auf 4 Ob 387/76 SZ 50/20 Bezug nimmt.

In der zuletzt genannten Entscheidung wird die Verschiebung der Beweislast differenziert erklärt, ohne dass es sich ableiten ließe, der OGH vertritt hier eine Umkehr der objektiven Beweislast. Wörtlich heißt es (Unterstreichungen vom Verfasser): »Die neuere Rechtsprechung des OGH hat [...] schon mehrfach auf die Möglichkeit einer Verschiebung der Beweislast im Sinne einer Verpflichtung des Beklagten zur Darlegung der Richtigkeit seiner Behauptungen verwiesen, wenn bei einer nach § 2 UWG zu beurteilenden Alleinstellungswerbung im Einzelfall für den Kläger besondere Schwierigkeiten bestehen, die Unrichtigkeit der vom Beklagten in Anspruch genommenen Spitzenstellung nachzuweisen (EvBl. 1970/131 = ÖBl. 1970, 22; ÖBl. 1973, 53; ÖBl. 1975, 57 u. a., zuletzt etwa 4 Ob 367/74). Dieser Grundsatz – welcher freilich keine allgemeine Umkehr der Beweislast bei Verstößen gegen § 2 UWG bedeutet – muss über den Bereich der Alleinstellungswerbung hinaus ganz allgemein überall dort gelten, wo es bei einer als irreführend beanstandeten Werbebehauptung dem außerhalb des Geschehensablaufes stehenden Klägers im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der entsprechenden Tatumstände unmöglich ist, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, während andererseits dem Beklagten die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Kommt der Beklagte der in solchen Fällen anzunehmenden Darlegungs- und Beweispflicht nicht nach, dann kann das Gericht von der Unrichtigkeit der beanstandeten Werbeangabe ausgehen.«

Bei der nach 1995 ergangenen Judikatur²³⁸ ist freilich zu beachten, dass diese von der unionsrechtlichen Regelung beeinflusst war, die dem geltenden § 1 Abs 5 UWG vorging (zB Art 6 lit a der Richtlinie des Rates der EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung 84/450/EWG) und die eine solche Umkehr der (objektiven) Beweislast wegen der Sondernorm rechtfertigt.

4. Sphären Gesichtspunkte bei der Beweislastverteilung

- 50 Die gegenüber der 1. Fallgruppe geäußerten Bedenken treffen – in abgeschwächtem Ausmaß – auch gegenüber der 2. Fallgruppe zu. Wenngleich diese nicht auf das Verhalten der Prozessparteien abstellt, sondern die Beweislast vorweg festlegt, ist sie dennoch bei der Bestimmung der objektiven Beweislast vom Blick auf den Einzelfall und vor allem von Sphären Gesichtspunkten geprägt.²³⁹ Gerade die

237 RIS-Justiz RS0005394.

238 ZB 4 Ob 11/95; 4 Ob 2037/96d.

239 Krit zB *Klicka*, Beweislastverteilung 65 ff. Vgl *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Art XXXVII EGZPO Rz 28 [»für sich genommen keineswegs zwingende Sphären Gesichtspunkte«]; *Rechberger* in *Fasching/*

(wenigen) ausdrücklichen Beweislastregeln sprechen dagegen, dass Sphärenge-
sichtspunkten bei der *Beweislastverteilung* eine allgemeine Bedeutung zukommt,
worauf bereits *Klicka* mit plastischen Beispielen verwiesen hat:²⁴⁰ Im Bereich des
Schadenersatzes ordnet etwa § 1296 ABGB die Beweislast für das Verschulden des
Schädigers dem Geschädigten zu, der in der Regel mit der Sphäre des Verschuldens
wenig zu tun haben wird und daher dem Beweis fern steht; aus der Beweislas-
tumkehr des § 1298 ABGB für den Bereich der vertraglichen Haftung kann daher
kein allgemeiner Grundsatz abgeleitet werden, dass die Sphäre die Zuordnung der
Beweislast determiniert. Auch § 328 ABGB (Vermutung der Redlichkeit) oder § 1409
Abs 1 ABGB (Kenntnis der Schulden) belasten jene Partei, die dem Beweis gerade
nicht nähersteht. Entsprechendes gilt für § 235 Abs 2 Satz 1 IO, wonach zugunsten
des beweisnäheren Leistenden vermutet wird, dass ihm die Eröffnung des Insol-
venzverfahrens nicht bekannt war.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, jene Kriterien umfassend auszu-
führen, die der Verteilung der objektiven Beweislast nach richtiger Auffassung
zugrunde liegen.²⁴¹ Anzusetzen ist stets an der Prüfung, ob anspruchsbegrün-
dende oder anspruchvernichtende (bzw -hemmende, -hindernde) Tatsachen
vorliegen,²⁴² dies unter Prüfung tatbestandsimmanenter Gesichtspunkte,²⁴³ wobei
diese Fragen in aller Regel dadurch erleichtert werden, dass eine Norm als Regel
oder Ausnahme konzipiert ist²⁴⁴ oder dass eine Partei einen bestimmten *status quo*
verändern will.²⁴⁵ Das zeigt, dass sich die Beweislastverteilung an dem jeweiligen
Anspruch (Nähe zum Anspruch) und nicht an der Möglichkeit zur Beweisführung
zu orientieren hat.

*Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 32 [»ausschlaggebend ist dabei aber nicht [...] die Heranziehung von
»Hilfsregeln«, die auf Beweishöhe oder Gefahrenbereiche abstellen«].

240 *Klicka*, Beweislastverteilung 65 ff.

241 Dazu *Klicka*, Beweislastverteilung 59 ff.

242 RS0109832 (T7), RS0109287, RS0106638 uvm.

243 Dabei ist zu berücksichtigen, ob der Gesetzgeber (bewusst) negativ formuliert oder bestimmte
Ausdrücke auf eine zu beweisende Ausnahme deuten. Wegen des negativ formulierten Tatbe-
standselements in § 14 Abs 2 MRG »*sofern sie nicht [...] bekanntgeben*« liegt es – ungeachtet § 33
Abs 1 MRG – am Aufgekündigten nachzuweisen, dass er nach § 14 Abs 3 MRG berechtigt sei bzw
der Kündigungsgrund wegen eines eintrittsberechtigten Dritten nicht verwirklicht sei (RIS-
Justiz RS0107852).

Zu erwähnen ist auch die Formulierung »*es sei denn*«, etwa in § 16 Abs 1 Z 1 MRG. Der Vermie-
ter muss beweisen, ob bei einem gemischt genutzten Objekt der Geschäftszweck iSd § 16 Abs 1
Z 1 MRG überwiegt (5 Ob 154/00h). Mit dem Ausdruck »*es sei denn*« ist indiziert, dass der Ge-
setzgeber von einem Ausnahmefall ausgeht. Daher ist jene Partei beweispflichtig, die aus dem
bedeutenden Überwiegen des Geschäftszweckes Rechte ableitet (RIS-Justiz RS0069622).

244 RIS-Justiz RS0107031.

245 Vgl etwa exemplarisch zum Bestandvertrag: Die Gebrauchsüberlassung einer Sache durch den
Eigentümer im Wege des Bestandvertrags muss derjenige beweisen, der sich darauf beruft (RIS-
Justiz RS0010392, RS0010416 [T19]). Gelingt ihm das nicht, ist vom sachenrechtlich geprägten
status quo der Güterzuordnung auszugehen. Steht hingegen ein (Bestand)Vertragsverhältnis
fest, muss wiederum jene Partei, die dieses (und damit den *status quo*) beenden will, beweisen,
dass dazu die Voraussetzungen vorliegen (RIS-Justiz RS0010416 [T8], RS0021416 [T4]).

Dass dabei – je nach geltend gemachtem Anspruch – ein identer Tatsachenkomplex einmal von einer Partei und einmal von ihrem Gegner nachzuweisen ist, beweist, dass die Sphäre in aller Regel kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Verteilung der Beweislast ist. Folgende Beispiele sollen das verdeutlichen:

1. Bei den Rechtswirkungen eines Mietverhältnisses kommt es oft darauf an, ob das MRG anwendbar ist oder nicht. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass das MRG bei Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten in der Regel anzuwenden ist. Diejenige Partei, die ihren Prozesstandpunkt auf den Ausnahmefall der Nichtanwendung stützt, muss diesen nachweisen, was – je nach Anspruch – sowohl der Vermieter (etwa bei der Kündigung)²⁴⁶ als auch der Mieter (Mietzinserhöhung nach § 12a MRG)²⁴⁷ sein kann.
2. Ein Anleger rügt die unterlassene Aufklärung des beklagten Anlageberaters. Macht der Anleger seinen Anspruch mit *Irrtumsanfechtung* geltend, trägt der Anfechtungsgegner (Anlageberater) die Beweislast dafür, dass das angefochtene Rechtsgeschäft auch dann abgeschlossen worden wäre, wenn er den Vertragspartner über den wahren Sachverhalt aufgeklärt hätte.²⁴⁸ Macht der Anleger hingegen einen *Schadenersatzanspruch* geltend, obliegt es ihm, die Kausalität der Nichtaufklärung für den von ihm behaupteten Schaden unter Beweis zu stellen.²⁴⁹ Der Unterschied ist *prima vista* schwer verständlich, weil es sich im Wesentlichen um die gleichen Tatsachenfragen handelt. Er lässt sich aber daraus erklären, dass die jeweilige Beweislastregel in der Systematik des jeweiligen Anspruchs eingebettet ist. Das Schadenersatzrecht ist davon geprägt, dass es sich bei einem entsprechenden Anspruch grundsätzlich um die Ausnahme des Prinzips handelt, wonach ein Eigentümer seinen Schaden in der Regel selbst zu tragen hat (§§ 1296, 1306 ABGB). Wohingegen bei einer Irreführung deren Kausalität vermutet wird. Die Beweisnähe kann hingegen kein Kriterium sein, diesen Unterschied zu erklären.

D. Kooperation bei Nähe zum Beweis und ihre Grenzen

- 51 Wengleich die Nähe zum Beweis weder die Verschiebung der Beweislast noch deren Festlegung rechtfertigt, bedeutet das nicht, dass sie im Verfahren (quasi als *fruchtbarer Irrtum*) nicht dennoch nutzbar gemacht werden könnte.²⁵⁰ Nach richtiger Auffassung ist dabei aber nicht (erst) bei der Beweislastverteilung, sondern bei der Beweiswürdigung anzusetzen.^{251, 252}

246 RIS-Justiz RS0069099.

247 6 Ob 131/15f.

248 RIS-Justiz RS0016209.

249 RIS-Justiz RS0022700 (T3).

250 *Rassi*, ÖJZ 2017, 303; *Rassi*, Beweislastverteilung Rz 90.

251 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 35.

252 Exemplarisch zeigt sich das durch § 272 Abs 2 ZPO, wonach die freie Beweiswürdigung auch für den Fall zu gelten hat, wenn eine Partei die Beantwortung von Fragen verweigert. Gemeint sind

Es wird nicht verkannt, dass die hier abgelehnte Verteilung der objektiven Beweislast nach der Beweisnähe die Interessen der an sich beweisbelasteten Partei, die von der nicht beweisbelasteten Partei nicht unterstützt wird, wesentlich besser schützt als eine Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung. Wie aufgezeigt, lässt sich eine solche Verteilung der Beweislast aber nicht aus dem materiellen Recht ableiten. Auch die Beweiswürdigungsnormen im Fall einer verweigerten Kooperation dokumentieren die hier vertretene Ansicht, zumal die ursprünglich geplante Geständnisfiktion, die einer Beweislastumkehr nahekommt, eben nicht umgesetzt wurde (vgl dazu Rz 61, 268, 275 ff).

Ausgangssituation ist dabei die Bejahung einer allgemeinen prozessualen Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der an sich nicht beweisbelasteten Partei. Gerade die von der Rechtsprechung zur Nähe zum Beweis herangezogenen Konstellationen, die einerseits von der Beweisnot der beweisbelasteten Partei und andererseits von der Beweisnähe der nicht beweisbelasteten Partei geprägt sind, bieten sich als plastische Beispiele für die gebotene *gegenseitige Unterstützung*²⁵³ der Prozessparteien an. Zum normativen Fundament einer derartigen Kooperation siehe vor allem § 184 ZPO (unten Rz 93 ff). Bei Beweisschwierigkeiten der beweis- und behauptungsbelasteten Partei macht die Beweisnähe des Gegners diese prozessuale Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht besonders deutlich.²⁵⁴ Insb wenn eine Partei in bestimmte Verhältnisse keinen Einblick haben kann und dem Gegner die Aufklärung der entscheidungserheblichen Umstände leicht möglich ist, liegt ein Verstoß gegen die prozessuale Pflicht zur Aufklärung und Mitwirkung auf der Hand,²⁵⁵ wenn sich der Gegner auf die vorgegebene Beweislast zurückzieht.²⁵⁶

52

Die Kooperation ist dabei nicht alleiniges Instrument zur Verhinderung eines *non liquet*. Neben der zentralen Bedeutung der richterlichen – amtswegig vorzunehmenden und ausforschenden – Wahrheitsfindung (Rz 119 ff und Rz 139 ff) sind *materielle Informationsrechte*²⁵⁷ (vgl Rz 194 ff) aber auch verfahrensrechtliche Instru-

Fragen des Gerichts, aber auch Fragen, die der Gegner (arg »mit Zustimmung des Senats oder des Vorsitzenden«) stellt, was sowohl das Beweisverfahren (vgl §§ 289, 342 iVm § 380 ZPO) aber auch das Fragerecht im Rahmen des § 184 ZPO betrifft, zumal die Ausübung des Fragerechts im Beweisverfahren durch die Parteien »mit den Bestimmungen über die bei einer mündlichen Verhandlung stattfindende Ausübung dieses Rechts in Einklang gebracht wurde« (Mat I 319).

253 Klein, Pro futuro 36 ff.

254 Dullinger, JBl 1998, 15 mwN.

255 Der oftmalige Rückgriff auf »Treu und Glauben« (vgl zB 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [Strobl]; 2 Ob 275/98z; 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg]; 4 Ob 77/02f ÖBl 2003, 250 [Dittrich]; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 1 Ob 88/05f; 3 Ob 106/06v; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 8 OBA 71/09p; 9 Ob 91/09m; 6 Ob 198/10a; 6 Ob 20/15g EF-Z 2015/151 [Körber-Risak]; 8 OBA 9/15d) ist daher nicht notwendig. Der Bezugnahme auf Treu und Glauben liegt eine unreflektierte Übernahme deutscher Rechtsprechung (etwa zur sekundären Darlegungslast) zugrunde. Vgl etwa BGH I ZR 128/06 NJW-RR 2009, 751 oder I ZR 156/95 NJW-RR 1998, 886.

256 Zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen die knappen Ausführungen in der zurückweisenden Entscheidung 8 Ob 167/99p, siehe dazu Rz 76 am Ende.

257 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten passim; Rassi, ecolex 1999, 546 uva.

mente wie das *Beweissicherungsverfahren*,²⁵⁸ *einstweilige Verfügungen* zur Sicherung von Beweisen,²⁵⁹ die *Akteneinsicht* als Dritter nach § 219 Abs 2 ZPO²⁶⁰ oder die *Feststellungsklage* zum Zweck der Vorbeugung von Beweisschwierigkeiten²⁶¹ zu erwähnen.

53 Betrachtet man die zu Sphären Gesichtspunkten bzw zur Nähe zum Beweis ergangenen Entscheidungen, fällt auf, dass in vielen Entscheidungen ausdrücklich davon die Rede ist, dass es der (an sich) nicht beweisbelasteten Partei möglich und zumutbar ist, die erforderliche *Aufklärung* zu geben, wenngleich die Folgen eines Verstoßes gegen solche Pflichten nicht immer einheitlich bewertet werden. In der großen Mehrzahl der Entscheidungen wird im Sinne der hier abgelehnten 1. Fallgruppe eine Beweislastumkehr dann für möglich gehalten, wenn die beweisnähere (aber an sich nicht beweisbelastete) Partei nicht zur erforderlichen Aufklärung bereit ist.²⁶²

54 In 5 Ob 150/86 war ein Antrag nach § 2 Abs 3 MRG (Anerkennung des Scheinuntermieters als Hauptmieter) zu klären, wobei die erst mit dem 3. WÄG BGBl 1993/800 in diesen Absatz eingeführte Beweislastregel²⁶³ noch nicht anzuwenden war. In der Entscheidung wurden Aspekte des Anscheinsbeweises²⁶⁴ und der Nähe zum Beweis²⁶⁵ kombiniert. Der nicht beweisbelastete Eigentümer habe demnach Behauptungen aufzustellen und den Nachweis zu erbringen, dass der vom Scheinuntermieter nachgewiesene Schein trägt, wonach viel für eine Umgehung seiner Rechte

258 Gedacht ist in erster Linie dabei nicht an die Beweissicherung wegen eines drohenden Beweisverlustes (§ 384 Abs 1 ZPO), sondern vor allem an die Feststellung des gegenwärtigen Zustands einer Sache, was ein rechtliches Interesse des Antragstellers voraussetzt.

259 Siehe § 151b Abs 1 PatG 1970, § 56 und § 68g Abs 1 MSchG sowie § 87c Abs 1 UrhG.

260 Das rechtliche Interesse des Dritten auf Akteneinsicht kann mit der Vorbereitung eines Prozesses begründet werden, vgl Rz 666.

261 1 Ob 544/83 SZ 56/38 mwN; 1 Ob 155/97v; 3 Ob 227/05m; 8 ObA 23/06z; RIS-Justiz RS0038976 (T8, T25, T29, T35, T36), RS0018668 (T4), RS0018858 (T12), RS0040838, RS0039308, RS0039018 (T31), RS0038856; noch aA RIS-Justiz RS0039003; 1 Ob 381/51 SZ 24/273 (unter Berufung auf Pollak, ZPR² 12, Neumann, Kommentar⁴ II, 884 und GlUNF 3093); *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 228 ZPO Rz 9.

262 So wurde etwa in 1 Ob 622/93 im Zusammenhang mit der an sich vom Unterhaltsberechtigten zu beweisenden Verwendung einer Ausgleichszahlung des Unterhaltsschuldners betont, dass dies im Allgemeinen nicht ohne seine Mitwirkung geklärt werden könne, sodass ihn infolge der Nähe zum Beweis dafür die Beweislast treffe. Auch 8 ObA 9/15d, wonach die nicht beweisbelastete Partei wegen der Nähe zum Beweis nach Treu und Glauben »die erforderliche Aufklärung« zu geben hat, knüpft an die Verschiebung der Beweislast an. Ähnlich bereits 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [Strobl]; 2 Ob 275/98z; 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657 [Jabornegg]; 10 Ob 26/01y; 4 Ob 77/02f ÖBl 2003, 250 [Dittrich]; 6 Ob 191/04p ecolex 2005, 613 [Wilhelm]; 7 Ob 311/04t ecolex 2006, 960 [Ertl]; 3 Ob 106/06v; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [Wilhelm]; 8 ObA 71/09p; 9 Ob 91/09m; 6 Ob 198/10a.

263 »Liegen konkrete Anhaltspunkte für eine solche Umgehungshandlung vor [...] so obliegt es dem Antragsgegner, das Fehlen der Umgehungsabsicht zu beweisen.«

264 Die Entscheidung spricht ausdrücklich von der Entkräftung des Anscheinsbeweises. Die sonst für den Anscheinsbeweis erforderlichen Voraussetzungen (typischer Geschehensablauf, Heranziehung von Erfahrungssätzen) waren aber nicht Thema und wurden nicht geprüft.

265 Die Entscheidung knüpfte etwa an Umstände an, die allein in der Sphäre der nicht beweisbelasteten Partei liegen.

spricht. Wohl liege die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen zur Anerkennung als Hauptmieter beim Antragsteller, kommt er aber seiner Beweisspflicht in dem ihm zumutbaren Ausmaß nach, obliege es dem Gegner, die allein in seiner Sphäre liegenden Umstände darzutun und offenzulegen, die den erbrachten Nachweis entkräften. Aus dieser Entscheidung ist nur eine Beweismaßreduzierung abzuleiten, zumal die nicht beweisbelastete Partei nur mit dem Gegenbeweis (und nicht mit dem Beweis des Gegenteils) belastet wird. Und: »*In solchem Fall ist es berechtigt, vom Gegner die Mitwirkung zur Entkräftung des Anscheinsbeweises und die Offenlegung aller maßgebenden Tatsachen zu verlangen.*«

Noch deutlicher wird die Mitwirkungspflicht in 1 Ob 33/88 herausgestrichen. Es ging hier um einen auf Amtshaftung gestützten Schadenersatzanspruch, in dem sich der OGH auf die Nähe zum Beweis bezog. Demnach treffe in Fällen, in denen der Beweis für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen vom Kläger billigerweise nicht verlangt werden kann, weil es sich um Umstände handelt, die allein in der Sphäre der Gegenseite liegen und daher nur ihr bekannt und damit nur durch sie beweisbar sind, die Beweislast »*allerdings bis zu einem gewissen Grade die Gegenseite.*« Diese Beweiserleichterung »*durch Zuschreibung einer gewissen Beweisspflicht*« könne allerdings nur als Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei verstanden werden und dürfe nicht dazu führen, dass ein hundertprozentig überhaupt nicht zu erbringender Beweis (also ein *non liquet*) zu ihren Lasten geht.

Auch in der Entscheidung 5 Ob 133/92 wurde ein Zusammenhang der Beweisenähe zur verfahrensrechtlichen Aufklärungspflicht herausgestrichen. Es handelte sich dabei um ein außerstreitiges, wohnrechtliches Verfahren, bei dem im Zusammenhang mit dem Wechsel eines Hausverwalters zu prüfen war, ob (im Hinblick auf § 18 Abs 2 WEG 1975) ein Umgehungs- oder Scheingeschäft vorlag, was vom Antragsteller behauptet wurde. Zur Frage der entsprechenden Beweislast hielt der OGH fest, dass im außerstreitigen Verfahren grundsätzlich alle Parteien zur Aufklärung des für die Entscheidung notwendigen Sachverhalts verpflichtet seien; in einem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren spielten subjektive Beweisschwierigkeiten keine Rolle.²⁶⁶ Grundsätzlich müsse derjenige das Vorliegen eines Umgehungs- oder Scheingeschäfts beweisen, der sich darauf beruft. Den nicht beweisbelasteten Antragsgegner treffe allerdings dahingehend eine Mitwirkungspflicht, dem Gericht die erforderlichen Aufklärungen zu verschaffen. Wenn dieser jegliche Mitwirkung an der Entscheidungsfindung verweigert oder wider

²⁶⁶ Dieser Standpunkt erscheint in seiner Absolutheit zumindest fragwürdig. Bei einem reinen Untersuchungsgrundsatz gibt es zwar keine subjektive Beweislast, es darf aber nicht ausgeblendet werden, dass die objektive Beweislast in jedem Verfahren gilt. Zudem übersieht der Standpunkt, dass auch eine amtswegige Ermittlung begrenzt ist. Die richterliche Erhebungspflicht etwa endet dann, wenn Anhaltspunkte für eine Aufklärungsbedürftigkeit fehlen (vgl für das Außerstreitverfahren: RIS-Justiz RS0083783). Sogar das Strafverfahren, dass von einem reinen Untersuchungsgrundsatz geprägt ist, kommt ohne Beweislastnorm (»*in dubio pro reo*«) nicht aus.

Treu und Glauben Informationen zurückhält, gehe die Unauflärbarkeit des Sachverhalts zu seinen Lasten; andernfalls werde sich die Entscheidung daran zu orientieren haben, dass die objektive Beweislast beim Antragsteller liege. Der OGH ging dabei nicht von einer Beweislastumkehr wegen Beweisnähe aus. Die herausgestrichenen negativen Folgen, wenn die nicht beweisbelastete Partei eine ihr (wegen der Beweisnähe) mögliche Mitwirkung verweigert, sind wohl eher der Beweiswürdigung zuzuordnen.

57 Die Entscheidung 6 Ob 44/09b lehnt die Ansicht, dass aus der Beweisnähe eine Umkehr der Beweislast folgen kann, deutlich ab. Demnach sei die Beweisnähe grundsätzlich kein Sachgrund für eine Beweislastumkehr. Es komme nicht grundsätzlich zur Beweislastumkehr, wenn mangels Kenntnis der Tatumstände unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten einer Partei gegeben sind, ihrem Gegner hingegen diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es diesem daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Die Entscheidung bezog sich dabei auf die Ausführungen von *Reischauer*.²⁶⁷ Gleichzeitig wurde die hier vertretene These von der allgemeinen Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei in Anknüpfung an die Entscheidung 9 Ob 12/05p und 4 Ob 180/07k²⁶⁸ mit der Beweisnähe in Verbindung gebracht. Eine Verletzung der prozessualen Aufklärungspflicht könne sich nur im Rahmen der Beweiswürdigung bei der Sachverhaltsfeststellung auswirken.²⁶⁹

58 Auch für die im 2. Teil dieser Arbeit zu untersuchenden Grenzen einer Kooperationspflicht können die von der Rechtsprechung zur Nähe zum Beweis entwickelten Ansätze nutzbar gemacht werden. Diese Rechtsprechung greift des Öfteren auf das Kriterium der Unzumutbarkeit zurück, sei es um damit die Beweislastumkehr zu begründen, weil der beweisbelasteten Partei die Bekanntgabe von bestimmten Tatsachen nicht zugemutet werden könne²⁷⁰ (bzw sie ihrer Beweispflicht in dem ihr zumutbaren Ausmaß nachkommt)²⁷¹ oder um die Beweislastumkehr abzulehnen, weil es der nicht beweisbelasteten Partei nicht zugemutet werden könne, Umstände in ihrer Sphäre aufzuklären.²⁷² Ungeachtet der abzulehnenden Beweislastumkehr erscheint die Zumutbarkeit ein durchaus geeignetes Kriterium, um damit die Grenzen der Aufklärungspflicht abzustecken.

267 *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1298 ABGB Rz 3a.

268 4 Ob 180/07k ZVR 2009/247 [*Wieske*].

269 Ähnlich auch 4 Ob 101/14b, wenngleich hier eine Nähe zum Beweis nicht vorlag. Dem Verfahren lag eine behauptete Patentverletzung zugrunde, die der klagende Patentinhaber dem Beklagten aber nicht nachweisen konnte. Die zurückweisende Entscheidung schließt mit der Bemerkung, dass die unterbliebene Nennung des konkreten Lieferanten (durch den beweisbelasteten Beklagten) »*allenfalls nach § 272 bei der Beweiswürdigung berücksichtigt hätte werden können.*«

270 4 Ob 2365/96i.

271 4 Ob 1638/95; 10 Ob 21/08y ecolex 2009/257 [*Wilhelm*]; 6 Ob 198/10a uva.

272 4 Ob 105/90; allgemein: RIS-Justiz RS0040182 (T4, T5, T9, T10), RS0037797 (T19, T24, T48, T49).

Die ZPO erwähnt an mehreren Stellen ausdrücklich den Begriff der Zumutbarkeit und macht dabei bestimmte theoretisch zwar mögliche Beweisaufnahmen – nämlich die Beibringung von Belegen (§§ 66, 68 ZPO und § 71 ZPO), die Vernehmung in Anwesenheit der Parteien (§ 289 Abs 2 ZPO) oder die Beweisaufnahme im Ausland (§ 291a Abs 1 Z 1 ZPO) wegen des großen Aufwands, der persönlichen Betroffenheit oder nicht absehbarer Unwägbarkeiten – von der im Einzelfall zu prüfenden Zumutbarkeit abhängig.²⁷³ Auch abseits dieser ausdrücklich geregelten Fälle kann es nicht ernsthaft bestritten werden, dass das Gericht die Verfahrensführung und Beweisaufnahme möglichst in einer Art und Weise auszugestalten hat, die in die Rechte und Interessen der Parteien und Dritten, nicht unzumutbar eingreift.²⁷⁴ Es liegt nahe, dass sich die Zumutbarkeit einer prozessualen Kooperation grob an gesetzlich normierten Weigerungsgründen zu orientieren hat. Eine Verweigerung der Aufklärung durch die beweisnähere Partei darf somit vor allem bei berücksichtigungswürdigen Geheimhaltungsinteressen nicht zu deren Lasten ausgelegt werden. Die Aufklärungspflicht ist jedoch darüber hinaus zu beschränken. Fehlende Zumutbarkeit kann bei jenen Konstellationen vorliegen, die sich wegen ihrer Einzelfallbezogenheit schwer in einen allgemein formulierten Verweigerungsgrund pressen lassen.²⁷⁵ Auch § 184 Abs 2 ZPO kann das Abstellen auf den allgemeinen und weiten Begriff der Zumutbarkeit stützen, weil nach dieser Norm eine »unangemessene Frage« vom Gericht als unzulässig zurückzuweisen ist. Dazu Rz 352.

59

E. Beweiswürdigung statt Beweislastumkehr

Die Festlegung der Beweislast hat ohne Bezugnahme auf die Beweisnähe einer der Parteien zu erfolgen. Weder subjektive Beweisschwierigkeiten der beweisbelasteten Partei noch eine mangelnde Unterstützung durch ihren Gegner rechtfertigen eine Umkehr der objektiven Beweislast. Verweigert die nicht beweisbelastete Partei die ihr mögliche und zumutbare (dazu unten) Aufklärung trotz Beweisnähe, kann sich das nach richtiger Auffassung – wie bereits ausgeführt – zwar nicht auf die Verteilung der Beweislast, sondern nur (aber immerhin!) in der Beweiswürdigung auswirken.²⁷⁶

60

²⁷³ Vgl auch § 28 Abs 1 Z 2 JN zur unzumutbaren Rechtsverfolgung im Ausland.

²⁷⁴ Es wäre zB im Regelfall unzumutbar, wenn eine Partei eine körperliche Untersuchung durch einen Sachverständigen in Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter über sich ergehen lassen müsste (vgl Rz 799 ff). Entsprechendes gilt für eine stundenlang andauernde Tagsatzung ohne ausreichende Möglichkeit zur Pause.

²⁷⁵ Denkbar wäre allenfalls eine Bezugnahme auf § 305 Z 5 ZPO, der im Bereich der Urkundenvorlagegründe eine Verweigerung der Vorlage auch dann für gerechtfertigt hält, wenn andere wichtige Gründe vorhanden sind.

²⁷⁶ IdS für eine Verletzung der Auskunftspflicht nach § 184 ZPO, zB *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 258; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 184 ZPO Rz 2; 9 Ob 12/05p; 7 Ob 186/10v.

61 Die weite Formulierung des § 272 ZPO deckt die von Teilen der Lehre²⁷⁷ vertretene Ansicht und bereits in mehreren Entscheidungen²⁷⁸ vorgezeichnete Vorgangsweise, dass die (grundlos) unkooperative Partei mit negativen Folgen in der Beweiswürdigung zu rechnen hat. Entsprechend dieser Regel muss das Gericht nicht nur anhand des Beweisverfahrens, sondern auf Basis der gesamten Verhandlung beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten ist oder nicht oder ob ein *non liquet* vorliegt. Diese Annahme kann sich darauf stützen, dass der Gesetzgeber an mehreren Stellen bei Verletzungen der Mitwirkungspflicht im Beweisverfahren ausdrücklich auf die richterliche Beweiswürdigung verweist.²⁷⁹ Für die von ähnlichen Wertungen geprägte Aufklärungspflicht kann wohl nichts anderes gelten. Für die ZPO ist deshalb die teilweise in Deutschland zur dZPO vertretene Rechtsansicht, dass die Verletzung der prozessualen Aufklärungspflicht zu einer widerlegbaren Fiktion der streitigen Tatsache zugunsten der an sich beweisbelasteten Partei führen soll,²⁸⁰ abzulehnen, zumal eine derartige Geständnisfiktion²⁸¹ für die ZPO nach der Intention von *Franz Klein*²⁸² zwar vorgesehen war,²⁸³ aber letztendlich nicht verwirklicht wurde.^{284, 285} Eine solche Fiktion kommt zudem der hier abgelehnten Beweislastumkehr nahe.

277 *Dullinger*, JBl 1998, 15; *Jabornegg*, JBl 2000, 663 [Entscheidungsanm]; *Klicka*, Beweislastverteilung 68 f; *Rassi*, ZZP 121 (2008) 197 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1298 ABGB Rz 3a; in diesem Sinn bereits *Klein/Engel*, Zivilprozess 321.

278 Vgl insb 6 Ob 44/09b; 4 Ob 101/14b; siehe auch 5 Ob 133/92 wobl 1993, 187 [*Strobl*].

279 § 307 Abs 2 ZPO überlässt die Folgen einer verweigerten Urkundenvorlage dem »durch sorgfältige Würdigung aller Umstände geleiteten richterlichen Ermessen«. Entsprechendes gilt für den Augenschein (§ 369 iVm § 307 ZPO). Auch die verweigerte Mitwirkung beim Sachverständigenbeweis (RV 962 BlgNR 21. GP 37) und die Verweigerung der Parteiaussage können frei gewürdigt werden (§ 381). Vgl dazu die Ausführungen im zweiten Teil dieser Arbeit.

280 IdS *Stürner*, Aufklärungspflicht 242 ff und 383 ff.

281 *Bajons* (NZ 1991, 51) spricht von einer »*Beweisvermutung*«.

282 Pro futuro 48.

283 Vgl die Regierungsvorlage zu § 307 Abs 2 ZPO (= § 317 Abs 2 der RV): »Wenn jedoch die Gegenpartei dem Auftrage zur Vorlage der Urkunde, deren Besitz sie zugegeben hat, ohne gerechtfertigten Grund nicht nachkommt oder bezüglich einer Urkunde, deren Besitz sie leugnet, die eidliche Aussage verweigert, oder wenn aus ihrer Aussage hervorgeht, dass die Urkunde von dieser Partei oder über deren Veranlassung absichtlich beseitigt oder untauglich gemacht wurde, so sind die Angaben des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als erwiesen und die vom Beweisführer etwa beigebrachte Abschrift der Urkunde als richtig zu behandeln.« In diesem Sinne war bereits § 37 Satz 2 AHGB formuliert: »Geschieht die Vorlegung nicht, so wird zum Nachteil des Weigernden der behauptete Inhalt der Bücher für erwiesen angenommen.«

284 Der Permanenzausschuss sah eine solche Fiktion als viel zu weitgehend an. »Der Richter wäre durch den Regierungsentwurf gezwungen, den Inhalt der Urkunde als erwiesen zu behandeln, [...] selbst wenn er trotz der ungegründeten Weigerung der Partei, sie vorzulegen, allen Grund hätte daran zu zweifeln, dass die Angaben der die Edition fordernden Partei bezüglich der fraglichen Urkunde im höchsten Maß unwahrscheinlich seien. Diese Bestimmung würde mit unserem Beweisrecht nicht im Einklang stehen [...]«. Vgl Mat I 786. Jüngst auch *Schumacher*, EvBl 2016/5, 40 [Entscheidungsanm].

285 Offenbar aA *Stürner* in FS-Stoll 700 FN 62, der die Geständnisfiktion freilich nur mit §§ 266, 267 ZPO begründet. § 267 Abs 1 ZPO normiert aber gerade ausdrücklich, dass das Gericht »unter

Der dZPO sind derartige Fiktionen im Bereich des (mit der Kooperationspflicht verwandten, vgl Rz 188 ff) Verbots der Beweisvereitelung nicht fremd. Nach § 444 dZPO »können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen« werden, wenn die Partei eine Urkunde in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich macht. Bei der Vereitelung des Augenscheins »können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit des Gegenstandes als bewiesen angesehen werden« (§ 371 Abs 3 dZPO). Auch bei den Fällen der Urkundenvorlagepflicht spricht § 427 dZPO davon, dass »eine vom Beweisführer beigebrachte Abschrift der Urkunde als richtig angesehen werden kann« bzw – mangels Abschrift – »können die Behauptungen des Beweisführers [...] als bewiesen angenommen werden«. Daneben sieht die dZPO aber die Beweiswürdigung als Sanktion bei unterlassener Kooperation vor, vgl etwa die Regelung bei der (un)beeideten Parteienvernehmung in §§ 446 und 453 dZPO.

Die öZPO kennt hingegen diese Differenzierung zwischen der freien Würdigung und einer Sanktion im Sinne einer Geständnisvermutung nicht.²⁸⁶ Vgl bei verweigerter Mitwirkung im Bereich des Urkundenbeweises § 307 Abs 2 ZPO oder bei der Parteienvernehmung § 381 ZPO. Auch die Bestimmungen zur Beweisvereitelung, nämlich § 307 Abs 2 ZPO (»absichtlich beseitigt oder untauglich gemacht«) bzw § 369 Abs 2 ZPO (»die absichtliche oder durch den Gegner veranlasste Beseitigung oder Beschädigung«) oder zur verletzten Vorlagepflicht (abermals § 307 Abs 2 ZPO) ahnden Derartiges nur mit freier Beweiswürdigung. Zutreffend hat *Novak* erkannt, dass »die Grundverpflichtung zur Wahrheit und ihre Sanktion durch die freie Beweiswürdigung das gesamte Prozessrecht beherrscht.«²⁸⁷

Verweigert eine der Parteien die erforderliche Aufklärung, muss der (erst im Urteil offen gelegten) Beweiswürdigung freilich eine beschlussmäßige Klarstellung im Verfahren vorgelagert sein, damit eine Partei nicht erst mit der Zustellung des Urteils erfährt, sie hätte im Verfahren aufklären bzw mitwirken müssen. Dazu Rz 360 ff.

Es ist nicht zu verkennen, dass der beweisbelasteten Partei durch die Aufklärungspflicht des beweisnäheren Gegners nicht immer geholfen ist, wenn diese Pflicht »nur« durch die freie Beweiswürdigung abgesichert ist. In vielen Konstellationen wird es der beweisbelasteten Partei mangels näherer Kenntnisse schlicht unmöglich sein, substantiierte und schlüssige Behauptungen aufzustellen, die die Basis für eine Würdigung der Verfahrensergebnisse zu ihren Gunsten bilden

sorgfältiger Berücksichtigung des gesamten Inhalts des gegnerischen Vorbringens zu beurteilen [hat]«, ob tatsächliche Behauptungen als zugestanden anzusehen sind. Bestreitet der Gegner ein Vorbringen nur unsubstantiiert (anstatt umfassend aufzuklären), kann darin ein Geständnis liegen, was unter Berücksichtigung des übrigen Vorbringens zu würdigen ist. Aus dem Gesetz ist aber nicht abzuleiten, dass das Verhalten der unkooperativen Partei hier mit einer Geständnisfiktion sanktioniert wird.

286 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 258.

287 *Novak*, ÖJZ 1949, 340.

könnten.²⁸⁸ Auch sonst lässt sich von der (objektiven) Weigerung einer Mitwirkung durch eine Partei nicht immer gesichert darauf schließen, dass das Gegenbringen als erwiesen anzusehen ist. Im Bereich des Sachverständigenbeweises ist daran zu denken, dass dessen Begutachtung bei einer Verweigerung der Mitwirkungspflichten einer der Parteien unterbleiben muss, weil kein sinnvolles »Rumpfgutachten« erstellt werden kann.²⁸⁹ Vgl Rz 348.

- 64 Der Umstand, dass der Weg über die Beweiswürdigung nicht immer geeignet ist, die Beweisnot des Beweisführers zu überwinden, spricht weder gegen das hier vertretene Konzept prozessualer Kooperationspflichten noch rechtfertigt es einen fragwürdigen Rückgriff auf eine Beweislastumkehr. Ein solches Restrisiko wird sich nämlich nie vermeiden lassen, wobei die Informations- und Auskunftsansprüche des materiellen Rechts die beweisbelastete Partei dabei unterstützen können, den Prozess sinnvoll vorzubereiten. Aber auch prozessuale Instrumente können Härtefälle vermeiden. Im Verfahren muss das Gericht mit einer aktiven Verfahrensführung (dazu Rz 119 ff) im Rahmen der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess*²⁹⁰ (dazu Rz 88 ff) mit den Mitteln der materiellen Prozessleitung danach trachten, eine Beweisnot nach Möglichkeit auszuschließen,²⁹¹ zumal die materielle Prozessleitungspflicht nicht nur Anleitungspflicht bezüglich der Tatsachenbehauptungen, sondern auch Wahrheitserforschungspflicht ist.²⁹² Zur Linderung einer Beweisnot würde schon entscheidend beitragen, wenn das (gesetzlich ohnedies schwach fundamentierte) Verbot des Ausforschungsbeweises nicht extensiv – quasi als Dogma – angewandt wird (dazu näher Rz 139 ff) und die Gerichte verstärkt erkennen, dass der streitige Zivilprozess durch die Elemente des Untersuchungsgrundsatzes geprägt ist (dazu Rz 68 ff).²⁹³ Der behauptungsbelasteten Partei kann insoweit entgegengekommen werden, als die Anforderungen an ihr Vorbringen bei »Beweisferne« nicht überspannt werden dürfen²⁹⁴ (vgl Rz 100). Die Beweisnot soll nicht durch eine allzu strenge Anforderung an das Vorbringen verursacht werden.²⁹⁵ Abgesehen von diesen begleitenden Maßnahmen im jeweiligen Prozess ist die Beweisnot der

288 *Bienert-Nießl*, Auskunftsspflichten 255 und 369.

289 *Bienert-Nießl*, Auskunftsspflichten 255.

290 Aus dieser ist abzuleiten, dass sowohl die Parteien als auch das Gericht verpflichtet sind, Beiträge zur Stoffsammlung zu leisten; idS *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einleitung Rz 17. Vgl auch *Klein/Engel*, Zivilprozess 185; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 182a ZPO Rz 53; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 454 mwN. Dazu Rz 88.

291 Der von Teilen der älteren Rechtsprechung vertretene Ausweg über § 273 ZPO erscheint *de lege lata* schwer gangbar. Es ist vielmehr fraglich, ob bei einer mutwilligen Erschwerung einer Forderungsfeststellung durch die nicht beweisbelastete Partei die Bestimmung des § 273 ZPO Anwendung findet (in diesem Sinn aber 8 Ob 152/66 EvBl 1966/454 [Verweigerung der Vorlage der Handelsbücher zwecks Feststellung der betragsmäßigen Umsatzbeteiligung des Klägers]).

292 *Schumacher*, Anleitungspflichten 14; ihm folgend *Bienert-Nießl*, Auskunftsspflichten 345.

293 *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 458 ff.

294 8 ObA 2093/96y.

295 6 Ob 553/81.

beweisbelasteten Partei nicht isoliert zu beurteilen. Sie muss außerhalb des Verfahrens berücksichtigt werden, etwa wenn es um die Beurteilung des rechtlichen Interesses für eine Beweissicherung nach § 384 Abs 2 ZPO oder eine Akteneinsicht Dritter nach § 219 Abs 2 ZPO geht. Ein solches rechtliches Interesse liegt nämlich schon dann vor, wenn die Beweissicherung²⁹⁶ oder die Akteneinsicht²⁹⁷ »nur« dazu dienen soll, einen Prozess vorzubereiten und dabei die für eine effektive Rechtsverfolgung erforderlichen Beweise zu erkunden. Im Laufe der vorliegenden Arbeit soll geprüft werden, inwieweit *de lege lata* und *de lege ferenda* die Aufklärungsbereitschaft der nicht beweisbelasteten Partei trotz der von ihr zu wahrenen Geheimnisse durch eine *geschützte Einführung von vertraulichen Informationen* unter Einschränkung der Parteipflicht zumutbar gemacht und die Zusammenarbeit dadurch positiv gefördert wird.

F. Resümee

Der Judikatur zur Beweisnähe liegt im Regelfall die hier zu untersuchende Ausgangssituation zugrunde, bei der sich der Beweisführer in Beweisnot befindet und es der gegnerischen, nicht beweisbelasteten Partei möglich und in vielen Fällen zumutbar ist, den erforderlichen Beitrag zur Aufklärung zu leisten bzw im Beweisverfahren entsprechend mitzuwirken. Unabhängig davon, ob man auf das konkrete Verhalten der Parteien im Verfahren abstellt oder nicht, ist die von Teilen der Rechtsprechung für möglich gehaltene Beweislastumkehr wegen der Nähe zum Beweis abzulehnen. Die Judikatur übersieht dabei, dass die Verteilung der objektiven Beweislast eine Form von gesetzlicher Risikozuteilung ist, mit der der Gesetzgeber das Risiko der tatsächlichen Unaufklärbarkeit verteilt. Diesem Grundsatz widerspricht aber eine vom Einzelfall geprägte Änderung dieser Risikozuweisung. Die Risikoverteilung der objektiven Beweislast bestimmt sich richtigerweise nicht durch die Nähe zur prozessualen Aufklärungsmöglichkeit, sondern vielmehr durch die Nähe zur materiellen Rechtsfolge.

Die Judikatur zur Beweisnähe kann aber durchaus (»als fruchtbarer Irrtum«) nutzbar gemacht werden, weil sie eine Verpflichtung der nicht beweisbelasteten Partei anerkennt, über die entscheidungsrelevanten Umstände in ihrer Sphäre aufzuklären, wenn ihr das zumutbar ist. Damit wird zum einen eine Pflicht zur Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei im Verfahren bejaht, zum anderen vertreten, dass die Zumutbarkeit im Allgemeinen und schützenswerte Geheimhaltungsinteressen im Besonderen eine solche Kooperation begrenzen. Verweigert die nicht beweisbelastete Partei die ihr mögliche und zumutbare Aufklärung oder

296 *Rassi in Fasching/Konecny*³ § 384 ZPO Rz 16.

297 *Dazu Rassi in Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 47 ff.

Mitwirkung trotz Beweisnähe, kann sich das nicht auf die Verteilung der Beweislast, aber in der Beweiswürdigung auswirken. Eine Verweigerung der Kooperation durch die beweisnähere Partei darf vor allem bei berücksichtigungswürdigen Geheimhaltungsinteressen nicht zu deren Lasten ausgelegt werden. Im Laufe dieser Arbeit wird zu prüfen sein, inwieweit eine *geschützte Verwertung* vertraulicher Umstände geeignet ist, die Zumutbarkeit zu erhöhen und damit die prozessuale Kooperationspflicht zu fördern.

III. Die Kooperationspflicht im Lichte des Zwecks und der Grundsätze des Verfahrens

A. Einfluss der Prozessgrundsätze auf Kooperationspflichten?

- 67 Einer der in Deutschland vertretenen Haupteinwände gegen prozessuale Kooperationspflichten besteht darin, dass sich solche nicht mit der Verhandlungsmaxime des streitigen Verfahrens vertragen (vgl Rz 12). Zunächst ist zu beachten, dass eine Ableitung prozessualer Rechte und Pflichten (oder ihre Verneinung) *allein* aus Prozessmaximen generell problematisch sein kann, kennt doch weder die ZPO noch die dZPO eindeutige Bestimmungen, die die Geltung einer »Verhandlungsmaxime« oder des »Untersuchungsgrundsatzes« anordnen. Maximen sind im Gesetz eben selten ausdrücklich und umfassend geregelt, sondern in vielen Fällen nur daraus ableitbar oder gar nur programmatische Vorgaben.²⁹⁸ Es wäre natürlich kaum möglich, von diesen Grundsätzen nun auf einzelne Details zu schließen. Allerdings kann durch die Analyse einer Vielzahl von einzelnen Normen auf dem Wege der induktiven Methode eine allgemeine Aussage über einen dadurch zum Ausdruck kommenden Grundsatz gewonnen werden. Zu diesen Normen gehören zum Beispiel die Vorgaben über die Stoffsammlung.²⁹⁹ Diese leitenden Maximen, von denen die ZPO bei der Verfahrensgestaltung ausgeht,³⁰⁰ können bei der Auslegung der ZPO durchaus dazu nutzbar gemacht werden, zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine Kooperationspflicht vorliegen oder nicht. Die Auseinandersetzung mit der Kooperationspflicht und ihren Grenzen muss daher eine Prüfung darüber umfassen, inwieweit der Inhalt und der Umfang der Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der Parteien vom *grundsätzlichen Konzept des Zivilprozesses* zur Stoffsammlung und Aufklärung der Entscheidungsgrundlagen beeinflusst wird. Auch der Sinn der noch darzulegenden »Kooperationsnormen« der ZPO kann nur dann

298 *Rassi*, Prozessgrundsätze 13.

299 *Rassi*, Prozessgrundsätze 14.

300 *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 454.

umfassend beurteilt werden, wenn dazu die Grundsätze des Verfahrens bzw der Prozesszweck näher beleuchtet werden.

Dem grundsätzlichen Einwand, dass eine Kooperationspflicht der nicht be- 68
weisbelasteten Partei an der Verhandlungsmaxime scheitern müsse, ist aus ös-
terreichischer Sicht zunächst entgegenzuhalten, dass der genannte Grundsatz im
Prozessrecht nicht in seiner reinen Form verwirklicht ist. Schon der historische
Gesetzgeber der ZPO hat die Stoffsammlungsbefugnis weder *ausschließlich* den
Parteien noch *allein* dem Richter übertragen³⁰¹ und damit dem reinen Verhand-
lungsgrundsatz eine Absage erteilt. Nach zutreffender Ansicht soll ein *aktiver Rich-*
ter das Verfahren mit den Parteien führen, die wiederum kooperativ ihren Beitrag
zur umfassenden Aufklärung der Entscheidungsgrundlagen leisten müssen, wo-
bei sich die Rolle des Gerichts (dazu Rz 119 ff) und der Parteien nicht immer scharf
trennen lassen.³⁰² Der österreichische Gesetzgeber hat sich bei der Normierung
der Grundsätze für die Sammlung der Entscheidungsgrundlagen nicht starr an
einem klassischen Prozessprinzip orientiert, sondern vielmehr eine *Mischform*³⁰³
von Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsgrundsatz (bzw Parteienmaxime
oder Beibringungsgrundsatz) verwirklicht, die verbreitet als »*abgeschwächter Unter-*
suchungsgrundsatz«,³⁰⁴ »*gemischte Verhandlungsmaxime*«,³⁰⁵ »*Kooperationsmaxime*«,³⁰⁶
oder »*Sammelmaxime*«³⁰⁷ bezeichnet wird.

Diese Terminologie ist Kritik unterworfen. *Fasching* lehnt insb den Begriff des 69
»*abgeschwächten Untersuchungsgrundsatzes*« ab, weil die Parteienverantwortung für
die Stoffsammlung in ihrem Kern durch die richterlichen Pflichten nicht so stark
berührt werde.³⁰⁸ Auch *Fasching*, der von der Geltung des *Verhandlungsgrundsatz-*
es ausgeht, räumt allerdings erkennbare »*Elemente des Untersuchungsgrundsatzes*«
ein,³⁰⁹ der Verhandlungsgrundsatz sei dem Untersuchungsgrundsatz angenähert.³¹⁰

301 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 348.

302 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340.

303 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 348; *Klicka*, JBl 1991, 233; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 74; *Rassi*, ZZP 121 (2008) 185; *Rassi*, EF-Z 2010, 215. Vgl auch *Bernhardt* (in FS-Rosenberg 14): »*Auch eine Mischung beider Prinzipien ist denkbar, wie die Österreichische Zivilprozessordnung mit größtem praktischen Erfolg gezeigt hat.*«

304 *Deixler-Hübner/Klicka*, ZVR⁹ Rz 17; *Gottwald* in FS-Stürner 308; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 74; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 458; *Rechberger* in FS 100 Jahre ZPO 58; *Rassi*, ZZP 121 (2008) 168.

305 *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 226 [»mit Elementen der Inquisitionsmaxime durchsetzt«]; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 4.

306 *Holzhammer* in Praktisches Zivilprozessrecht I⁶, 106, 110; *Buchegger/Markowetz*, ZPR 133; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 171 ZPO Rz 3 [»Kooperationsmodell«]; *Rechberger*, R.L.R. 2008, 103; auch Teile der deutschen Lehre bejahen eine derartige Maxime für die dZPO, vgl *Wassermann*, Der soziale Zivilprozess passim oder *Greger*, Kooperation 77, wobei Letzterer damit den Wesensgehalt der Verhandlungsmaxime nicht antasten will.

307 *Holzhammer*, Zivilprozessrecht² 127.

308 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 16.

309 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 16.

310 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 639.

Seiner Kritik liegt wohl das klassische Verständnis von Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime zugrunde. Gerade der Umstand, dass das System der ZPO österreichischer Prägung von *beiden* Grundsätzen beeinflusst ist, rechtfertigt es aber, jedenfalls von einem *Mischsystem* auszugehen. Unabhängig von der strittigen Frage, welche Stoffsammlungsprinzipien den österreichischen Zivilprozess mehr prägen, kann wohl nicht bestritten werden, dass der *reine* Verhandlungsgrundsatz nicht verwirklicht ist. Es wird freilich nicht verkannt, dass die vertretenen Begriffe Verwirrung auslösen können, vor allem wenn offen bleibt, welche konkreten Folgen sich daraus für die Rollenverteilung im Verfahren ergeben.

70 Ist es aber für die Frage, ob die Parteien zur *gegenseitigen* Mitwirkung und Aufklärung verpflichtet sind oder nicht, überhaupt von entscheidender Relevanz, in welchem Bereich der Bandbreite zwischen dem reinen Verhandlungsgrundsatz und dem strengen Untersuchungsgrundsatz der Fokus gesetzt wird? Beeinflusst die definierte Rolle des Gerichts den Inhalt und Umfang der gegenseitigen Kooperation der Parteien? Ist mit der Absage an den *reinen Verhandlungsgrundsatz* eine Pflicht der Parteien, sich gegenseitig zu unterstützen, verbunden? Kann somit bereits aus den klassischen Prozessgrundsätzen abgeleitet werden, ob die Parteien des Verfahrens – unabhängig von der sie treffenden Behauptungs- oder Beweislast – zur *gegenseitigen Aufklärung* und *Mitwirkung* verpflichtet sind? Für die hier zu untersuchende Frage nach der Pflicht zur gegenseitigen Kooperation der Parteien ist zu prüfen, ob eine Kooperationspflicht zwischen den Parteien bereits aus bestimmten *Verfahrensmaximen*, die die Aufgabenverteilung zwischen dem Gericht und den Parteien regeln, folgt bzw ausgeschlossen ist. Ist die nicht beweisbelastete Partei *nur deshalb* verpflichtet, bei Beweisschwierigkeiten ihres Gegners mit diesem zu kooperieren und den ihr zumutbaren Beitrag zur Überwindung dieser Beweisschwierigkeiten bzw zur Sachverhaltsaufklärung zu leisten, *weil* nach der ZPO die reine Verhandlungsmaxime abgeschwächt ist? Folgt wiederum der *nemo tenetur*-Grundsatz aus der Anwendung der reinen Verhandlungsmaxime und ist er (nur) in einem Verfahren mit (abgeschwächtem) Untersuchungsgrundsatz ausgeschlossen?

71 Ein oberflächlicher Vergleich der österreichischen mit der deutschen Zivilprozessordnung könnte zu dem Schluss verführen, dass aus der starken Stellung des Richters zwingend eine stärkere Kooperationspflicht der Parteien folgt, während die Verwirklichung des reinen Verhandlungsgrundsatzes eher gegen eine Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei spricht.

72 Von einer derartigen kausalen Wechselbeziehung dürften vor allem die deutsche Rechtsprechung und Teile der deutschen Lehre ausgehen. Wegen des liberalen, von der reinen Verhandlungsmaxime geprägten Konzepts³¹¹ der deutschen ZPO (zumindest in ihrer Stammfassung) wird eine Heranziehung der Parteien zur

311 *Stürmer*, Aufklärungspflicht 6 FN 8 [*> davon auszugehen, dass die ZPO im Grundansatz die Verhandlungsmaxime verwirklicht und sie durch inquisitorische Elemente nur modifiziert.*«].

Sachverhaltsaufklärung immer sehr zurückhaltend betrachtet³¹² und der Grundsatz *nemo contra se edere tenetur*³¹³ auch für den Zivilprozess vertreten (vgl Rz 2). Die Gegner einer prozessualen Aufklärungspflicht weisen dabei vor allem auf die kontradiktorische Verfahrensgestaltung der dZPO hin.³¹⁴ Demnach soll es gerade »zum Wesen einer kontradiktorischen Verfahrensgestaltung« gehören, »dass die nicht beweisbelastete Partei weder zur Sachverhaltsaufklärung beitragen muss noch Nachteile aus einem verbliebenen non liquet zu tragen hat.«³¹⁵ Dem liegt die in den Materialien zur dZPO vertretene rigide Haltung zugrunde. Demnach wird etwa beim Urkundenbeweis die Wahrheitspflicht der Parteien dem freien Verfügungsrecht des Urkundeninhabers untergeordnet:³¹⁶ »Das Streben nach materieller Wahrheit darf nicht dazu führen, dass in das freie Verfügungsrecht des Inhabers von Urkunden eingegriffen wird. [...] Nach dem Entwurf besteht die Editionsspflicht nur als privatrechtliche Verpflichtung [...]«. ³¹⁷ Nach diesem Verständnis wird die Tatsachenaufklärung in erster Linie der beweisbelasteten Partei aufgebürdet, während dem nicht beweisbelasteten Prozessgegner und dem Richter hingegen eine passive Rolle zugeschrieben wird.³¹⁸ Hand in Hand mit diesem Verständnis geht die Annahme, dass die Feststellung der Wahrheit nicht das Ziel des Zivilprozesses sein soll.³¹⁹

Quasi als Gegenthese zu einem derartigen Verständnis hat Franz Klein den Begriff der »gegenseitigen Unterstützung der Prozessparteien«³²⁰ mit seinem sozialen und der Wahrheitsfindung verpflichteten³²¹ Prozessmodell geprägt und dieses in einen scharfen Gegensatz zu einem Prozessmodell gesetzt, das Klein »mit einem Krieg ohne Rotes Kreuz, [...] in dem man den Gegner ohne juristische oder ethische Hilfeleistungs-

73

312 Dazu Stürmer, Aufklärungspflicht 14; Stürmer, ZJP 104 (1991) 216 [Entscheidungsanm]; Gottwald, Aufklärungspflicht 30 ff; H. Roth, ZJP 109 (1996) 291.

313 Dazu vgl Rassi, ZJP 121 (2008) 165 ff mwN.

314 ZB Arens, ZJP 96 (1986) 18 ff.

315 Prütting, Gegenwartsprobleme 137.

316 Vgl Gottwald in FS-Stürmer 303.

317 Hahn, Materialien I 325.

318 Stürmer (ÖJZ 2014, 634) erachtet diese Haltung als »Missverständnis« des deutschen prozessualen Liberalismus. Es sei die Furcht vor dem dominanten Richter gewesen, wie ihn vor allem der friderizianische Prozess Preußens mit seiner Inquisitionsmaxime vorübergehend geschaffen hatte. Man habe durch die Minimierung von Mitwirkungspflichten der Parteien richterliche Übergriffe auf die Parteiautonomie bei der Tatsachenbeschaffung von vornherein ausschließen wollen.

319 IdS etwa bereits Wach, Handbuch I 4. Vgl auch Oberhammer, Richterliche Gewalt 232 [»Meines Erachtens erscheint es jedenfalls naheliegend, anzunehmen, dass die Redaktoren der dZPO 1877 die Wahrheitspflicht nicht gewollt haben.«].

320 Klein, Pro futuro 36 ff. Dazu auch: Kralik in FB Franz Klein 92 f; Oberhammer, Richtermacht 73; Rechberger in Fasching/Konecny³ vor § 266 ZPO Rz 3 mwN.

321 Zutreffend hat Klein bereits 1885 erkannt, dass die Wahrheitspflicht dem Verhandlungsgrundsatz nicht widerstreitet; vgl zB Klein, Die schuldhaftige Parteihandlung, 125 ff. Ihm folgend zB Ficht, Wahrheitspflicht 38; Gottwald in FS-Stürmer 304; Novak, ÖJZ 1949, 340; vgl auch Bernhardt (in FS-Rosenberg 14 f), wonach der Verhandlungsgrundsatz ein geeignetes Mittel sei, auf kürzestem Weg den wahren Sachverhalt herauszustellen.

*pfl*icht verbluten sehen kann«, verglichen.³²² Dieses Konzept wurde ua mit der Normierung des § 184 ZPO umgesetzt, der gerade ein wichtiger Hinweis ist, dass der Grundsatz *nemo contra se edere tenetur* für den österreichischen Zivilprozess nicht gilt.³²³ § 184 ZPO widerlegt diesen Grundsatz, sodass auch die einzelnen Kooperationsnormen des Beweisrechts (dazu Rz 111 ff) nicht bloß als Ausnahme von *nemo contra se edere tenetur* zu betrachten sind. Sie sind vielmehr Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Gedankens, dass sich die Parteien ganz unabhängig von der Beweislast gegenseitig zu unterstützen haben.

74 Basiert dieser Kooperationsgedanke des österreichischen Modells aber tatsächlich auf einer Absage des reinen Verhandlungsgrundsatzes?³²⁴ Abgesehen davon, dass sich die deutsche ZPO – vor allem durch die Novellen 1933,³²⁵ 1976 bis hin zum Jahre 2002 – bereits deutlich vom reinen Verhandlungsgrundsatz verabschiedet hat,^{326,327} ließe sich auch vom Standpunkt einer liberalen Prozessordnung

322 Klein, Pro futuro 39.

323 Dazu vgl Rassi, ZJP 121 (2008) 192 mwN; zustimmend Gottwald in FS-Stürner 308.

324 Franz Klein hat sich durchaus vehement gegen die »strenge Verhandlungsmaxime« und das Dogma gewandt, dass der Staat am Gegenstand des Zivilstreits kein Interesse hat. Vgl Klein, Vorlesungen 55. Bei dieser Kritik stand aber stets das Gebot der Wahrheitsermittlung im Vordergrund.

325 Böhm (Ius commune VII, 158) hat darauf verwiesen, dass die Novelle »keineswegs nationalsozialistisches Gedankengut enthält, sondern nachweislich auf dem Vorbild der öZPO beruht«. Letzteres deckt auch der Umstand, dass schon der »Vorspruch« des Gesetzes von der Klein'schen Diktion geprägt ist, worauf Sprung (ZJP 92 [1979] 25) und Rechberger (R.L.R. 2008, 105) zutreffend aufmerksam gemacht haben. Allerdings ist die Novelle wohl auch ein Kind seiner Zeit. Vgl etwa die Stimmen aus dieser Zeit, die die damalige Neuregelung dem NS-Gedankengut zuschrieben. Benkendorff (JW 1933, 2870), verwies darauf, dass es sich bei der Diskussion zur Zulässigkeit der Prozesslüge um eine Frage der Weltanschauung handelte [»So ist es kaum zu verwundern, dass es erst jetzt der Weltanschauung des Nationalsozialismus gelungen ist, den Streit gesetzlich zu beenden.«]. Entsprechendes lässt sich bereits zum Teil aus dem ersten Satz der umfassenden Monographie von von Hippel (Wahrheitspflicht 7) aus dem Jahr 1939 ableiten [»Der jähe Umschwung, der sich in Deutschland von vieljähriger überwiegender Ablehnung oder doch Anzweiflung einer Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess zu einer oft emphatischen Anerkennung dieser Pflicht vollzogen hat, erklärt sich zum Teil aus einer politischen Entwicklung, die, mit dem rechtlichen Wahrheitsinteresse des natürlich Empfindenden im Bunde, hier sofort die Bahn des Gesetzes zu beschreiten wusste«]. Noch deutlicher sind die Ausführungen von Ficht in den Schlussworten seiner 1934 publizierten Monographie »Die Wahrheitspflicht« (58): »Die nationalsozialistische deutsche Revolution hat endlich auch die geistigen Voraussetzungen geschaffen, auf denen sich soziale Gedanken auswirken können. Der Nationalsozialismus, der keinen Unterschied zwischen Recht und Moral macht und die Identität von Moral und Recht schaffen will, stellte einer liberalistisch-egoistischen Weltanschauung eine neue Weltanschauung entgegen: Gemeinnutz geht vor Eigennutz. Demnach muss auch im Prozess das Einzelinteresse notwendig da zurücktreten, wo es das Interesse der Allgemeinheit an wirklichem Rechtsschutz gefährden könnte. Das Verbot der Lüge und das Gebot der Wahrheit für die Parteivorträge ist daher eine notwendige Folge der neuen Grundeinstellung zum deutschen Prozessrecht.«

326 Die dZPO hat sich diesbezüglich durchaus weiterentwickelt und dem österreichischen Konzept angenähert. Im Jahr 2002 brachte eine weitere Zivilprozessrechtsreform das ursprüngliche Grundverständnis der dZPO ins Wanken. Hier fällt aus österreichischer Sicht auch auf, dass in Deutschland von den Gegnern des *nemo tenetur*-Einwandes die in Richtung *allgemeine Aufklärungspflicht* gesetzten Schritte in der Tendenz eher begrüßt werden (zB Stadler in FS-Beys 1645),

trefflich argumentieren, dass die Zurückdrängung des staatlichen, sprich richterlichen Einflusses durch eine verstärkte gegenseitige Unterstützung kompensiert werden muss. Gerade im englischen und US-amerikanischen Zivilprozess sind Aufklärungspflichten – Stichwort *discovery*³²⁸ – stark ausgeprägt,³²⁹ wobei diese etwa in den Vereinigten Staaten freilich durch großzügige *protective orders*, etwa zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, abgeschwächt werden³³⁰ und das reformierte britische Recht durch eine strenge »*no-fishing-rule*« einen Ausforschungsbeweis weitgehend ausschließt.³³¹ Auch eine vom Verhandlungsgrundsatz geprägte Prozessordnung muss daher nicht mit *Kooperationspflichten* zur Erreichung des Ziels der Wahrheitsermittlung im Widerspruch stehen,³³² zumal die Aufklärungspflichten zulasten der nicht behauptungs- und beweisbelasteten Partei gehen und nicht

während man einer Stärkung der richterlichen Sachverhaltsaufklärung wesentlich kritischer bis ablehnend gegenübersteht (s *Stadler* in FS-Beys 1626).

327 Siehe auch die Ausführungen von *Arens* (ZZP 96 [1983] 8), wonach die Änderungen im 20. Jahrhundert zu einer wesentlichen Verstärkung der Richtermacht geführt hätten und Elemente des Liberalismus wesentlich schwächer geworden seien. Es sei nicht streitig, dass die Verhandlungsmaxime nicht mehr uneingeschränkt gelte (aaO 19).

328 Nach dem US-amerikanischen Zivilprozess kennzeichnet die *discovery* jenes Verfahrensstadium, in dem die Parteien vom Gegner oder Dritten umfangreiche schriftliche oder mündliche Informationen oder die Vorlage von Urkunden verlangen können. Es bleibt dabei weitgehend den Parteien überlassen, welche Urkunden vorgelegt und welche Informationen preisgegeben werden sollen, wenn nur ein plausibler Grund für das Vorlagebegehren genannt wird und die zu beschaffenden Informationen in irgendeiner Weise geeignet sind, zu verwertbarem Beweismaterial zu führen (*fishing expeditions*). Somit besteht eine umfassende Mitwirkungspflicht des Gegners im Interesse der Offenlegung und Ermittlung der objektiven Wahrheit (*Pabst* in MünchKomm⁴ HBewÜ Art 23 Rz 3). Hingegen sind die Mitwirkungspflichten nach der britischen *discovery* wesentlich eingeschränkter (*Pabst* in MünchKomm⁴ HBewÜ Art 23 Rz 3). Diese ist davon geprägt, dass die vorzulegenden Urkunden ausreichend bestimmt sein müssen und zB zur Ergänzung einer Zeugenaussage erforderlich erscheinen. Die Vorlagepflicht wird amtswegig geprüft. Zur Problematik näher von *Hülsem*, RIW 1982, 225.

Interessanterweise war auch das Denken von *Franz Klein* bei der Konzeption der ZPO stark von der *discovery* als Vorbild für die von ihm befürwortete »gegenseitige Unterstützung der Prozessparteien« geprägt. Vgl *Klein*, Pro futuro 36 ff; *Kralik* in FB Franz Klein 93; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 3.

329 *Katzenmeier* (JZ 2002, 538) spricht im Zusammenhang mit dem Zivilprozess der USA von »geradezu grotesken Formen der Aufklärung«.

330 *Stadler* in FS-Beys 1627 mwN.

331 *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 62.

332 *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 37; *Peters* in FS-Schwab 408; *Stürner*, ZZP 98 (1985) 254 f; *Stürner*, ZZP 104 (1991) 216 [Entscheidungsanm]. Vgl auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 283 FN 35, die zutreffend herausarbeitet, dass ein von der Verhandlungsmaxime beherrschter Prozess – gleich wie ein vom Untersuchungsgrundsatz geprägter – die Wahrheitserforschung erfolgreich betreiben kann. Zum entsprechenden Leistungsvergleich vgl *Parker/Lewisch* in 100 Jahre ZPO 210 ff. Die Eignung des Verhandlungsgrundsatzes herausstreichend *Habscheid*, ZZP 96 (1983) 309 [»Die Verhandlungsmaxime ist daher ein geeignetes Mittel zur Wahrheitserforschung«]; vgl jüngst auch *Gomille* (Informationsproblem 118), der zum U.S.-amerikanischen Zivilprozess mwN vertritt, dass dort »die Wahrheitsermittlung als Garant für den höchsten erzielbaren Grad an Gerechtigkeit erachtet wird.«

zwingend erweiterte *richterliche Untersuchungsbefugnisse* erfordern.³³³ Die Beibringung des Tatsachenstoffes bleibt Sache der Partei.³³⁴ Eine Aufklärungspflicht kann daher durchaus die Verhandlungsmaxime stärken,³³⁵ weil es den fairen Wettkampf zwischen den Parteien fördert³³⁶ und eine aktive Rolle des Richters ersetzen kann.³³⁷ *Stürner* weist darauf hin, dass es der Beibringungsgrundsatz als Ausfluss der Parteiautonomie sei, der Aufklärungspflichten der Parteien verlange, wobei dem Missbrauch durch das Gebot ausreichender Substantiierung und durch spezielle Weigerungsrechte vorgebeugt werden müsse.³³⁸

75 Das Gesagte dokumentiert, dass die aus den Stoffsammlungsmaximen abzuleitende Stellung des Richters (dazu Rz 119 ff) *allein* kein taugliches Kriterium für ein aufklärungs- oder mitwirkungsfreundliches Klima ist.³³⁹ Daraus folgt aber, dass das *nemo tenetur*-Prinzip nicht mit dem bloßen Hinweis auf den Verhandlungsgrundsatz begründet werden kann. Nach richtigem Verständnis der klassischen Stoffsammlungsmaximen Verhandlungsgrundsatz bzw Untersuchungsgrundsatz betreffen diese nur die Frage, ob und inwieweit *dem Gericht* und/oder *den Parteien* die Beschaffung des für die Entscheidung erforderlichen Tatsachenstoffes obliegt,³⁴⁰ während mit der Wahl eines bestimmten Stoffsammlungskonzepts noch wenig darüber ausgesagt wird, ob *eine Partei* die *andere Partei* unterstützen muss. Selbst der Begriff »Kooperationsmaxime« legt das streng genommen nicht zwingend nahe,³⁴¹ könnte damit doch nur gemeint sein, dass die Parteien jeweils mit dem Gericht, nicht aber mit dem jeweiligen Gegner zu kooperieren haben. Für die Frage der Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei kann es nicht zwingend darauf ankommen, in welcher Weise die Grundsätze der Stoffsammlung zwischen den Extrempolen (»*antipodischen Maximen*«,³⁴² »*Extreme*«³⁴³) Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsgrundsatz austariert werden. Es wäre daher verkürzt, aus dem aufklärungsfreundlichen österreichischen Modell – wegen der

333 *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 62.

Für das reformierte britische Recht ist darauf hinzuweisen, dass der Richter aktiv verpflichtet ist, auf die Kooperation hinzuwirken. Vgl Part 1 Rule 1.4 Civil Procedure Rule (in der Fassung vom Sep 2013): »The court must further the overriding objective by actively managing cases.«

334 *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 62.

335 Vgl *Schlosser*, JZ 1991, 603.

336 *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 62.

337 Zustimmung *Gottwald* in FS-Stürner 313; vgl bereits *Stürner*, ZZP 98 (1985) 255.

338 *Stürner*, ÖJZ 2014, 634.

339 *Gottwald* in FS-Stürner 305 f [»Über die gegenseitigen Pflichten der Parteien an der Sachaufklärung mitzuwirken, sagt der Beibringungsgrundsatz nichts aus«]; *Stadler* in FS-Beys 1630; *Stürner*, ZZP 98 (1985) 255.

340 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 12.

341 IdS auch *Greger*, Kooperation 78, wonach die Bejahung der Kooperationsmaxime nicht gleichzusetzen sei mit der Forderung nach einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht.

342 *Stürner*, ÖJZ 2014, 635.

343 *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 223.

dort nicht verwirklichten reinen Verhandlungsmaxime – quasi im Gegenschluss von einem aufklärungsfeindlichen Klima dann auszugehen, wenn in einem Verfahren die reine Verhandlungsmaxime gilt.³⁴⁴ Ein anschauliches Beispiel für eine umfassende Mitwirkungspflicht der Parteien³⁴⁵ und einer (zumindest in jüngerer Zeit) aktiven Rolle des Richters³⁴⁶ bietet beispielsweise die französische Zivilprozessordnung.³⁴⁷

Dass aus dem *Austriacum* »Zivilprozess mit abgeschwächtem Untersuchungsgrundsatz« noch nicht zwingend die Pflicht zur Mitwirkung der Parteien folgt, zeigt das vom (wohl reinen) Untersuchungsgrundsatz beherrschte Strafverfahren. Es wäre verfehlt, den dort bestehenden Untersuchungsgrundsatz in zwingende Wechselwirkung zu einer vorliegenden Kooperationspflicht der Parteien zu setzen.³⁴⁸ Eine solche Kooperationspflicht ist im Strafverfahren abzulehnen. Das Strafprozessrecht lässt sich schon wegen des dort dominierenden Schutzes vor Selbstbelastung in diesem Zusammenhang nicht mit dem Zivilprozess vergleichen. Niemand ist verpflichtet, Zeugnis gegen sich selbst abzulegen (§ 7 Abs 2 StPO). Das Schweigerecht erlaubt, passiv zu bleiben.³⁴⁹ Es ist gerade ein wesentlicher Unterschied zum Zivilverfahren, dass der Beschuldigte oder der Angeklagte im Strafverfahren nicht verpflichtet ist, das Verfahren zu fördern.³⁵⁰ Ungeachtet der bestehenden Parallelen zwischen dem Strafprozess und dem (auch von Elementen des Untersuchungsgrundsatzes geprägten) Zivilprozess ist im Zivilprozess (im Gegensatz zum Strafprozess) die Anwendung des Grundsatzes *nemo contra se edere tenetur* im Hinblick auf die zahlreichen Bestimmungen der ZPO, die zur gegenseitigen Kooperation

76

344 IdS auch Beckhaus, Bewältigung 299 [»Die allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht verstößt weder gegen den Verhandlungs- noch gegen den Dispositionsgrundsatz und lässt sich auch mit dem bestehenden System der Behauptungslastregelungen vereinbaren.«]; Gottwald in FS-Stürner 305 f [»Über die gegenseitige Pflichten der Parteien an der Sachaufklärung mitzuwirken, sagt der Beibringungsgrundsatz jedoch nichts aus«]; Stürner, ZZP 104 (1991) 215 [Entscheidungsanm]; Stadler in FS-Beys 1630.

345 Stürner in FS-Stoll 699 [»formuliert [...] eine allgemeine Mitwirkungspflicht«].

346 Vgl zB Rechberger, R.L.R. 2008, 107 oder Stürner in FS-Stoll 697.

347 Außerhalb des Bereichs des streitigen Verfahrens ist natürlich auf das AußStrG zu verweisen, das sowohl eine aktive Rolle des Richters als auch der Parteien normiert (§§ 13, 16 AußStrG).

348 Schon wegen Art 6 EMRK ist im Strafprozess niemand verpflichtet, Zeugnis gegen sich selbst abzulegen (§ 7 Abs 2 StPO). Aufgrund einer Zusammenschau des Selbstbelastungsverbots mit anderen im Strafverfahren herrschenden Grundsätzen (Amtswegigkeit, Unschuldsvermutung, Anklagegrundsatz, Objektivitätsgebot) ist es dem Beschuldigten auch durch das Schweigerecht erlaubt, passiv zu bleiben (vgl RIS-Justiz RS0127962; 1 Ob 123/15t). Kodek (ÖJZ 2001, 292 FN 137) hat zutreffend darauf verwiesen, dass hier eben ein wichtiger Unterschied zwischen Zivil- und Strafverfahren liegt. Im Strafprozess seien zwar Duldungspflichten des Beschuldigten bzw Verdächtigen normiert, aber keine aktiven Mitwirkungspflichten. Für das Strafverfahren hat bereits Schmoller (RZ 2000, 169 FN 93) zu Recht betont, dass eine aktive Mitwirkung anders zu sehen ist als die bloße Zulässigkeit einer Beweisaufnahme ohne Mitwirkung.

349 Vgl zB 1 Ob 123/15t.

350 1 Ob 123/15t.

verpflichten und die die Grundsätze der Arbeitsgemeinschaft (dazu unten) unterstreichen, abzulehnen.³⁵¹

Zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen die knappen Ausführungen in der zurückweisenden Entscheidung 8 Ob 167/99p, in der vertreten wird, dass sich der nach § 1296 ABGB beweisbelastete Geschädigte seiner Beweislast nicht unter Berufung auf eine Aufklärungspflicht, für die ein Rechtsgrund nicht erkennbar sei, befreien könne. Entsprechendes gelte für die Figur der Nähe zum Beweis. Daraus sei kein Selbstbeichtigungsgebot abzuleiten. Insoweit die Entscheidung hier eine Beweislastumkehr ablehnt, ist ihr zuzustimmen. Allerdings ist der auf eine fehlende Rechtsgrundlage gestützten Ablehnung einer Aufklärungspflicht die Bestimmung des § 184 ZPO entgegenzuhalten. Auch der Hinweis auf eine mit der Aufklärung verbundene »Selbstbeichtigung« überzeugt nicht. Im Gegensatz zum Strafprozess ist im Zivilprozess die Anwendung des Grundsatzes *nemo contra se edere tenetur* im Hinblick auf die zahlreichen Bestimmungen der ZPO, die zur gegenseitigen Kooperation verpflichten und die Grundsätze der Arbeitsgemeinschaft unterstreichen (dazu Rz 88 ff), abzulehnen. Davon abgesehen würde es wohl Treu und Glauben widersprechen, wenn sich eine Partei »hinter Beweisschwierigkeiten ihres Prozessgegners verschanzt.« (5 Ob 304/76 mwN; 5 Ob 311/81). Das ist freilich in der Rechtsprechung nicht umfassend anerkannt, wie etwa 2 Ob 217/04g oder 10 Ob 47/07w zeigen, wonach im streitigen Unterhaltsverfahren keine Verpflichtung des Beklagten bestehen soll, aktiv an der Feststellung seiner Einkommensverhältnisse mitzuwirken.³⁵²

77 Auch der EuGH hat bereits 1993 festgehalten, dass das nationale Gericht gemeinschaftsrechtlich nicht gehalten sei, bei der Prüfung eines Antrags auf Anordnung einer vorgezogenen Zeugenvernehmung im Vorgriff auf einen Zivilprozess den Grundsatz anzuwenden, dass ein Unternehmen nicht zur Beantwortung von Fragen verpflichtet ist, wenn ihre Beantwortung das Eingeständnis einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsvorschriften beinhaltet.³⁵³ Damit wird dem *nemo tenetur*-Grundsatz auf Unionsrechtsebene eine Absage erteilt, wobei der EuGH die Aussage nicht in Bezug zu einem bestimmten Stoffsammlungsprinzip gesetzt hat.

351 *Rassi*, ZJP 121 (2008) 192.

352 *Zust Deixler-Hübner*, iFamZ 2016, 360.

353 EuGH 10. 11. 1993, Rs C-60/92, *Otto BV/Postbank* Rn 21. Ähnlich nunmehr auch § 37j KartellG 2005, der bei der Offenlegung von Beweismitteln in Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, ua auch den Umgang mit vertraulichen Informationen regelt. Dabei ist nach Abs 5 leg cit das Interesse von Unternehmen, Schadensersatzklagen aufgrund von Wettbewerbsverletzungen zu vermeiden, nicht schutzwürdig und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unbeachtet zu lassen. Vgl auch 16 Ok 14/13 EvBl 2014/111 [*Rittenauer*], wonach es sich bei einem Wettbewerbsverstoß niemals um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handeln könne.

B. Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung erfordert Kooperation

Wenn eine Bezugnahme zur Stoffsammlung wenig Aussagegewert hat, stellt sich naturgemäß die Frage, worauf sich die hier behauptete Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht als prägendes Element des Zivilprozesses sonst gründet. Für diese Frage ist nicht so sehr die Wahl des Stoffsammlungsprinzips, sondern vielmehr der Umstand ausschlaggebend, ob ein Prozess auf die *materielle Wahrheitsfindung* abzielt oder nicht.³⁵⁴

78

Aufgabe des österreichischen Zivilprozesses ist es gerade, die richtigen³⁵⁵ und vollständigen Entscheidungsgrundlagen festzustellen,³⁵⁶ weil nur damit ein »richtiges und sachgerechtes« Urteil gewährleistet ist,³⁵⁷ was jedoch die Erforschung der Wahrheit voraussetzt.³⁵⁸ Insoweit kann das Konzept der ZPO durchaus als modern und fortschrittlich bezeichnet werden.³⁵⁹ Der Prozess »soll in eine Entscheidung münden, die auf dem vom Gericht vollständig und richtig festgestellten Sachverhalt basiert.«³⁶⁰ Das geht geradezu programmatisch aus § 272 ZPO hervor, wonach das

79

354 *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 303 ZPO Rz 8.

355 Exemplarisch jüngst auch 1 Ob 180/16a, wonach der Rechtsmittelausschluss gegen die Bewilligung der Wiedereinsetzung auch aus der Sicht des Art 6 EMRK unbedenklich sei, weil durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung die Wahrheitsfindung nur gefördert wird und daher berechnete Interessen einer Partei nicht verletzt werden. Werde demnach durch die Bewilligung eines Wiedereinsetzungsantrags kein berechtigtes Interesse einer Partei – nämlich an einer rechtsrichtigen und auf ausreichender Tatsachengrundlage beruhenden Sachentscheidung – verletzt, sei nicht zu erkennen, inwieweit der Wiedereinsetzungsgegner vom Schutzzweck der Normen über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfasst sein sollte, weshalb ein Amtshaftungsanspruch wegen zu Unrecht bewilligter Wiedereinsetzung scheitern muss. Das würde sonst auf ein Recht einer Partei hinauslaufen, dass eine zu ihren Gunsten ergangene, materiell aber unrichtige Entscheidung, aufrecht bleibt.

356 Siehe bereits Mat I 260, worin die Bedeutung einer möglichst richtigen und vollständigen Sachverhaltskenntnis für die Prozessentscheidung hervorgehoben wird. Vgl auch *Klein, Zeit und Geistesströmungen* 122; *Fasching, Lehrbuch*² Rz 652; *Fucik in Rechberger/Klicka*⁵ § 178 ZPO Rz 1; *Riss, Gemeinschaftlichkeit* 115; für Deutschland: *Bernhardt in FS-Rosenberg* 11 [»Ein gerechtes Urteil kann nur auf der Wahrheit beruhen. Ein vollständiges und der Wirklichkeit entsprechendes Bild des Sachverhalts ist Vorbedingung eines richtigen Spruchs«]; *Störmer, JuS* 1994, 335. Vgl aber auch das völlig gegenläufige Konzept von *Wach, Vorträge* 199 (»Die Feststellung der Wahrheit ist nicht das Ziel des Zivilprozesses und kann es nicht sein. Sie ist sein zufälliges Resultat«).

357 *Klein, Zeit- und Geistesströmungen* 131; zustimmend *Rechberger* in FS 100 Jahre ZPO 56.

358 *Klein, Zeit und Geistesströmungen* 122: »Aufgabe des Richters ist [...], nach Wahrheit zu forschen, Wahrheit zu verkünden, denn ein wahres, richtiges Bild der Tatsachen ist die Hauptbedingung eines gerechten Spruchs.«; *Klein/Engel, Zivilprozess* 199 f; *Bienert-Nießl, Auskunftspflichten* 276 uva. Siehe auch die Gesetzesmaterialien, die mehrfach das Ziel der Wahrheitsforschung, zB im Zusammenhang mit dem Zeugenbeweis, (Mat I 318 [»Anforderungen der Wahrheitserforschung«]) bei den richterlichen Befugnissen (siehe Mat I 776 [»Ermittlung der materiellen Wahrheit«]) und schließlich auch bei der Kooperationspflicht hervorheben (siehe Rz 86).

359 *Rechberger* in FS 100 Jahre ZPO 57.

360 *Bienert-Nießl, Auskunftspflichten* 348.

Gericht unter Berücksichtigung des Ergebnisses der *gesamten Verhandlung* und *Beweisführung* letztendlich *in freier Überzeugung* zu beurteilen hat, *ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht*. Das Erkenntnisziel des Gerichts ist »also nichts anderes als die Wahrheit«. ³⁶¹ Vgl § 178 ZPO und die Ausführungen in Rz 93 ff.

Das zeigt den engen Zusammenhang zwischen der *freien Beweiswürdigung* und der *Wahrheitsforschung*. Zutreffend wurde erkannt, dass die *freie Beweisführung* der beste Weg der Wahrheitsfindung im Prozess ist. ³⁶² Es gibt nur wenige ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen, die die Beweiswürdigung und damit die Wahrheitsforschung einschränken. Zu denken ist hier an Beweisregeln im Bereich des Urkundenbeweises (§§ 292, 293 ZPO), die zum Teil eine freie Beweiswürdigung ausschließen. ³⁶³ Das betrifft die Beweiskraft öffentlicher Urkunden hinsichtlich des Beweises der Unrichtigkeit der Verfügung oder Erklärung; wegen eines Umkehrschlusses aus § 292 Abs 2 ZPO unterliegen die dort angeführten Beweisthemen nicht der freien Beweiswürdigung. ³⁶⁴ Entsprechendes gilt mangels Widerspruchs auch für das Verhandlungsprotokoll (§ 215 Abs 1 ZPO). § 54 Abs 1a ZPO idF BudgetbegleitG 2011 sah einen Ausschluss jeglicher Beweiswürdigung vor und zwang die Gerichte, unbestrittene Positionen des Kostenverzeichnisses »ungeprüft« der Kostenentscheidung zu Grunde zu legen, wobei diese Fassung vom VfGH mit Erkenntnis vom 5.10.2011 G 84/11 ua als verfassungswidrig aufgehoben wurde. ³⁶⁵ Die erwähnten Beispiele betreffen *unmittelbare* Einschränkungen der freien Beweiswürdigung von vorliegenden Beweismitteln.

Eine *mittelbare* Einschränkung der freien Beweiswürdigung wird auch durch § 396 Abs 1 ZPO angeordnet, weil im *Säumnisfall* das streiterhebliche *Tatsachenvorbringen* der erschienenen Partei *für wahr zu halten ist*, soweit es nicht durch vorliegende Beweise widerlegt wird. Diese Einschränkung ist deshalb nur mittelbar, weil beim Versäumnisurteil mangels jeglicher Beweisaufnahme gerade kein Ergebnis einer Beweisführung vorliegt, dessen freie Würdigung ausgeschlossen wird. Mit § 396 Abs 1 ZPO wird in erster Linie ein Ausgleich geschaffen, dass ein Beweisverfahren unterbleibt, sodass sich daraus eine Einschränkung der Beweiswürdigung ergibt. Die Präklusionswirkung der Versäumung schließt eben jede Beweisaufnahme aus. Eine weitere (mittelbare) Einschränkung der Beweiswürdigung leitet die Rechtsprechung aus § 266 Abs 1 ZPO ab, wonach ausdrücklich *zugestandene Tatsachen* keines Beweises bedürfen. Diese seien demnach grundsätzlich ³⁶⁶ als wahr

361 ZB *Leipold* in FS-Nakamura 301; *Novak*, ÖJZ 1949, 341. Vgl auch *Stürner* (Aufklärungspflicht 49), der auch anhand der den deutschen Zivilprozess beherrschenden Verfahrensregeln nachweist, dass »der primäre Zweck des Zivilprozesses im Individualrechtsschutz durch Wahrheitsfindung besteht.«

362 *Oberhammer*, ZJP 113 (2000) 326.

363 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 292 ZPO Rz 1.

364 Davon zu unterscheiden sind jene Beweisregeln, die »nur« zu einer Beweislastumkehr bzw zu einer Verschiebung des Beweisthemas (idS *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 272 ZPO Rz 3) führen, die freie Beweiswürdigung aber an sich nicht einschränken, etwa bei (widerlegbaren) Beweisregeln (vgl § 292 Abs 2 und § 294 ZPO) oder gesetzlichen Vermutungen (§ 270 ZPO).

365 Dazu etwa *Obermaier*, ÖJZ 2011, 1112; *Rassi*, *ecolex* 2012, 313.

366 Zu den von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen vgl *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 266 ZPO Rz 2 mwN.

anzunehmen und der Entscheidung ungeprüft zugrunde zu legen; das gerichtliche Geständnis schaffe bezüglich dieser Tatsachen ein Beweisthememenbot.³⁶⁷ Die einhellige Lehre lehnt eine derartige Einschränkung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung freilich mit überzeugenden Gründen ab.³⁶⁸

Das Erkenntnisziel Wahrheit ist verfassungsrechtlich abgesichert, setzt der Anspruch auf Justizgewährung nach Art 6 EMRK doch voraus, dass effektiver Rechtsschutz gewährt wird, was wiederum nur dann sichergestellt werden kann, wenn die Entscheidungsgrundlagen nach dem Prinzip der Wahrheitsforschung geklärt werden.³⁶⁹ Als Kehrseite der prozessualen Wahrheitspflicht kommt der beweisbelasteten Partei ein subjektives, sich aus dem materiellen Justizgewährungsanspruch ergebendes »*Recht auf Beweis*« zu,³⁷⁰ das nach Art 6 EMRK verfassungsrechtlich abgesichert ist.³⁷¹ *Stürner* hat zu Recht die Frage in den Raum gestellt, wie denn sonst zwei Parteien Rechtsschutz gewährt werden könnte, wenn nicht durch Wahrheitserforschung.³⁷² Gerade das Recht auf ein *fair trial* verlangt effektiven Rechtsschutz, woraus folgt, dass der Partei Zugang zur Informationssphäre des Gegners verschafft werden muss.³⁷³ Auch aus dem verfassungsgesetzlich geschützten Prinzip der Waffengleichheit³⁷⁴ (Art 7 B-VG) wird das Postulat abgeleitet, dass ein Informationsungleichgewicht (etwa die Monopolisierung der Beweismittel) durch prozessuale Informationspflichten behoben werden muss.³⁷⁵

80

367 RIS-Justiz RS0039949.

368 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 266 ZPO Rz 2 mwN.

369 Zutreffend *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 278), nach der eine umfassende Wahrheitsprüfung nur dann möglich sei, wenn alle Aufklärungs- und Beweismittel herangezogen werden könnten. In diesem Sinn bereits *Stürner* (Aufklärungspflicht 39 ff), wonach die verfassungsrechtliche Gewährleistung staatlichen Rechtsschutzes mit dem damit verbundenen Rechtsstaatsprinzip erschöpfende Wahrheitsprüfung beinhalte. Die verfassungsrechtlichen Sicherungen der Gerichte als unabhängige Organe, der gesetzliche Richter und das rechtliche Gehör seien nur dann verständlich, wenn das zu betreibende Verfahren für Richtigkeit Gewähr biete, »*dh wenn es die Wahrheit prüfen kann.*« (aaO 43). Vgl auch *Willms* in FS-Dreher 138.

370 Bereits die Materialien zu § 38 BagatellG 1873, der eine weitgehende Editionsspflicht und damit auch eine Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei normierte, betonten, dass jedem Bestreben entgegenzutreten sei, »*das darauf abzielt, der Gegenpartei die Beweismittel vorzuenthalten*«; (referiert nach *Bajons*, NZ 1991, 53).

Auch die Materialien zur ZPO halten fest (Mat I 309), dass man »das Recht der Partei nicht unter dem zufälligen Umstände leiden lassen (darf), wo sich eine für den Beweis wichtige Urkunde gerade befindet«.

371 *Habscheid*, ZZP 96 (1983) 306 [»*Da der (verfassungsrechtlich abgesicherte) Anspruch auf Justizgewährung notwendiger Ersatz für das Verbot der Selbsthilfe ist, muss er auf ein Verfahren gerichtet sein, das zur effektiven Durchsetzung privater Rechte geeignet ist. Der Justizanspruch wird also nur erfüllt, wenn effektiver Rechtsschutz gewährt wird.*«]; *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 303 ZPO Rz 12 mwN; *Kodek*, ÖJZ 2001, 285.

372 *Stürner*, Aufklärungspflicht 50.

373 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 283.

374 *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 303 ZPO Rz 12.

375 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 278 ff.

81 Gerade um das (verfassungsrechtlich geschützte³⁷⁶) Recht auf Wahrheitsprüfung zu wahren und das Ziel der materiellen Wahrheitsfindung zu erreichen, verwirklicht die ZPO wichtige Grundsätze (Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, rechtliches Gehör) und sieht in mannigfaltiger Hinsicht Regeln für das Verhalten des Richters *und* der Parteien im Interesse der Wahrheitsfindung vor.³⁷⁷ So führen etwa die Materialien aus, dass mit dem *Öffentlichkeitsgrundsatz* die Ausführungen der Parteien und Zeugen an Wahrhaftigkeit gewinnen sollen.³⁷⁸ Dort wo die Öffentlichkeit jedoch ein Hindernis für eine offene, rückhaltlose, ausführliche Darlegung ist, schlägt der Zweck nach den Materialien aber vollständig fehl,³⁷⁹ weshalb in solchen Fällen die Ausschließung der Volksöffentlichkeit möglich sein soll.³⁸⁰ Im Schrifttum wird in diesem Sinn sogar mit einem Bibelwort argumentiert und der Grundsatz mit dem Sabbat verglichen:³⁸¹ *Der Sabbat ist um des Menschen willen gemacht, und nicht der Mensch um des Sabbats willen.*³⁸² Bei berechtigten Geheimhaltungsinteressen kann eine erzwungene Volksöffentlichkeit kontraproduktiv sein und dazu führen, dass die Streitteile oder Zeugen deshalb nicht oder falsch aussagen (vgl Rz 541). Der Umstand, dass die Zeugnisfähigkeit in § 320 Z 1 ZPO nur im geringen (wenngleich nicht im absolut notwendigen) Ausmaß eingeschränkt wird, unterstreicht ebenfalls die Bedeutung der Wahrheitsfindung. Alter, Geisteszustand oder ein Interesse am Rechtsstreit beeinflussen sie grundsätzlich nicht.³⁸³ Auch aus der Normierung der Zeugnisverweigerungsgründe darf nicht pauschal abgeleitet werden, dass das Bedürfnis vollständiger *Erforschung der Wahrheit* hinter jene *Geheimhaltungsinteressen* zurücktritt, die der Gesetzgeber als höherwertig einstuft. Das ist zwar zu einem Teil der Fall,³⁸⁴ zum anderen dient die Beschränkung der Zeugnispflicht aber gerade der Wahrheitsförderung.³⁸⁵ Zeugen, die ungeachtet relevanter Geheimhaltungspflichten (bzw -interessen) *nur* unter dem drohenden Einfluss von Sanktionen *aussagen müssten*, werden in vielen Fällen zu verzerrten bis hin zu falschen Aussagen tendieren³⁸⁶ und durch diese »Kontaminierung« des Beweisverfahrens die Gefahr erhöhen, dass der Richter Unrichtiges feststellt. Dass

376 In diesem Sinn auch für Deutschland: *Stürner*, Aufklärungspflicht 31 ff.

377 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 116.

378 Mat I 257.

379 Mat I 258.

380 Dieser Gedanke wird beim Geheimnisschutz noch nutzbar gemacht werden (siehe Teil 4).

381 *Adamovic*, RZ 2004, 168.

382 Markus 2, 27.

383 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 320 ZPO Rz 1.

384 Vgl *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 322 ZPO Rz 1.

385 *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 2 und 6; *Moritz*, ÖGZ 1986/11, 20; *Simotta*, ÖJZ 1997, 487; 8 Ob 23/15p.

386 Vgl bereits *von Hippel* (Wahrheitspflicht 260) zum Fall des fehlenden Geheimnisschutzes einer kooperationspflichtigen Partei, die sich dann durch Wahrheitsverletzung zu verhüllen suchen werde.

aussagepflichtige Zeugen der Wahrheit und nicht dem Standpunkt des Beweisführers verpflichtet sind (§ 338 Abs 1 ZPO), ist geradezu selbstverständlich.

Die Einschränkung der Wahrheitsprüfung bedarf besonderer Legitimation,³⁸⁷ wobei ein strenger Maßstab anzuwenden ist und der Hinweis auf Verfahrensökonomie nicht ausreicht. Der VfGH verneinte die sachliche Rechtfertigung jener Bestimmung, die das Gericht aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen (Entlastung der Gerichte und Straffung des Verfahrens) verpflichtete, eine offenkundig falsche Kostenentscheidung zu treffen (§ 54 Abs 1a ZPO aF).³⁸⁸

Das Ziel der materiellen Wahrheitsfindung wird durch die Möglichkeit abgesichert, ein Urteil erfolgreich anzufechten,³⁸⁹ wenn die Tatsachengrundlagen unrichtig (vgl. § 498 Abs 1 ZPO) oder unvollständig (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO) festgestellt wurden, das dem Urteil zugrundeliegende Verfahren mangelhaft blieb (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO) oder gar einen Nichtigkeitsgrund erfüllte (§ 477 ZPO). Dabei kann uU sogar nach Rechtskraft (im Rahmen einer Wiederaufnahmsklage) geprüft werden, ob die Nichtberücksichtigung von Beweismitteln gegen die materielle Wahrheitsfindung und die gebotene Vollständigkeit der Urteilsgrundlage verstoßen hat.³⁹⁰

Bei einem Prozessmodell, das sich das Ziel der materiellen Wahrheitsfindung auf die Fahnen schreibt, würde es nun seltsam anmuten, bliebe es einer Partei – ungeachtet der Beweisschwierigkeiten ihres Gegners – unbenommen, Beiträge zur Stoffsammlung nach ihrem Gutdünken zu leisten. Damit könnte die Partei nämlich stark mitbeeinflussen, ob dem Gericht bei Urteilsfällung die vollständigen und richtigen Entscheidungsgrundlagen vorliegen. Ein System, das auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit gerichtet ist, muss zwingend von *ausforschenden Aspekten* geprägt sein.³⁹¹ Eine *prozessuale* Aufklärungspflicht zielt notwendigerweise darauf ab, dass eine Partei ihren Gegner *im Prozess* über prozessrelevante Umstände informiert, *damit* dieser die Informationen für seinen Prozessstandpunkt im Prozess nützen kann. Hier dient der Prozess *auch* dazu, dass die beweisbelastete Partei das Verfahren zur Ausforschung der ihr noch unbekanntem, von ihr aber zu beweisenden

387 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 278.

388 Entscheidung vom 3.12.2010 G 280/09 und vom 5.10.2011 G 84/11.

389 Vgl. auch Mat I 357, wonach auch für das Rechtsmittelverfahren klargestellt wird, dass das dort nach Maßgabe des Sach- und Streitgegenstands des erstgerichtlichen Verfahrens heranzuziehende Material (inhaltlich umfassend) zu beurteilen und zu verwerten ist.

390 RIS-Justiz RS0044510 (T5, T19), RS0044687.

391 Ein Prozess, der sich dem Ziel der objektiven Wahrheitsfindung verpflichtet hat, schließt eine Disposition der Parteien über die Art der Beweisführung strittiger Tatsachen aus; zutreffend *Bajons* in FS-Fasching 32 FN 58 [»Ausfluss der prinzipiellen Unverfügbarkeit richterlicher Wahrheitsfindung«]; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 90 FN 364. Vgl. auch *Bernhardt* (in FS-Rosenberg 14), wonach die Dispositionsbefugnis der Parteien nichts mit der Frage zu tun hat, ob der Prozessstoff amtswegig oder durch die Parteien zu beschaffen ist (aA freilich *Wach*, Vorträge 53). Treffend *Böhm* (Ius commune VII, 145) zur »sachlich verfehlten Parallele zwischen der Freiheit der Parteien, über den Anspruch als solchen zu disponieren, und der Verfügung über die zugrunde liegenden Tatsachen«.

Umstände nützen kann, um ihre berechtigten Ansprüche durchzusetzen oder die unberechtigten Ansprüche des Prozessgegners abzuwehren.³⁹²

85 Deshalb ist es *prima vista* naheliegend, dass sich aus dem zentral auf die materielle Wahrheitsfindung gerichteten Konzept des Prozesses österreichischer Prägung³⁹³ nicht nur eine starke Stellung des Richters, dem eine *materielle* Prozessleitung zukommt (siehe dazu Rz 119 ff), sondern *auch* eine gegenseitige Kooperationspflicht der Parteien ableiten lässt.³⁹⁴ Es wird nachzuweisen sein, dass es sich bei der Pflicht der nicht behauptungs- und beweisbelasteten Partei, Auskunft über die dem Prozessgegner unbekanntem Vorgänge in ihrer Sphäre zu geben, um eine aus einzelnen Bestimmungen der ZPO abgeleitete *prozessuale* Aufklärungspflicht zur Erforschung der Wahrheit handelt.³⁹⁵ Im Gegensatz zum ursprünglichen Konzept der dZPO hat sich der österreichische Gesetzgeber »in stärkerer Betonung des Prozesszwecks der Wahrheitserforschung bewusst für weitergehende Mitwirkungspflichten der Parteien entschieden.« *Prima vista* ist somit davon auszugehen, dass die Entscheidungsgrundlagen im Sinne des Grundsatzes der Wahrheitsfindung leichter aufgeklärt werden können, wenn die beweisbelastete Partei nicht nur durch einen aktiven und ausforschenden Richter, sondern auch durch ihren Gegner unterstützt werden muss. Das Grundkonzept des Zivilprozesses, das – wie erwähnt – auf die Schaffung einer richtigen und vollständigen Entscheidungsgrundlage abzielt, damit das materielle Recht bestmöglich umgesetzt werden kann, spricht daher tendenziell für die Pflicht der Parteien, umfassend zur wahrheitsgemäßen Stoffsammlung beizutragen.

86 Die (noch näher zu beschreibenden) Normen zur Kooperationspflicht, aus denen man im Wege der induktiven Methode zum Schluss kommt, dass die nicht beweisbelastete Partei – ohne Rücksicht auf ihre Rolle als klagende oder beklagte Partei – gehalten ist, die beweisbelastete Partei zu unterstützen,³⁹⁶ machen dieses Grundkonzept der ZPO verständlich. Die Parteien müssen nämlich ihre eigenen Behauptungen der *Wahrheit* gemäß vollständig angeben (§ 178 Abs 1 ZPO) und sich über die »*Wahrheit*, Richtigkeit und Vollständigkeit« des gegnerischen Vorbringens

392 Vgl *Klein/Engel* (Zivilprozess 186) heben den »*materiellen und formellen Endzweck*«, nämlich die Rechtsdurchsetzung und das vollstreckbare Urteil hervor.

393 Vgl zB *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 340 ZPO Rz 3 (»*Wahrheitsfindung als oberster Prämissen*«); siehe auch Rz 80.

394 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 252, die zutreffend das Anliegen von *Klein* hervorhebt, die Prozessleitung des Richters zu stärken »*und Instrumente zu schaffen, mit denen die materielle Wahrheit möglichst ans Licht gebracht wird.*« Denn: »*Keiner Partei soll es möglich sein, der anderen Beweismittel vorzuenthalten.*«

395 Zutreffend 6 Ob 267/01k SZ 74/191.

396 Hingegen muss die »*Pflicht*« der beweisbelasteten Partei zur Entscheidungsgrundlage beizutragen, im Gesetz nicht eigens geregelt werden, weil sich diese Partei schon zur Vermeidung eines Prozessverlustes aktiv verhalten und versuchen wird, jene Tatsachen nachzuweisen, bei denen sie die Behauptungs- und Beweislast trifft.

äußern (§ 78 Abs 1 Z 3 ZPO). Gleichzeitig sind sie verpflichtet, Fragen des Gegners zu beantworten (§ 184 ZPO), wodurch (bereits außerhalb des Beweisverfahrens) gezeigt wird, dass das Gesetz hier deutlich von gegenseitiger Unterstützung ausgeht. Auch mit diesen Rechtspflichten der Parteien³⁹⁷ soll das Ziel des Zivilprozesses erreicht werden, so die Entscheidung im Rahmen der Parteienanträge auf möglichst vollständiger und richtiger Tatsachengrundlage zu treffen,³⁹⁸ zumal sich die Wahrheitspflicht auf die für die Partei *ungünstigen* Umstände bezieht.³⁹⁹ Es liegt auf der Hand, dass die Wahrheitspflicht der einen Partei gerade deshalb besteht, damit die andere Partei ihren Nutzen zieht, was vor allem dann schlagend wird, wenn dadurch die beweisbelastete Partei Unterstützung erfährt. Die Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung zeigt sich besonders plastisch durch die Bestimmungen im eigentlichen Beweisverfahren,⁴⁰⁰ bei denen Beiträge der Parteien eingefordert werden, ohne dass das Gesetz auf die Verteilung der Beweispflicht abstellt. Erwähnt seien hier etwa die Vorlagepflicht von Urkunden (§§ 303 ff ZPO), Auskunftssachen (§ 318 Abs 2 ZPO) und Augenscheingegenständen (§ 369 ZPO), die Pflicht zur Mitwirkung beim Sachverständigenbeweis (§ 359 Abs 2 ZPO) und die grundsätzliche Pflicht zur Aussage als Partei (§§ 380 ff ZPO). Es verwundert daher nicht, dass in den Materialien zur ZPO zu den noch zu besprechenden Kooperationsbestimmungen der damit verbundene Zweck der Wahrheitsfindung hervorgehoben wird. Etwa beim Urkundenbeweis (»Wahrheitsfeststellung«).⁴⁰¹ Auch wird bei der Editions-pflicht darauf verwiesen, dass die Anerkennung einer (ausgedehnteren) Editions-pflicht der Parteien in den Funktionen wurzelt, »welche dem Richter in einem mündlich-unmittelbaren Verfahren mit intensiverer materieller Prozessleitung in Ansehung der Sachverhaltsermittlung übertragen sind.«⁴⁰² Auch im Zusammenhang mit der entsprechenden Anwendung der Mitwirkungsregeln des Urkundenbeweises für den Augenschein (§ 369 ZPO iVm §§ 303 ff ZPO), heben die Materialien dessen »Wert für die Wahrheitsfeststellung« hervor.⁴⁰³

Dass die beweisbelastete Partei aus der prozessualen Wahrheitspflicht für ihren Standpunkt Nutzen ziehen kann, wurde bereits beim Themenkomplex der

87

397 4 Ob 139/01x.

398 Mat I 260; *Brenn in Fasching/Konecny*³ § 178 ZPO Rz 1.

399 *Fasching*, Lehrbuch² 653; vgl auch *Holzhammer*, *Zivilprozessrecht*² 128 [»den Parteien ist es untersagt, [...] wesentliche Teile des Prozessstoffes beliebig zurückzuhalten«].

400 *Riss* hat in jüngster Zeit versucht, die Grenzen der Mitwirkungspflicht anhand der Regeln über die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel abzustechen. Dazu unten Rz 279 ff.

Die Gemeinschaftlichkeit von Beweismitteln an sich dokumentiert jedenfalls das Prinzip der materiellen Wahrheitsforschung, soll damit doch eine Monopolisierung der Beweismittel zugunsten der Partei verhindert werden, die das jeweilige Beweismittel in das Verfahren eingebracht hat. Siehe Mat I 277.

401 Mat I 309.

402 Mat I 311.

403 Mat I 323.

rechtswidrig erlangten Beweismittel erkannt. Die Verwertung derartiger Beweismittel wird unter Hinweis auf die »Kehrseite der prozessualen Wahrheitspflicht« mit dem – sich aus dem materiellen Justizgewährungsanspruch ergebenden und damit verfassungsrechtlich garantierten – *Recht auf Beweis* begründet.⁴⁰⁴ Daraus wird oftmals abgeleitet, dass es schon im Hinblick auf die gebotene Wahrheitsermittlung kein (absolutes) Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel gibt.⁴⁰⁵ Daran schließt aber nahtlos das Recht an, das Wissen und die Beweismittel der Gegenseite nützen zu können. Der – die Lehre von der prozessualen Kooperationspflicht prägenden – Überlegung, dass die beweisbelastete Partei an Beweisschwierigkeiten nicht scheitern soll, wenn dem Gegner eine Kooperation möglich und zumutbar ist, liegt – wie schon erwähnt – primär das Postulat nach materieller Wahrheitsfindung zugrunde. Im zweiten Teil dieser Arbeit wird noch zu besprechen sein, inwieweit die Wahrheitsprüfung zugunsten gewichtiger Gegeninteressen eingeschränkt werden kann, wobei der Fokus auf den Schutz von Unternehmensgeheimnissen gelegt werden wird.

C. Arbeitsgemeinschaft Zivilprozessrecht als Mittel zur Wahrheitsfindung

88 Der weit verbreitete Begriff der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* beschreibt – *absents* von den eher fruchtlosen Einordnungsversuchen bezüglich der anzuwendenden Stoffsammlungsmaxime⁴⁰⁶ – den Prozess österreichischer Prägung zutreffend, wobei daraus für die hier zu untersuchenden Kooperationspflichten Schlüsse abgeleitet werden können.⁴⁰⁷ Im Schrifttum wird mit diesem Begriff eben gerade die Zusammenarbeit von Richter und Parteien⁴⁰⁸ mit dem Ziel der materiellen Wahr-

404 Vgl zB die Argumentation von *Störmer* (JuS 1994, 335), wonach es für die Zulässigkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel spreche, dass das Ziel des Zivilprozesses das materiell richtige Urteil sei. Zum Meinungsstand siehe *Kodek*, ÖJZ 2001, 287.

405 Dazu etwa *Kodek*, ÖJZ 2001, 287 mwN. Wenngleich dieser Autor darauf hinweist, dass das Prozessrecht keine »Wahrheitsermittlung um jeden Preis« will, was etwa die Bestimmungen über die Aussage- und Vorlageverweigerungsrechte zeigen, erachtet er die Betonung der Bedeutung der Wahrheitsfindung als wertvoll. Damit werde stärker ins Blickfeld gerückt, dass der Schutz der einen Partei bei Ausschluss von Beweismitteln wegen deren rechtswidriger Erlangung im Zivilverfahren regelmäßig auf Kosten eines unrichtigen Sachausgangs erkaufte wird und daher letztlich zulasten der Gegenpartei geht.

406 »Gemischte Verhandlungsmaxime«, »abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz«, »Annäherung an den Untersuchungsgrundsatz«, »Kooperationsmaxime«.

407 Nach *Rechberger* (in FS 100 Jahre ZPO 56) habe *Klein* die gegenseitige Unterstützung der Prozessparteien »wohl in der Tat etwas euphemistisch zur Arbeitsgemeinschaft der am Zivilprozess Beteiligten hochstilisiert«.

408 Die Arbeitsgemeinschaft ist eine besondere Form des Prozessrechtsverhältnisses. Diesem Begriff liegt das Zusammenwirken des Gerichtes und der Parteien im Prozess zugrunde, durch das zwischen den Parteien und dem Gericht viele rechtliche Beziehungen entstehen, die insgesamt

heitsforschung beschrieben,⁴⁰⁹ als Ausdruck eines angemessenen Verhältnisses von Richtermacht und Parteienfreiheit.⁴¹⁰ *Böhm* hat zutreffend damit argumentiert, dass mit diesem Verhältnis ein ausgewogenes Gleichgewicht erreicht wird, das alle Verfahrensbeteiligten in der Verantwortung für die Vollständigkeit des Prozessstoffes nimmt und die Wahrheitsermittlung sinnvoll vereint.⁴¹¹

Demgegenüber vertritt *Fasching* den Standpunkt, die Bezeichnung *Arbeitsgemeinschaft* sei verfehlt, weil sie die kontroversielle Interessenslage ebenso außer Acht lasse wie die Eigendynamik des gerichtlichen Verfahrens und den hoheitlichen Charakter der Rechtsprechung.⁴¹² *Stürner*⁴¹³ – immerhin *der* Verfechter der prozessualen Aufklärungspflicht der Parteien in Deutschland – schließt sich der Kritik am Begriff der Arbeitsgemeinschaft an und hält ihm das Modell eines *dialogischen Prozesses* entgegen,⁴¹⁴ das von einem transparenten Diskurs ausgehe, der Sozialromantik harmonischer gemeinsamer Entscheidungsfindung gerade nicht unterliege und keine entsprechenden Missverständnisse fördere. Es handle sich demnach um keine romantisierende und weltfremde Vorstellung, eher um den Versuch der Formalisierung eines dialektischen Erkenntnisprozesses, um zu einem möglichst idealen Diskurs unter Ausnutzung aller Informationen zu gelangen.⁴¹⁵

Insoweit der Arbeitsgemeinschaft ein »*amikales Zusammenwirken zwecks Bereinigung eines Prozesses gleichgehalten*« wird, liegt den Kritiken offenbar ein Missverständnis zugrunde.⁴¹⁶ Nach richtiger Auffassung lässt sich das Konzept der ZPO

89

90

als Prozessrechtsverhältnis verstanden werden (zu diesem *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Einl Rz 133 ff mwN). Im Hinblick auf diese Definition, die auch die von der Arbeitsgemeinschaft betroffenen Aspekte umfasst, erscheint eine nähere Betrachtung prozessualer Kooperationspflichten unter dem Gesichtspunkt des Prozessrechtsverhältnisses und abseits der hier beschriebenen Arbeitsgemeinschaft entbehrlich.

409 *Beran* et al, RZ 2002, 258 ff; *Klein/Engel*, Zivilprozess 185; *Oberhammer*, Richtermacht 59 ff; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 185 f; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 182a ZPO Rz 53 und § 183 Rz 1; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 1; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 454 mwN. Vgl auch die Materialien zur ZVN 2002 (RV 962 BlgNR 21. GP 25). Auch in Deutschland wurde und wird dieser Begriff von Teilen der Lehre verwendet. Vgl etwa bereits 1927 *Rosenberg*, ZPR¹ 171 [»[...] selbst im Bereiche der Verhandlungsmaxime ist die Mitwirkung des Gerichts an der Stoffsammlung nicht ausgeschaltet, sondern im Gegenteil mannigfaltig verwertet und vorgeschrieben [...], so dass, wenn auch der Hauptanteil der Stoffsammlung und die Hauptverantwortung dafür den Parteien zufällt, doch von einer Arbeitsgemeinschaft der Parteien und des Gerichts in Bezug auf sie gesprochen werden kann.«].

410 *Böhm*, Ius commune VII, 155.

411 *Böhm*, Ius commune VII, 156.

412 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 17; abl auch *Leipold* in *Stein/Jonas*²² [Vorauslage] Vor § 128 ZPO Rz 150.

413 ÖJZ 2014, 637.

414 *Stürner*, ZJP 123 (2010) 153. In diesem Sinn auch *Geroldinger* Rechtsstreit 484.

415 *Stürner*, ZJP 123 (2010) 154. Ähnlich jüngst *Geroldinger* (Rechtsstreit 482), der von einem fragwürdigen (sozial-)romantischen Bild einer gleichgeordneten Rechtsgemeinschaft und harmonischen Zusammenarbeit von Gericht und Parteien zum Zwecke der Konfliktlösung spricht.

416 Zutreffend *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 17. Vgl auch *Greger*, Kooperation 78 mwN, wonach es verfehlt wäre, mit Kooperation im Prozess die Vorstellung von einer harmonischen

deshalb (auch) treffend mit Arbeitsgemeinschaft beschreiben, weil damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die Stoffsammlung in Zusammenarbeit des Richters *mit* den Parteien und eben nicht »nebeneinander« erfolgen muss. Arbeitsgemeinschaft bedeutet, dass *sowohl* die Parteien *als auch* das Gericht verpflichtet sind, *im Dienste der Wahrheitsfindung* Beiträge zur Stoffsammlung zu leisten⁴¹⁷ und dabei aktiv zusammenzuarbeiten.⁴¹⁸ Die Zusammenarbeit besteht darin, dass der Richter die Parteien »*im Sammeln und Feststellen der prozesserheblichen Tatsachen*« unterstützt.⁴¹⁹ Auch die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei lässt sich auf das Prinzip der materiellen Wahrheit zurückführen und fügt sich damit in das System einer *umfassenden Wahrheitsfindung* ein. Die Zusammenarbeit ist durch zahlreiche Spielregeln geprägt, die durch die gebotenen Beiträge aller Beteiligten gerade in der Stoffsammlung zu einer gegenseitigen Kooperation führen.⁴²⁰ Damit verschwinden weder die kontroversiellen Interessen der Parteien noch der hoheitliche Charakter der Rechtsprechung.⁴²¹

91 Dem Ansatz vom *dialogischen Prozess* ist insoweit zuzustimmen, als einem auf die Wahrheitsfindung gerichteten Prozess ein ständiger Dialog zwischen den Parteien zugrunde liegen muss, was in der ZPO mehrfach zum Ausdruck kommt. Gedacht sei an die Erörterungs- und Hinweispflicht des Richters, die Pflicht zum Rechtsgespräch und das damit verbundene Verbot zu Überraschungsentscheidungen.⁴²² Nach *Stürner* atmet diese Form des diskursiven Verfahrens stärker den Geist richterlicher Rechtsfindung mit selbstverantwortlichen, wohlinformierten Bürgern als der Schlagabtausch vor stummen Richtern, der oft ängstlich auf einer Basis der Spekulation über richterliche Absichten erfolgt. Es ist aber fraglich, ob damit das österreichische Modell umfassend erklärt wird, weil es weit über einen bloßen Dialog zur Vermeidung von Überraschungen hinausgeht. Die am Prozess Beteiligten sind darüber hinaus verpflichtet, zu den Entscheidungsgrundlagen aktiv

Zusammenarbeit zwischen den Parteien oder ein Bild vom Richter als Sozialtherapeut zu verbinden.

417 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 17.

418 Vgl *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen 131: [Schließlich ist es [...] gewiss nicht nebensächlich, wie im Prozess über die Klage entschieden wird, ob das Gesetz richtig angewendet und ob so geurteilt wird, dass Recht Recht bleibt. Einerseits fällt von hier ein neues Licht auf die soziale Wichtigkeit der [...] Vorschriften über das Verhältnis zwischen Gericht und Partei bei der Stoffsammlung, denn bei gemeinsamen Bemühungen dürfte das Urteil viel häufiger den Rechtsgehalt des streitigen Verhältnisses richtig feststellen. «].

419 Mat I 263.

420 Vgl auch *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 1: »kommt insb dadurch zum Ausdruck, dass das Gericht den Sachverhalt innerhalb der durch den Streitgegenstand gesetzten Grenzen [...] auf Grund seiner materiellen Prozessleitungspflicht im Zusammenwirken mit den Parteien umfassend zu ermitteln hat.«

421 IdS auch *Konecny* (in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 17), der den Begriff der Arbeitsgemeinschaft für vertretbar hält und im Anschluss an *Stürner* vermittelnd den Begriff »dialogischer Zivilprozess« vorschlägt.

422 Vgl *Beran et al*, RZ 2002, 265 ff.

beizutragen, und berechtigt, unmittelbar zu kommunizieren (vgl § 184 Abs 2 ZPO »Fragen [...] unmittelbar selbst stellen«). Auch deshalb beschreibt der Begriff der *Arbeitsgemeinschaft* die österreichische ZPO durchaus treffend, die von der Rolle eines starken Richters und deutlich von Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei geprägt ist. Ginge man nämlich davon aus, dass nur die jeweils beweisbelastete Partei (wenngleich mit aktiver Unterstützung des Richters) zur Stoffsammlung beitragen müsste, wäre schwer zu erklären, worin nun die *Arbeitsgemeinschaft* im dreiseitigen Prozessrechtsverhältnis bestünde. Hingegen lässt sich eine (von der Beweislast unabhängige) Unterstützung der Prozessparteien plastisch als *Arbeitsgemeinschaft* beschreiben, *arbeiten* doch die Parteien *gemeinsam* – wenngleich mit unterschiedlichen Interessen – am Ziel, den Sachverhalt umfassend aufzuklären. Mit einer derartigen Arbeitsgemeinschaft kann das Ziel des Zivilprozesses österreichischer Prägung, nämlich ein Urteil, das auf einem vollständigen und richtigen Sachverhalt basiert (vgl Rz 78 ff), am besten erreicht werden.⁴²³ Zudem korreliert der Begriff der Arbeitsgemeinschaft mit der Lehre vom Prozessrechtsverhältnis,⁴²⁴ die zum Ausdruck bringt, dass die Beteiligten des Prozesses (Gericht und Parteien) durch den Prozess zu einer Rechtsbeziehung verbunden sind, die darauf gerichtet ist, den Zweck des Verfahrens zu erreichen,⁴²⁵ nämlich die bestmögliche Umsetzung des materiellen Rechts.

D. Resümee

Die aus den Stoffsammlungsmaximen ableitbare Stellung des Richters ist *allein* kein taugliches Kriterium für ein aufklärungs- oder mitwirkungsfreundliches Prozesskonzept. Im Zivilprozess kann daher das *nemo tenetur*-Prinzip nicht mit dem bloßen Hinweis auf den Verhandlungsgrundsatz gestützt werden. Ebenso wenig folgt aus dem Untersuchungsgrundsatz, dass die Parteien deshalb verpflichtet sein sollen, sich bei der Findung der Entscheidungsgrundlagen gegenseitig zu unterstützen und auch dann daran mitzuwirken, wenn das für sie negative Folgen haben könnte. Vielmehr hängt die Frage nach den prozessualen Kooperationspflichten entscheidend davon ab, ob der Zweck des Prozesses darauf abzielt, die materielle Wahrheit zu erforschen, um eine möglichst richtige Entscheidungsgrundlage zu erlangen. Der österreichische Zivilprozess ist entscheidend vom Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung geprägt. Um das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Wahrheitsprüfung umzusetzen und das Prozessziel der materiellen Wahrheitsfindung zu erreichen, ist es erforderlich, dass die Parteien verpflichtet sind, zur

92

423 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 348.

424 Vgl *Bülow*, Prozesseinreden 1 ff.

425 *Greger*, Kooperation 78.

wahrheitsgemäßen Stoffsammlung beizutragen. Eine von der Beweislast unabhängige gegenseitige Unterstützung der Prozessparteien verfolgt das Ziel, den Sachverhalt umfassend aufzuklären. Diese Kooperationspflichten der Parteien fügen sich damit in den Prozess österreichischer Prägung ein, der sich mit dem Begriff der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* gut beschreiben lässt und davon geprägt ist, dass die Stoffsammlung in Zusammenarbeit eines aktiven Richters *mit* den sich gegenseitig unterstützenden Parteien erfolgt.

IV. Normative Fundamente einer prozessualen Kooperationspflicht

A. Prozessuale Aufklärungspflichten

1. § 184 ZPO als zentraler Anknüpfungspunkt prozessualer Aufklärungspflichten

- 93 Worin findet nun die mit der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* zum Ausdruck gebrachte gegenseitige Kooperationspflicht der Parteien ihr normatives Fundament? Aus mehreren Bestimmungen der ZPO lässt sich im Wege einer Gesamtanalogie⁴²⁶ ableiten, dass die Parteien unabhängig von der vorgegebenen Beweislast verpflichtet sind, zur Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage beizutragen.⁴²⁷ Für die Pflicht zur *prozessualen* Aufklärung setzt sich dabei in Teilen des Schrifttums⁴²⁸ und der Rechtsprechung⁴²⁹ immer mehr die Bestimmung des § 184 ZPO als zentrale

426 Bei dieser »Rechtsanalogie« wird zunächst aus einer Mehrzahl verwandter Vorschriften induktiv ein gemeinsames Prinzip erschlossen (*F. Bydlinski*, Methodenlehre² 478 f; *Kerschner/Kehrer* in *Klang*³ §§ 6, 7 ABGB Rz 65; *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 7 ABGB Rz 13; *Kodek* in *Rummel/Lukas*⁴ § 7 ABGB Rz 51; *Schauer* in ABGB-ON^{1.01} § 7 ABGB Rz 16). Die Ansicht, dass »Analogie im Verfahrensrecht grundsätzlich unzulässig« sei (in diesem Sinn noch 1 Ob 253/70 SZ 43/228; abl *Oberhammer*, Richterliche Gewalt 227 [»verwegene Behauptung«]; *Rechberger*, MR 2003, 82 [Entscheidungsanm]) hat keine Grundlage (vgl idS auch die neuere Rechtsprechung, dazu exemplarisch *Klicka* in FS-Schütze 369) und verhindert daher nicht das hier vertretene Ergebnis.

427 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 3.

428 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 339; *Klicka*, JBl 1992, 233 f; *Kralik*, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm]; *Kralik* in FB Franz Klein 92; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 165; *Rassi* in FS-Simotta 450; *Rassi* in FS-Delle Karth 777; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 184 ZPO Rz 3. Vgl auch bereits *Klein*, Pro futuro 36. Vgl aber jüngst *Geroldinger* (Rechtsstreit 484 f), der es im Zusammenhang mit § 184 ZPO und dem Begriff der Arbeitsgemeinschaft für unzulässig hält, eine besondere Verpflichtung der Parteien zur wechselseitigen Arbeitsteilung und -entlastung vorzunehmen. Allerdings geht auch dieser Autor davon aus, dass § 184 ZPO eine Schlüsselrolle im Zusammenhang mit der Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei zukommt (*Geroldinger*, Rechtsstreit 581).

429 9 Ob 12/05p; 6 Ob 257/07y; 6 Ob 44/09b; 1 Ob 128/10w ZVR 2011/142 [*Kathrein*]; 7 Ob 186/10v; 7 Ob 216/10f.

dogmatische Grundlage durch. Mit dieser Vorschrift findet die von Franz Klein für den Zivilprozess geforderte »gegenseitige Unterstützung der Prozessparteien«⁴³⁰ ihr dogmatisches Fundament, ihren »deutlichen Niederschlag«⁴³¹ bzw ihren »dogmatischen Knackpunkt«.⁴³² Das Zivilprozessrecht bietet nach richtiger Auffassung mit dieser Norm eine ausreichende Grundlage für eine *allgemeine Aufklärungspflicht* (auch) der *nicht beweiselasteten Partei* mit dem erklärten Ziel einer möglichst *umfassenden* und *wahrheitsgemäßen* Sachverhaltsfeststellung. Ein derartiges Fragerecht wäre kaum verständlich, würde es nicht mit einer Antwortpflicht korrespondieren, die wiederum wahrheitsgemäß (§ 178 ZPO) ausfallen muss.⁴³³

Im Folgenden sollen diese Norm und daran anschließend auch andere prozessuale Bestimmungen skizziert werden, aus denen sich von der Beweislast unabhängige Kooperationspflichten der nicht beweiselasteten Partei ableiten lassen.

Die in der gerichtlichen Praxis bis vor wenigen Jahren kaum (bewusst) angewendete Bestimmung des § 184 ZPO soll den Parteien in erster Linie *prozessuale* Parteirechte bei der Vornahme der *richterlichen* Prozessleitung garantieren, was schon ihre systematische Stellung im Abschnitt der §§ 180 ff ZPO nahelegt. Die (materielle) Prozessleitung des Richters dient bekanntlich dazu, den Sachverhalt so vollständig zu erörtern, dass dieser der Beweisaufnahme und der Entscheidung der Rechtssache zu Grunde gelegt werden kann.⁴³⁴ Ebenso wie das Vorbringen der Parteien unvollständig oder widersprüchlich sein kann, was das Eingreifen der Prozessleitung erforderlich macht, kann das Ergebnis der Prozessleitung *unvollständig* oder *undeutlich* sein. Das deshalb, weil sich der Wissensstand des Gerichts auf das Vorbringen der Parteien und diejenigen Ergänzungen beschränkt, die die Parteien aufgrund seiner Anleitung vorgenommen haben. Unvollständige Sachverhaltsdarstellung und Missverständnisse sind daher manchmal nicht zu vermeiden. Die etwa vom Beklagten aufgeworfene Frage der Aufschlüsselung des Begehrens ist der Aufforderung durch das Gericht, das Klagebegehren aufzuschlüsseln, gleichzustellen.⁴³⁵ Den Parteien steht daher nicht nur das Recht zu, ihr eigenes Vorbringen, wie es der Verhandlungsleiter verstanden hat, zu ergänzen oder zu berichtigen, sondern auch die *Gegenseite* über ihr als zur *Aufklärung des Sachverhalts* erheblich erscheinende Umstände zu befragen.

Dieses Fragerecht ist vom Gesetz umfassend vorgesehen und ist daher weder auf Aspekte des eigentlichen Beweisverfahrens noch auf die tatsächliche Ausübung der richterlichen Prozessleitung beschränkt. Die Bestimmung nimmt auf die Beweislast nicht Bezug und normiert damit auch (und gerade!) Auskunftspflichten

430 Klein, Pro futuro 36.

431 Kralik in FB Franz Klein 92.

432 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 339.

433 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 340.

434 Rassi in *Fasching/Konecny*³ § 184 ZPO Rz 1.

435 4 Ob 96/90.

für die nicht beweisbelastete Partei, wobei die Norm keine materiellrechtliche Auskunftspflicht voraussetzt.⁴³⁶

97 Schon nach der Einordnung des § 184 Abs 1 in die ZPO besteht kein Zweifel mehr, dass es sich hierbei weder um die Parteienvernehmung der Gegenseite handelt, für welche § 380 Abs 1 und § 289 Abs 1 ZPO Befragungsrechte einräumen, noch dass es um sonst im Rahmen des Beweisverfahrens mögliche Fragen der Parteien geht (vgl §§ 341, 324, 375 Abs 1 ZPO).⁴³⁷ Vielmehr geht es um *Vorhaltungen*, die die Gegenseite veranlassen sollen, ergänzendes oder berichtigendes *Tatsachenvorbringen* zu erstatten oder Angaben zu *Beweisgegenständen* machen. Dieses Fragerecht besteht somit vor allem *vor* und *außerhalb* eines Beweisverfahrens und betrifft nicht die Rolle der *Partei als Beweismittel* (im Rahmen der Parteienvernehmung), sondern die *Partei als Prozesssubjekt* und somit als Teil des Prozessrechtsverhältnisses zum Gericht und zur Gegenpartei. Ausgehend von der richterlichen Anleitungspflicht, die darauf abzielt, dass alle entscheidungsrelevanten Angaben gemacht und alle nötigen Aufschlüsse über die Pflicht des Gerichtes, das Vorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern (§ 182 ZPO), gegeben werden sollen, und vom Verbot von Überraschungsentscheidungen (§ 182a ZPO), haben die Parteien aufgrund § 184 ZPO die Möglichkeit, die Ihnen nötige Aufklärung vom jeweiligen Gegner einzufordern.

98 Darüber hinaus darf die Bestimmung nicht als bloßes Anhängsel zur richterlichen Prozessleitung und auch nicht dahingehend, dass die Parteien lediglich ergänzend und kontrollierend als Fragensteller tätig werden können, verstanden werden. Zu einem solchen Trugschluss könnte zwar die systematische Stellung der Norm im Abschnitt über die richterliche Prozessleitung verführen, bereits der Formulierung des § 184 ZPO ist aber zu entnehmen, dass sich das Fragerecht nicht darauf beschränkt, den Gegner quasi in Replik auf dessen Vorbringen zu befragen und damit nur den Standpunkt des Prozessgegners zu hinterfragen oder zu prüfen.⁴³⁸ Aus dem Gesetz kann somit nicht abgeleitet werden, dass sich das Fragerecht der Gegenpartei nur auf das Vorbringen der befragten Partei beschränkt. Das Gesetz schränkt hier die fragende Partei nicht ein. Vielmehr kann das Fragerecht *gerade* dazu genützt werden, um das eigene Vorbringen nach den Antworten des Gegners auszurichten.⁴³⁹ § 184 ZPO formuliert nämlich ganz allgemein, dass

436 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 269.

437 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340.

438 *Klein* (Pro futuro 42) sieht im gegenseitigen Fragerecht eine Absage an das »*Parteiprivileg des unbedingt Passivbleibendürfens*«. *Oberhammer* (Richterliche Gewalt 233) erinnert daran, dass *Klein* der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien im Zusammenhang mit dem Fragerecht einen hohen Wert einräumte und sich nicht mit einer »*wohltönend-programmatischen lex imperfecta zufrieden geben wollte*«.

439 *Klein* (Pro futuro 37) hat dafür folgendes Beispiel gebracht: Der Kläger klagt die Mitglieder einer bürgerlichen Erwerbsgesellschaft auf Bezahlung einer gesellschaftlichen Schuld, kennt aber nicht die Anteile der einzelnen Mitglieder an der Gesellschaft. Da jedes Mitglied nur für seinen

jede Partei an die anwesende Gegenpartei Fragen zur *Aufklärung des Sachverhalts* über alle den *Gegenstand des Rechtsstreits* oder der mündlichen Verhandlung betreffenden, für die Prozessführung *erheblichen Umstände* stellen (lassen) kann. Damit wird eine *allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht* normiert, nach der sowohl Auskunft über *rechtserhebliche Tatsachen* (»Aufklärung des Sachverhalts«) als auch über die Existenz und die Beschaffenheit von *Beweismitteln* (»insb auch über das Vorhandensein und die Beschaffenheit der zur Prozessführung dienlichen Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände«) erteilt werden muss.⁴⁴⁰ Dazu zählen Fragen der Partei⁴⁴¹ über *potentielle Beweismittel* (zB Namen und Adressen von Zeugen),⁴⁴² damit es der fragenden Partei selbst ermöglicht wird, einen entsprechenden Beweisantrag zu stellen.⁴⁴³

Nach *Prankl/Seeber* verpflichtet § 345 Satz 2 ZPO, wonach eine Partei ungeachtet des Verzichts des Gegners auf Vernehmung des von ihm vorgeschlagenen Zeugen verlangen kann, dass der bereits erschienene Zeuge vernommen wird, zur Offenlegung der Identität des stellig gemachten Zeugen durch den verzichtenden Gegner,

Anteil haftet (§ 1203 ABGB), lässt er durch den Richter die Frage nach den Anteilen stellen und passt daraufhin das Klagebegehren der Antwort an.

Das Beispiel verdeutlicht zwar den Nutzen des § 184 ZPO. Es ist aber fraglich, ob eine derartige Anpassung eines wohl unbestimmten und damit unschlüssigen Begehrens zulässig ist. Ungeachtet der durch § 184 ZPO ermöglichten Verbreiterung des Klagsvorbringens, muss die Klage jedenfalls jene Hürden des § 226 ZPO überspringen, der ein bestimmtes Begehren fordert. Dies auch deshalb, weil eine Beteiligung des Beklagten in einem Verfahren nicht zwingend ist. Reicht die Klage aber nicht aus, um wenigstens ein Versäumnisurteil erlassen zu können, hilft dem Beweisführer die prozessuale Aufklärungspflicht des passiven Gegners nicht weiter. Zutreffend geht *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 332) davon aus, dass auch der informationsbedürftigen Partei die Aufklärungsinstrumente der ZPO »nicht ohne weiters« zur Verfügung stehen, sondern erst, wenn die Tatsachenbehauptungen den streitigen Lebenssachverhalt durch Darlegung von Einzel Tatsachen so konkret beschreiben, dass das Gericht überprüfen kann, ob das geltend gemachte Recht entstanden ist.

440 AA allerdings *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 184 ZPO Rz 4, nach dem eine solche Aufklärungspflicht aus § 184 ZPO nicht ableitbar sei. Die Mitwirkungspflicht habe demnach keineswegs so weit zu gehen, die Gegenseite zu unterstützen. Die Parteien seien nicht verpflichtet, Fragen der Gegenseite zu beantworten. Diese radikale, aber nicht näher ausgeführte Ablehnung des hier vertretenen Konzepts der prozessualen Aufklärungspflichten hat eine schwache dogmatische Grundlage und soll mit den Ausführungen im 1. Teil der Arbeit widerlegt werden.

441 Die Offenlegungspflicht bezüglich Zeugen *dem Gericht gegenüber* ergibt sich grundsätzlich aus § 180 Abs 2 ZPO. § 184 ZPO erstreckt diese Pflicht auf das Verhältnis zur Gegenpartei.

442 Die Namhaftmachung von Zeugen wird in der Lehre als Beispiel für eine prozessuale Aufklärungspflicht gesehen. Vgl etwa für Österreich: *Fasching*⁴ II, 882; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 40, 270 und 341 f; *Klicka*, JBl 1992, 232; *Pollak*, ZPR² 457; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 184 ZPO Rz 2 oder *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 20 f oder 30. Für Deutschland: *Peters* in FS-Schwab 406; *Stürmer*, Aufklärungspflicht 1 ff; *Stürmer*, ZJP 98 (1985) 239.

443 Auch in der deutschen Rechtsprechung ist die Pflicht zur Namhaftmachung von Zeugen anerkannt, wenngleich es über den Umweg der Beweisvereitelung begründet wird. Vgl VI ZR 220/58 BGH NJW 1960, 821, wonach der Tatrichter aus der Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, nur ihr bekannte Unfallzeugen namhaft zu machen, in der Sachentscheidung Schlüsse zu ihrem Nachteil ziehen kann. Zustimmend *Ahrens*, Beweis, Kap 8 Rz 146. IdS auch *Baumgärtel*, ZJP 69 (1956) 106.

wobei eine Auskunftsverweigerung in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sei. Im Hinblick auf das ausdrückliche Fragerecht nach § 184 ZPO, aus dem eine Auskunftspflicht der befragten Partei zur Identität möglicher Zeugen folgt,⁴⁴⁴ erscheint es eher gekünstelt, ein Auskunftsrecht zusätzlich aus § 345 ZPO abzuleiten. Aus dieser Norm ergibt sich, dass eine Partei den Beweis der Gegenseite selbst nutzbar machen kann. Wenn ihr dabei für einen notwendigen Antrag die erforderlichen Informationen fehlen, kann sie sich auf § 184 ZPO berufen, den *Prankl/Seeber* heranziehen.⁴⁴⁵ Der Bestimmung des § 345 ZPO kann diesbezüglich wohl kaum ein identer Regelungszweck unterstellt werden.

- 99 § 184 ZPO findet sich bereits in der Stammfassung der ZPO, wurde von der Rechtsprechung aber erst nach der ZVN 2002 (nach einem über 100-jährigen »Dornröschenschlaf«) entdeckt.⁴⁴⁶ Erstmals⁴⁴⁷ wurde § 184 ZPO im Bereich von Schadensfällen im *Transportrecht* herangezogen,⁴⁴⁸ wobei in diesem Bereich eine aus der dt Rechtsprechung⁴⁴⁹ bzw dem Grundsatz »*Treu und Glauben*« aus Sphären Gesichtspunkten (dazu oben Rz 19 ff) entwickelte (sekundäre) »Darlegungslast« des (an sich) nicht beweisbelasteten Frachtführers (auch in Österreich) schon seit Jahren anerkannt ist.⁴⁵⁰ Ein derartiger (methodisch eher problematischer⁴⁵¹) Rückgriff auf den zivilrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben, der auch von der österreichischen Rechtsprechung vorgenommen wird,⁴⁵² ist freilich wegen § 184 ZPO entbehrlich, was die Entscheidung 9 Ob 12/05p⁴⁵³ und weitere Entscheidungen in jüngster Zeit dokumentieren.⁴⁵⁴ Entsprechendes gilt im Ergebnis für die sekundäre Darlegungslast. Dass § 184 ZPO auch *außerhalb* des Transportrechts nutzbar gemacht werden kann, zeigt die sorgfältig aufbereitete Entscheidung 6 Ob 44/09b. Hier wurde eine Lösung von Beweisschwierigkeiten über den Weg einer Beweislastumkehr zutreffend abgelehnt (dazu Rz 41 ff) und vielmehr die Aufklärungsrechte des Beweisführers nach § 184 ZPO hervorgehoben.

444 *Prankl/Seeber*, ÖJZ 2017, 112.

445 *Prankl/Seeber*, ÖJZ 2017, 112.

446 Vgl zu § 184 ZPO zB *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 339; *Klicka*, JBl 1992, 233; *Kralik*, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm]; *Rassi*, ZZP 121 (2008) 187 ff; *Rassi*, EvBl 2010, 409 [Entscheidungsanm]; *Rassi*, EF-Z 2011, 16; *Rassi* in FS-Simotta 450.

447 Sieht man von der Entscheidung 4 Ob 96/90 ab, in der das Fragerecht in erster Linie als Ergänzung zur richterlichen Anleitungspflicht bei einem unschlüssigen Begehren angesehen wurde. 9 Ob 12/05p EvBl 2005/175.

448 Vgl BGH NJW 1987, 1201; BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 1997, 128; BGH NJW 1999, 579 und 1404.

449 Vgl RIS-Justiz RS0062591.

450 Dazu etwa *Fleck*, Redlichkeitspflichten 218.

451 4 Ob 100/88; 4 Ob 31/91; 4 Ob 11/95; 4 Ob 2365/961; 2 Ob 275/98z; 4 Ob 173/02y; 6 Ob 191/04p; 10 Ob 21/08y; 9 Ob 91/09m; 6 Ob 44/09b; 6 Ob 198/10a; 6 Ob 20/15g; RIS-Justiz RS0011634 (T8, T10), RS0005394 (T5, T8), RS0040182 (T4, T5, T9, T10).

452 In dieser Entscheidung gab der OGH die Bezugnahme auf Treu und Glauben auf und zog dafür das in § 184 Abs 1 ZPO normierte Fragerecht heran (vgl auch *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 130 FN 546).

454 7 Ob 233/09d; 6 Ob 257/07y; 7 Ob 216/10f; 7 Ob 186/10v; 1 Ob 128/10w.

Der Vorteil des sich aus § 184 ZPO ergebenden Auskunftsrechtes liegt für die behauptungs- und beweisbelastete Partei vor allem darin, dass dieses Auskunftsrecht dann ausgeübt werden kann, wenn ein gemäß § 226 ZPO zu fordernder *umfassender* substantiiertes Vortrag⁴⁵⁵ für die beweisbelastete Partei aufgrund von Informationsdefiziten noch nicht möglich ist – ist es doch gerade der Zweck des § 184 ZPO, Informationslücken zu füllen um Kenntnis von jenen Umständen und Tatsachen zu erlangen, die zum Prozesserverfolg erforderlich sind.⁴⁵⁶ Fragen nach § 184 Abs 1 ZPO sollen aber nicht erst *jegliche* Substantiierung des Sachverbringens der beweisbelasteten Partei ermöglichen, sondern setzen vielmehr voraus, dass entsprechende Tatsachenbehauptungen bereits aufgestellt wurden.⁴⁵⁷ Die Pflicht zum substantiierten Vortrag ist eine wichtige Schwelle, um ein Verfahren über haltlose Behauptungen von vornherein zu verhindern.⁴⁵⁸ Wenn es dem Beweisbelasteten mangels ausreichender Informationen nicht einmal möglich ist, konkrete Behauptungen über seinen Prozessstandpunkt aufzustellen, bietet ihm der Rückgriff auf die Aufklärungspflicht keine diesbezügliche Möglichkeit.⁴⁵⁹ Die prozessuale Informationspflicht rechtfertigt kein »*beliebiges Ausquetschen des Gegners*«. ⁴⁶⁰ Es muss zumindest mit einem schlüssigen Vorbringen eine ausreichende Basis für darauf aufbauende Fragen an den Gegner gegeben sein. Allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass in vielen Fällen vor der Aufklärung durch den Prozessgegner eine vollständige und detaillierte Substantiierung nicht verlangt werden kann, sodass es in der Regel genügt, den allenfalls nur mit ausreichendem Grund vermuteten Sachverhalt in einer solchen Weise zu behaupten, dass kein unschlüssiges Vorbringen vorliegt und eine ausreichende Basis für darauf aufbauende Fragen an den Gegner gegeben ist.⁴⁶¹ Wenngleich also grundsätzlich eine Substantiierung Voraussetzung für eine Aufklärungspflicht ist, müssen bei *typischer Sachverhaltskenntnis* plausible Anhaltspunkte für eine Allgemeinbehauptung wohl genügen.⁴⁶² Typische Sach-

100

455 Vgl für die dZPO dazu *Olzen*, ZZP 98 (1985) 424 [»Die ZPO zwingt zwar zum wahrheitsgemäßen und vollständigen Vortrag, aber erst auf Grundlage einer substantiierten Behauptung der Gegenpartei.«] mwN.

456 *Rassi*, ZZP 121 (2008) 189 f.

457 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 3 mwN. Vgl auch die ähnlichen Wertungen, die in Deutschland zu den Aufklärungsbeiträgen der nicht beweisbelasteten Partei vertreten werden. *Arens* (ZZP 96 [1983] 8) sieht etwa die Beiträge von *Lüderitz* (Ausforschungsverbot) und *Stürner* (Aufklärungspflicht) von der Überlegung geprägt, »*dass die nicht beweisbelastete Partei nicht ohne weiters zu Aufklärungsbeiträgen verpflichtet ist, wohl aber dann, wenn die beweisbelastete Partei etwas vorgetragen hat, was bestimmten, im einzelnen festzulegenden Mindestanforderungen genügt, die unter dem Substantiiierungserfordernis liegen.*«

458 *Stürner*, ZZP 104 (1991) 209 [Entscheidungsanm].

459 *Stürner*, ZZP 123 (2010) 159, der dazu ausführt, dass ein möglichst substantiiertes Tatsachenvortrag *fishing-expeditions* ausschließe.

460 *Morhard*, Erklärung 120.

461 Vgl dazu auch *Klicka*, JBl 1992, 234 f.

462 *Affolter*, Durchsetzung 110 f; *Stürner*, Aufklärungspflicht 112 ff; *Stürner*, ZZP 104 (1991) 210 [Entscheidungsanm]; siehe bereits die Entscheidung des Reichsgericht JW 1936, 2228; krit *Arens*, ZZP 96

verhaltensunkenntnis liegt gerade in der hier zu untersuchenden Ausgangssituation (vgl Rz 7f), also vor allem dann vor, wenn Umstände zu behaupten und zu beweisen sind, die allein oder überwiegend in der Sphäre der nicht beweisbelasteten Partei liegen und der Beweisführer mangels Aufklärung vor unverhältnismäßigen Beweisschwierigkeiten stünde. In diesen Fällen ist die nicht beweisbelastete Partei nach § 184 ZPO zwar nicht *ohne weitere Voraussetzungen* zur Aufklärung verpflichtet, wohl aber dann, wenn ihr Gegner etwas vorgetragen hat, was bestimmten Mindestanforderungen genügt, die *unter* dem strengen Substantiierungsgebot liegen.⁴⁶³ Je näher die beweisbelastete Partei dem Beweis steht, desto höher sind – durchaus im Sinne der Idee eines beweglichen Systems⁴⁶⁴ – die Anforderungen an den Grad der Substantiierung anzusetzen.⁴⁶⁵ Dabei kommt es durchaus in Betracht, dass die beweisbelastete Partei mehrere denkbare Alternativen behauptet, die jeweils eine geeignete Grundlage für die angestrebte Rechtsfolge bilden. Sobald der Sachverhalt zumindest in Grundzügen geklärt ist, werden – je nach Lage des Falls – konkretere Prozessbehauptungen zu fordern sein.⁴⁶⁶ Zur Substantiierungslast vgl die Ausführungen zum Ausforschungsbeweis (vgl Rz 139 ff) und zum in der jüngeren Rechtsprechung bereits akzeptierten Umstand, dass eine Partei ihrem weiteren Vorbringen die bisherigen Verfahrensergebnisse zugrunde legen kann, um ihr bisher allgemein gehaltenes Vorbringen entsprechend zu schärfen (vgl Rz 154).

2. § 178 ZPO und sonstige Aufklärungsnormen

101 Nach zutreffender Ansicht ist die prozessuale Aufklärungspflicht iSd § 184 ZPO mit den vor allem in § 178 Abs 1 ZPO gesetzlich normierten Wahrheits- und Vollständigkeitspflichten verknüpft und sichert diese Pflichten ab,⁴⁶⁷ zumal bereits auf-

(1983) 14 und *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 262; vgl auch *Henckel*, ZZZ 92 (1979) 106, der in den Raum stellt, ob man nicht auf die Vorwerfbarkeit der Sachverhaltensunkenntnis abstellen sollte.

Nach *Olzen* (ZZP 98 [1985] 425) verstößt ein Vorbringen auch dann nicht gegen die Wahrheitspflicht, wenn die Partei keine Anhaltspunkte für ihre Behauptungen hat. Der Wahrhaftigkeit entspräche es aber, wenn spekulative Behauptungen gekennzeichnet werden (vgl *von Hippel*, Wahrheitspflicht 231 ff). Ähnlich auch *Brehm* (Bindung 176), der auch vermutungsweise aufgestellte Behauptungen für zulässig hält. Eine solche Behauptung habe die Bedeutung einer Frage (an den Gegner) und enthalte gegenüber dem Gericht die Bitte um Aufklärung (iSd auch *von Hippel*, Wahrheitspflicht 232 [*»Beweis verlangen«*]). Ersteres lässt sich für das österreichische Prozessrecht gerade mit § 184 ZPO begründen!

463 Vgl *Lüderitz*, Ausforschungsverbot 29 ff; *Stürner*, Aufklärungspflicht 123; *Stürner*, ZZZ 104 (1991) 209 [Entscheidungsanm].

464 Einen derartigen Rückgriff auf die Idee eines beweglichen Systems hat bereits *Böhm* bei der richterlichen Anleitungspflicht vorgeschlagen; vgl *Böhm*, Bewegliches System 240 f. Zur Kooperationspflicht zuletzt auch *Deixler-Hübner*, iFamZ 2016, 361 unter Bezugnahme auf *Rassi*, EF-Z 2011, 15 f.

465 Vgl *Stürner*, ZZZ 98 (1985) 251.

466 Vgl *Stürner*, ZZZ 98 (1985) 251; *Stürner*, ZZZ 104 (1991) 210 [Entscheidungsanm].

467 *Kralik* in FB Franz Klein 91; *Oberhammer*, Richtermacht 68.

grund dieser Bestimmung klar ist, dass die Parteien nicht über Tatsachen verfügen können.⁴⁶⁸ Von der wohl hA wird daher neben § 184 ZPO die Bestimmung des § 178 ZPO ins Spiel gebracht, um *auch daraus* prozessuale Kooperationspflichten abzuleiten.⁴⁶⁹ Auch aus der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht ergibt sich (in einem beschränkten Ausmaß),⁴⁷⁰ dass die Partei zu einem Vorbringen außerhalb der sie treffenden Behauptungslast verpflichtet ist.⁴⁷¹ Gerade das Gebot zum wahrheitsgemäßen Vorbringen zwingt die Partei dazu, die von ihr als wahr erkannten Tatsachen in den Prozess einzuführen, auch wenn diese ihrem Rechtsschutzantrag entgegenstehen.⁴⁷² Zutreffend verweist *Oberhammer* darauf, »dass eine prozessuale Vollständigkeitspflicht – die ja erst sicherstellen kann, dass im Prozess nicht bloß das Lügen unterlassen, sondern auch tatsächlich die Wahrheit gesagt wird – nur von einem Verfahrenssystem erreicht werden (kann), das ein wie immer geartetes Frage-recht der Parteien und/oder des Richter kennt.«⁴⁷³ Dem gegenüber vertritt *Fasching* die Ansicht, dass sich aus der Formulierung des § 178 ZPO keine Determinierung in Richtung Mitwirkungspflicht der nichtbelasteten Partei erkennen lässt und hebt hervor, dass diese Norm beide Parteien zu wahrheitsgemäßem, vollständigem und bestimmtem Vorbringen verpflichtet. *Fleck* hält es im Zusammenhang mit dem vergleichbaren § 138 dZPO für terminologisch »unglücklich« die Wahrheitspflicht als Mitwirkungspflicht zu bezeichnen.⁴⁷⁴

Richtig ist, dass sich die Anwendungsbereiche der Pflicht zur aktiven Kooperation und der Wahrheitspflicht nicht zur Gänze decken. Eine Pflicht zur Aufklärung und Mitwirkung zwingt die Partei, *primär* zur Förderung der richtigen Sachverhaltsgrundlage beizutragen und damit (unter Umständen) auch im Interesse des Gegner *aktiv zu handeln*, während die Wahrheitspflicht *in erster Linie* darauf abstellt, dass eine Partei wahrheitswidriges Vorbringen zu *unterlassen* hat (vor allem die Prozesslüge), um damit eine unrichtige Entscheidungsgrundlage zu verhindern.⁴⁷⁵ Eine Trennung zwischen gebotenem und verbotenem Handeln lässt sich hier freilich nicht exakt vornehmen. Aus § 184 ZPO iVm § 178 ZPO ergibt sich, dass bei der Fragebeantwortung nicht gelogen werden darf (siehe Rz 104). Beide Bereiche greifen

102

468 Dazu etwa *Rechberger*, NZ 1991, 74.

469 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 348 ff; *Brenn* in *Fasching/Konecny*³ § 178 ZPO Rz 26; *Klicka*, JBl 1992, 233; *Rassi*, ZZP 121 (2008) 189; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 29.

470 Vgl dazu *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 356.

471 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 356.

472 Vgl etwa *Stürmer*, Aufklärungspflicht 10 mwN.

473 *Oberhammer*, Richterliche Gewalt 231.

474 *Fleck*, Redlichkeitspflichten 216.

475 Vgl bereits die von *von Hippel* (Wahrheitspflicht 40 f) herausgearbeitete Unterscheidung zwischen Wahrheits- und Aufklärungspflicht. Der genannte Autor begreift die Wahrheitspflicht als *Verbot*, das Zustandekommen der richtigen Einsicht durch Eingriffe zu stören (prozessuale Unterlassungspflicht), während er die Aufklärungspflicht als *Gebot* an die Parteien qualifiziert, das Zustandekommen der Einsicht zu fördern (prozessuale Leistungspflicht). Ihm folgend *Morhard*, Erklärung 89.

ineinander über, eine Aufklärung ohne Wahrheitspflicht hat ebenso wenig Wert wie eine rein passiv ausgerichtete Wahrheitspflicht, die von einer potentiellen Unterstützung des Gegners abgekoppelt ist und bei der eine Partei zwar der Wahrheit gemäß vorbringen muss, aber sich dabei auf jene Tatsachen beschränken kann, die ihren eigenen Standpunkt stützen.

- 103 *Gerade weil* sich die Bestimmung des § 178 ZPO an beide Parteien richtet und damit nicht unterscheidet, wer beweisbelastet ist, ist es naheliegend, dass die Norm auch zugunsten des Beweisführers nutzbar gemacht werden kann.⁴⁷⁶ Problematisch erscheint *prima vista* wohl der Umstand, dass sich die Wahrheitspflicht nach § 178 ZPO nach dem Wortlaut nur auf die Angaben der Partei bezieht, die die zur Begründung *ihrer Anträge* erforderlichen tatsächlichen Umstände betreffen. Es könnte daraus geschlossen werden, dass die Partei zugunsten des Gegners nicht wahrheitsgemäß vorbringen muss, zumal § 178 Abs 1 ZPO nur dazu zwingt, »sich über die von ihrem Gegner vorgebrachten tatsächlichen Angaben [...] *mit Bestimmtheit zu erklären* [...] und sich auch über die bezüglichen Ausführungen ihres Gegners *mit Bestimmtheit auszusprechen*«. Der Satzteil »der Wahrheit gemäß [...] anzu- geben« trägt somit nur die Wahrheitspflicht über das eigene Vorbringen, umfasst aber nicht den Gegenvortrag. Ein derart enges Verständnis von der als Herzstück der Prozessordnung angesehenen Wahrheitspflicht (vgl oben Rz 78 ff) erschiene aber nicht angebracht. Schon im Rahmen des Wortlauts von § 178 Abs 1 ZPO ließe sich dem entgegenhalten, dass jegliches Vorbringen mit einem Antrag der wahrheitspflichtigen Partei korrespondiert, weil in jedem streitigen Prozess der Urteilsantrag einer Partei dem Urteilsgegenantrag des Gegners gegenübersteht.⁴⁷⁷ Die Forderung, dass die nicht beweisbelastete Partei sich *wahrheitsgemäß* über jene Umstände äußern muss, die die Beweislast des Gegners betreffen, findet seine Grundlage in § 178 ZPO, weil diese Umstände zwangsläufig auch den spiegelbildlichen Antrag der nicht beweisbelasteten Partei betreffen (müssen). Wenn etwa das Vorliegen einer bestimmten Tatsache den Anspruch des Beweisführers stützt, muss das Fehlen dieses Umstands den Anspruch des Gegners stützen. »Umstände zur Begründung ihrer Anträge« umfassen nach richtiger Ansicht nicht nur Tatsachen, die einen Prozesserverfolg der wahrheitspflichtigen Partei *stützen*. Auch die Ausführungen zu den vorhandenen (bzw den nicht vorhandenen) ungünstigen Umständen, also etwa die für den Kläger rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Umstände, müssen der Wahrheit entsprechen.⁴⁷⁸ Damit erfasst die Wahrheitspflicht das Vorbringen zum gegnerischen Vortrag: Die Partei hat sich

476 IdS auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 349.

477 Demgemäß ist es hA, dass diese Pflicht generell gilt, also für den *gesamten* Rechtsstreit. Vgl etwa *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 349; *Fasching*, Lehrbuch² 1023; *Rassi*, ZZZ 121 (2008) 189 und 201; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 29.

478 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 355; *Pollak*, ZPR² 482; *Stürner*, Aufklärungspflicht 10 mwN.

über die Angaben des Gegners, dessen Beweismittel und seine Ausführungen daher nicht nur »mit Bestimmtheit«, sondern auch wahrheitsgemäß zu erklären. Die nicht beweisbelastete Partei ist, unabhängig davon, ob ihre Angaben für sie oder den Gegner von Nutzen sind oder nicht, stets zur Wahrheit verpflichtet, zumal § 178 ZPO das gesamte Parteinbringen umfasst,⁴⁷⁹ weshalb eine prozessuale Kooperationspflicht insoweit auf § 178 Abs 1 ZPO gestützt werden kann.⁴⁸⁰

Hingegen ist der Zusammenhang der prozessualen Kooperationspflichten der nicht beweisbelasteten Partei mit der durch die ZVN 2002 festgeschriebenen *Prozessförderungspflicht* nach § 178 Abs 2 ZPO nur schmal, weil die Prozessförderungspflicht als Beschleunigungsmaßnahme in erster Linie die Partei anhält, ihren eigenen Vortrag möglichst zeitgerecht und vollständig zu erstatten, damit das Verfahren nicht durch einen scheinbar erstatteten Vortrag unnötig verzögert wird.⁴⁸¹ Allein aus § 178 Abs 2 ZPO ließe sich eine Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei schwer konstruieren.⁴⁸² Allerdings ist die Norm im engen Zusammenhang mit Abs 1 leg cit zu lesen, der – wie ausgeführt – die grundsätzliche Wahrheitspflicht der Parteien mit der Pflicht verknüpft, sich zum gegnerischen Vortrag mit Bestimmtheit auszusprechen. Auch Abs 1 trägt die These von der *allgemeinen Aufklärungspflicht* mit, sodass durchaus vertreten werden kann, dass die Parteien *auch ihren Gegner* zeitgerecht und vollständig im Sinne der Förderungspflicht nach § 178 Abs 2 ZPO aufklären müssen.

Zudem ist § 178 ZPO im engen Zusammenhang mit § 182 ZPO bzw § 184 ZPO zu lesen. Das richterliche Fragerecht oder das Fragerecht der Partei hätte keinen Sinn, wenn es der befragten Partei frei stünde, auf derartige Fragen nicht, *unvollständig* oder *unrichtig* zu antworten, ohne prozessuale Nachteile befürchten zu müssen.⁴⁸³ Hinzukommt, dass für den Bereich der (eidlichen) Parteienvernehmung die »Pflicht zur Angabe der Wahrheit« explizit angeordnet ist. Aus den Vorschriften über die Parteienvernehmung ergibt sich klar, dass deren Funktion darin liegt, den Sachverhalt aufzuklären bzw das Gericht von der »Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Tatsachen zu überzeugen« (§ 377 Abs 1 ZPO). Auch diese Wahrheitspflicht betrifft die erheblichen Tatsachen *an sich* und stellt nicht darauf ab, ob

104

479 Vgl *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 349 f (auch unter Hinweis auf § 245 Abs 1 ZPO).

480 IdS auch 6 Ob 267/01k SZ 74/191 zur Darlegungslast des Frachtführers.

481 *Brenn* in *Fasching/Konecny*³ § 178 ZPO Rz 15 f.

482 Anders offenbar *Höllwerth* (ÖJZ 2004, 255 FN 50), für den es zur Rechtslage vor der ZVN-2002 »zumindest *prima facie* durchaus *zweifelhaft*« gewesen war, ob aus einzelnen Bestimmungen der ZPO, die punktuell für bestimmte Beweisaufnahmen Mitwirkungspflichten vorsehen (vgl §§ 303 ff, 369), oder aus einem Prinzip von Treu und Glauben eine generelle Pflicht des Prozessgegners zur Bereitstellung aller ihm verfügbaren – insb auch der ihm nachteiligen – Beweismittel abgeleitet werden kann. Die durch die ZVN-2002 ausdrücklich normierte Prozessförderungspflicht der Parteien könnte jetzt allerdings ein Argument dafür sein. Auch *M. Bydlinski* (ZPO 205) und *Schoibl* (JAP I 2003/2004, 17) qualifizieren die Mitwirkungspflicht der Parteien als Teilaspekt der Prozessförderungspflicht.

483 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340.

es sich um Umstände handelt, die den Standpunkt der zu vernehmenden Partei stützen. Es wäre ein Systembruch und kaum verständlich, wenn die für die Parteienvernehmung angeordnete Wahrheitspflicht für das Parteivorbringen nicht gelten sollte.

- 105** Nach zutreffender Ansicht gilt die Norm des § 178 ZPO ungeachtet ihrer systematischen Einordnung nicht nur für das mündliche Vorbringen, sondern ganz generell für den *gesamten Rechtsstreit*,⁴⁸⁴ was mit § 78 Abs 1 Z 3 ZPO korrespondiert, wonach vorbereitende Schriftsätze die Erklärung über die Wahrheit, Richtigkeit und Vollständigkeit des gegnerischen Vorbringens enthalten müssen. Durch diese Erklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei wird die risikobelastete Partei entlastet,⁴⁸⁵ was ua daran liegt, dass die Prozessordnung ein schlüssiges Geständnis kennt (§ 267 Abs 1 ZPO) und der Richter eine Erklärung mit Nichtwissen freiwürdigen kann (§ 267 Abs 2 ZPO). Will die Gegenpartei nicht riskieren, dass man ihr passives Verhalten nach § 267 ZPO auslegt, wird sie in vielen Fällen ein substantiiertes Gegenvorbringen erstatten und damit das *Substantiierungsrisiko* der behauptungsbelasteten Partei lindern.⁴⁸⁶
- 106** Abgerundet wird diese Systematik durch die Vorschrift über das Stelligmachen einer informierten Person in der vorbereitenden Tagsatzung zur umfassenden Erörterung des Sachverhalts (§ 258 Abs 2 ZPO), wenn die Partei selbst nicht zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen kann. Auch daraus ist ableitbar, dass jede Partei unabhängig von der Behauptungs- und Beweislast vor Durchführung des eigentlichen Beweisverfahrens zur Sachverhaltserörterung mit den ihr zugänglichen Informationen zur Wahrheitserforschung beizutragen hat.⁴⁸⁷
- 107** Eine besondere Form der prozessualen Informationspflicht sieht die ZPO im Bereich der Urkunden vor. Nimmt eine Partei in einem Schriftsatz Bezug auf in ihren Händen befindliche Urkunden, so ist sie auf Antrag des Gegners verpflichtet, diese Urkunden bei Gericht zur Einsicht für den Gegner vorzulegen (§ 82 ZPO).⁴⁸⁸ Diese Vorschrift betrifft nicht das förmliche Beweisverfahren bzw die eigentliche Urkundenedition nach §§ 303ff ZPO, sondern dient außerhalb des Beweisverfahrens nur dem Informationsbedürfnis des Gegners.⁴⁸⁹ Die Urkundenvorlage nach § 82 ZPO kann durchaus als Instrument zur Aufklärung des Gegners des Urkunden-

484 *Fasching*, Lehrbuch² 1023; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 349.

485 Ähnlich für § 138 Abs 2 dZPO *Stürmer*, Aufklärungspflicht 11.

486 Das dokumentiert, dass das von der ZPO anerkannte Geständnis (Außerstreitstellung) die Erforschung der Wahrheit nicht einschränkt, sondern fördert!

487 *Rassi*, ZJP 121 (2008) 189; zust *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 31.

488 Daneben schreibt auch § 77 Abs 1 ZPO vor, dass einem Schriftsatz Abschriften von Urkunden beizulegen sind, auf die Bezug genommen wird. Nur wenn die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutsamem Umfang sind, reicht das Angebot auf Gewährung von Einsicht (§ 77 Abs 2 ZPO).

489 Vgl *Fasching*⁴ II, 546; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 82 ZPO Rz 1; *Lindinger/Öhlböck*, AnwBl 2006, 9; RIS-Justiz RS0121004; 5 Ob 131/91; 4 Ob 44/05g; 3 Ob 142/06p.

inhabers betrachtet werden. Es wird dadurch der behauptungs- und beweisbelasteten Partei in vielen Konstellationen ermöglicht, ihr Vorbringen zu ergänzen, zu substantiieren oder zu korrigieren.

3. Allgemeine Aufklärungspflicht

Aus den referierten Bestimmung kann somit durchaus eine *allgemeine* Aufklärungspflicht der Parteien abgeleitet werden.⁴⁹⁰ Durch diese Aufklärungspflicht besteht im österreichischen Zivilprozessrecht ein ausreichender Individualschutz der Parteien für die Findung der materiellen Wahrheit, was aber gerade für die deutsche ZPO umstritten ist.⁴⁹¹ Die in Deutschland gegen die allgemeine Aufklärungspflicht eingewandten Bedenken sind daher für die österreichische Rechtsordnung zu relativieren. 108

Allgemein darf freilich nicht mit *voraussetzungslos* oder *unbeschränkt* gleichgesetzt werden.⁴⁹² Es geht vielmehr in erster Linie darum, hier von einer Pflicht zu sprechen, die nicht in einigen eigens geregelten Sondervorschriften zu finden ist, sondern – innerhalb ihrer Grenzen – ganz allgemein für den Zivilprozess gilt. Eine Aufklärung nach § 184 ZPO ist dann nicht geboten, wenn der primär Behauptungspflichtige keine Fragen gestellt und auch nicht auf andere erkennbare Weise Aufklärung verlangt hat. Erst das erkennbare Verlangen nach Information löst eine Aufklärungspflicht aus. Der Gegner der beweisbelasteten Partei ist daher ohne weitere Voraussetzungen nicht verpflichtet, jenseits der Behauptungslast pauschal und umfassend zur Sachverhaltsklärung beizutragen.⁴⁹³ Damit unterscheidet sich diese prozessuale Aufklärungspflicht von anderen materiellrechtlich fundierten Aufklärungspflichten (etwa des Arztes oder des Rechtsanwalts), die davon geprägt sind, dass der Aufklärungspflichtige »unbefragt« aufklären muss. 109

Schließlich sind der Aufklärungspflicht inhaltliche Grenzen gesetzt, sodass aus diesem Blickwinkel *allgemein* nicht mit *unbeschränkt* gleichzusetzen ist. Zu den Grenzen der Aufklärungspflicht vgl. den zweiten Teil dieser Arbeit. 110

490 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 362; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 187 ff mwN; *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 111; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 3 mwN; aA *Fasching* in *Fasching/Konecny* II/1² [Vorauslage] Einl Rz 18, der nur im Fall einer bewussten Informationsvereitelung eine Sanktion über die Beweismittelwürdigung bejaht; offengelassen: *Konecny* in *Fasching/Konecny* II/1³ Einl Rz 18.

491 Bejahend: *Stürmer*, Aufklärungspflicht passim; aA BGH NJW 1990, 3151; *Arens*, ZJP 96 (1983) 12, wonach ein Spannungsfeld von Wahrheitspflicht und Verhandlungsmaxime bestehe. Bei der Bestimmung des Prozesszwecks dürfe nicht einseitig auf die Wahrheitsfindung abgestellt werden. Vgl. auch *Brehm* (Bindung 27), wonach die Wahrheit (nur) »ein wichtiges Zwischenziel« sei, weil es nicht allein darauf ankomme, ob dem Urteil tatsächlich der wahre Sachverhalt zugrunde gelegt werde. Gingen die Parteien von bestimmten Tatsachen aus, weil sie »ganz einfach keinen Streit in diesem Punkt wünschen, kann es auf die Wahrheit nicht ankommen, und der Richter wird sich damit abfinden, dass die Parteien ihren Streit begrenzen«.

492 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 362.

493 *Stürmer*, ZJP 104 (1991) 208 [Entscheidungsanm].

B. Mitwirkungsnormen für das Beweisverfahren

111 Die erwähnten Vorschriften zur Aufklärung der beweisbelasteten Partei werden durch die Bestimmungen über die *Mitwirkung* im eigentlichen Beweisverfahren mehr als ergänzt. Hier geht es nicht darum, der Gegenseite Informationen für ihr Vorbringen und die nötigen Beweisanträge zu verschaffen, sondern darum, aktive Mitwirkungshandlungen im eigentlichen Beweisverfahren zu setzen bzw bestimmte eigene Handlungen zu unterlassen oder fremde Handlungen zu dulden.

112 Zu denken ist hier vor allem an den *Auftrag zur Urkundenvorlage* nach § 303 ZPO, der gerade darauf abstellt, dass sich eine für die Beweisführung erhebliche Urkunde in den Händen des Gegners, also jener Partei befindet, die diesbezüglich nicht den Beweis antreten will oder muss. Daraus und aus den in § 305 ZPO festgelegten Weigerungsgründen (Familienleben, Ehrenpflicht, Gefahr der Schande oder der strafgerichtlichen Verfolgung;⁴⁹⁴ Verschwiegenheitspflicht, Kunst-, Geschäftsgeheimnis, sonstige gleich wichtige Gründe) ist abzuleiten, dass eine Partei *grundsätzlich* (also abseits der Ausnahmen) verlangen kann, dass ihr Gegner eine für das Verfahren relevante Urkunde vorlegt, sofern der Antragsteller bescheinigt, dass der Gegner diese Urkunde besitzt (vgl § 229 Abs 1 ZPO). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gegner für das jeweilige Thema beweisbelastet ist, weshalb diese Norm als wichtiger Hinweis für eine Kooperationspflicht (auch) der nicht beweisbelasteten Partei gilt. Bereits nach der Stammfassung der ZPO konnte somit der Gegner der beweisbelasteten Partei zur Urkundenvorlage grundsätzlich herangezogen werden.⁴⁹⁵ Hervorzuheben ist, dass das Gesetz die Vorlagepflicht nicht auf die ohne Prozess bestehenden (materiellrechtlichen) Pflichten beschränkt, sondern davon unabhängige *prozessuale Editionsspflichten* normiert.⁴⁹⁶ Nur wenn die in § 305 ZPO genannten Weigerungsgründe vorliegen, ist der Gegner von der Vorlage befreit, was aber wiederum nicht gilt, wenn nach § 304 ZPO bestimmte Tatbestände (Bezugnahme auf die Urkunde, zivilrechtliche Verpflichtung, gemeinschaftliche Urkunde) eine unbedingte Vorlagepflicht zur Folge haben (vgl dazu Rz 262). Auch bei einem amtswegigen Auftrag zur Vorlage nach § 183 ZPO können sich die Parteien auf die geschilderten Weigerungsrechte berufen.⁴⁹⁷ Die Voraussetzungen für eine amtswegige und beantragte Urkundenedition sind nach österreichischem Recht

494 Dieser Tatbestand wird durch kartellrechtliche Geldbußentatbestände, selbst wenn man sie als strafrechtlich qualifiziert, nicht erfüllt (vgl 5 Ob 154/07v).

495 Auch § 213 UGB ist im Bereich des Urkundenbeweises ein weiteres Beispiel dafür, dass auch die nicht beweisbelastete Partei verpflichtet ist, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, vgl *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 234: »prozessuale Zielsetzung der Wahrheitserforschung« und Rz 757 ff.

496 Damit wich die ZPO 1895 vom traditionellen Prozessverständnis ihrer Zeit ab, wonach die Pflicht einer Partei zur Herausgabe einer erheblichen Beweisurkunde an einen zivilrechtlichen Anspruch des Beweisführers geknüpft war; vgl *Oberhammer*, Richterliche Gewalt 235.

497 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 304 ZPO Rz 1.

insoweit ident, was von der deutschen Lehre für die dZPO im Zusammenhang mit den neueren Bestimmungen der §§ 142, 422, 423 dZPO tendenziell verneint wird.⁴⁹⁸ Zu den Folgen bei Verstößen, siehe Rz 268 ff.

Die Vorschriften über die geschilderte Urkundenedition gelten auch für sog *Auskunftssachen* (§ 318 Abs 2 ZPO). Entsprechendes gilt für den *Augenscheinsbeweis* (§ 369 iVm § 303), hier sind die Bestimmungen über die Urkundenedition sinngemäß anzuwenden.⁴⁹⁹ Auch in diesen Bereichen ergibt sich somit eine Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei. Zu den Folgen bei Verstößen, siehe Rz 268 ff.

Für den *Sachverständigenbeweis* fand sich in der Stammfassung zur ZPO keine Bestimmung, aus der sich eine Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei (ausdrücklich) ableiten ließ. Mit § 359 Abs 2 ZPO wurde mit der ZVN 2002 die Mitwirkungspflicht der Parteien beim Sachverständigenbeweis nunmehr ausdrücklich normiert.⁵⁰⁰

Dessen ungeachtet war es schon vor der genannten Novelle durchaus anerkannt, dass das Gericht berechtigt ist, den Parteien in Form eines unanfechtbaren Beschlusses Aufträge zu erteilen, etwa dem Sachverständigen die zur Gutachtenerstattung erforderlichen Unterlagen zugänglich zu machen, um diesem die Befundaufnahme zu ermöglichen.⁵⁰¹ Auf diese Weise hatte sich bereits seit Jahrzehnten eine Mitwirkungspflicht der Parteien manifestiert, wobei *Höllwerth* zutreffend konstatiert, dass keine Auseinandersetzung mit der Frage stattfand, unter welchen Umständen Aufträge allenfalls unzulässig sein könnten.⁵⁰²

Nach § 359 Abs 2 ZPO unterscheidet das Gesetz – im Gegensatz zur Pflicht zum Erlag eines Kostenvorschusses § 365 ZPO – nicht, ob es sich um den Beweisführer oder die nicht beweisbelastete Partei handelt.⁵⁰³ Entscheidend ist vielmehr, was der Sachverständige für die Erstellung seines Gutachtens benötigt. Im Kern geht es um die Frage, ob überhaupt und gegebenenfalls innerhalb welcher Grenzen die nicht beweisbelastete Partei zur Befundaufnahme des Sachverständigen beizutragen, bei dieser mitzuwirken und insgesamt die Gutachtenserstattung des Gutachters zu fördern hat.⁵⁰⁴ Benötigt ein Sachverständiger zur Erstattung seines Gutachtens eine

498 Vgl etwa *Stadler* in FS-Beys 1644.

499 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 369 ZPO Rz 1.

500 Offenbar, ohne dass es dem Gesetzgeber bewusst war, »*welcher überaus strittigen Problematik er sich hier annimmt*«. In diesem Sinn – auf fehlende Erläuterungen in den Materialien anspielend – *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190.

501 8 Ob 7/68 EvBl 1968/359; 7 Ob 165/75; 5 Ob 18/89; 6 Ob 321/01a; RIS-Justiz RS0040425; LGZ Wien EFSlg 42.182; vgl *Fasching*⁴ III, 493; *Jelinek*, Der Sachverständige 70.

502 *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 255.

503 9 Ob 12/05p und 6 Ob 44/09b [»*Darüber hinaus kennt die ZPO eine Reihe weiterer prozessualer Mitwirkungspflichten der Parteien, [...] zu denen durch die ZVN 2002 eine – nach dem Wortlaut des § 359 Abs 2 ZPO von der Beweislast unabhängige – Mitwirkungspflicht beim Sachverständigenbeweis gekommen ist.*«].

504 *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 254 ff.

derartige Mitwirkung und wird ihm diese nicht unverzüglich geleistet, hat das Gericht den Parteien das Erforderliche beschlussmäßig aufzutragen. § 359 Abs 2 ZPO ist seit der ZVN 2002 ein wichtiger Beleg für die Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei. Dem Sachverständigen ist es dadurch möglich, ein Gutachten ohne Berücksichtigung des Fehlenden zu erstatten, wenn der gerichtlichen Anforderung nicht nachgekommen wird. Wird ein derartiges »Rumpfgutachten« (oder Aktengutachten) erstattet, unterliegt dieses – sofern überhaupt verwertbar⁵⁰⁵ – der freien Beweiswürdigung,⁵⁰⁶ was insb in den Fällen eine Rolle spielen wird, in denen eine nicht beweisbelastete Partei ihre erforderliche Mitwirkung verweigert⁵⁰⁷ (dazu näher Rz 348). Die Lehre schränkt freilich das Ausmaß dieser Mitwirkungspflicht mit Blick auf die sonstigen – oben bereits referierten – »einschlägigen« Bestimmungen der ZPO ein.

116 Auch bei der Parteienvernehmung wird der entsprechende Beweis nicht jener Partei zugeordnet, die vernommen wird. § 371 ZPO differenziert diesbezüglich nicht. Auch hier stellt das Gesetz somit nicht auf eine allfällige Behauptungs- und Beweislast ab. Daraus folgt, dass die nicht beweisbelastete Partei vernommen werden muss, wenn dies zur Beweisführung ihres Gegners erforderlich sein kann. Ihre Mitwirkungspflicht ergibt sich daraus, dass eine Partei die Aussage grundsätzlich nur bei Vorliegen eines genügenden Grunds verweigern darf (§ 381 ZPO).⁵⁰⁸ Sagt eine Partei aus, ist wiederum die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage zu beachten (§ 377 Abs 3 ZPO). Zur Frage, ob ein genügender Weigerungsgrund nur dann bzw schon dann vorliegt, wenn ein Aussageverweigerungsgrund für einen Zeugen gegeben ist und zu den Folgen bei allfälligen Verstößen, siehe Rz 316 ff.

117 Für die *Zeugenvernehmung* kommt eine Mitwirkung naturgemäß nur im übertragenden Sinn in Betracht, weil die zwangsweise durchsetzbare Pflicht zur Zeugenaussage unabhängig von den prozessualen Kooperationspflichten der Parteien besteht. Denkbar sind zwei Fälle, die sich unter prozessualer Kooperation subsumieren lassen. Von § 184 ZPO ist die Aufklärungspflicht zur Namhaftmachung eines potentiellen Zeugen umfasst,⁵⁰⁹ was auch für dessen Anschrift gilt.⁵¹⁰ Daneben kann erwogen werden, ob die nicht beweisbelastete Partei insoweit mitwirken muss, dass sie einen Zeugen von einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht entbindet. Dazu näher Rz 290 ff.

505 *Beran et al*, RZ 2003, 7.

506 Siehe dazu die Materialien zur ZVN 2002 ErläutrV 962 BlgNR 21. GP 37.

507 *Beran et al*, RZ 2003, 8.

508 Davon zu trennen ist der Umstand, dass die Anwendung von Zwangsmaßnahmen unstatthaft ist (§ 380 Abs 3 ZPO).

509 Zu denken ist etwa an die häufige Konstellation bei Verkehrsunfallsprozessen, bei denen dem Lenker die Identität von Bei- oder Mitfahrern im anderen Auto unbekannt ist.

510 Dies auch ungeachtet des Umstands, dass dafür das Gericht nach § 180 ZPO von sich aus sorgen muss.

C. Resümee

Es ist gezeigt worden, dass die ZPO sowohl von einer allgemeinen Aufklärungspflicht als auch von einer umfassenden Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei ausgeht. Aus mehreren Bestimmungen der ZPO lässt sich zum einen eine von der konkreten Beweislast unabhängige *allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht* stützen. Sie findet ihre Grundlage in § 184 ZPO und wird durch weitere Bestimmungen, insb durch § 178 Abs 1 ZPO iVm § 82 ZPO oder § 258 Abs 2 ZPO ergänzt, abgesichert und abgerundet. Zum anderen sind die Regeln über das Beweisverfahren davon geprägt, dass die nicht beweisbelastete Partei zur *Mitwirkung verpflichtet* ist. Aus den oben geschilderten Vorschriften, die mit Ausnahme des Zeugenbeweises, ohnedies alle Beweismittel abdecken, lässt sich erschließen, dass die ZPO eine Passivität der nicht beweisbelasteten Parteien auch im Beweisverfahren unterbinden will. *Klicka* verwies zutreffend auf ein »*beinahe komplettes System an Rechtsvorschriften [...], um die Beweismittel zur Sachverhaltsermittlung weitestgehend zu nutzen*«. ⁵¹¹ Insgesamt bieten die hier referierten Normen daher ein ausreichendes Fundament um *prozessuale Kooperationspflichten* zu bejahen. Aufgrund einer Gesamtanalogie ist über die vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle hinaus von einer *grundsätzlichen* und *umfassenden* Pflicht zur Aufklärung und Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei auszugehen. Durch diese Pflichten können Beweisschwierigkeiten des Beweisführers deutlich abgemildert werden, wenngleich die Kooperation hier nicht grenzen- und bedingungslos zu erfolgen hat. Es wird Aufgabe dieser Arbeit sein, den Umfang der Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht bei berechtigten Geheimhaltungsinteressen unter besonderer Berücksichtigung des Unternehmensgeheimnisses abzustecken und Wege aufzuzeigen, die Kooperationspflichten und Geheimhaltungsinteressen nebeneinander bestehen lassen.

118

V. Wahrheitsforschung, Richtermacht und Kooperationspflichten

A. Richtermacht und Kooperationspflicht: Zwei Seiten einer Medaille

Ungeachtet des Umstands, dass die Frage der gegenseitigen Kooperation nicht zwingend vom gewählten Stoffsammlungsmodell abhängt (vgl Rz 67 ff), wird der

119

⁵¹¹ *Klicka*, JBl 1992, 234; siehe auch *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 358 [»*allgemeine Pflicht zur Nutzbarmachung aller möglichen Beweismittel*«]; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 3.

konkrete Umfang und die praktische Ausgestaltung der durch die Parteien gebotenen Aufklärungs- und Mitwirkungshandlungen nach dem Konzept der österreichischen ZPO indes mittelbar *auch* von der Rolle des Richters stark beeinflusst.⁵¹² Die gegenseitige Unterstützung der Prozessparteien wird in der vom *Kleinschen* Zivilprozessmodell geprägten ZPO durch die *aktive Stellung des Richters* bei der Tatsachenaufklärung mehr als ergänzt. Diese Stellung unterscheidet sich von der »*richterlichen Ohnmacht*« nach der AGO.⁵¹³ Gerade mit der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* (dazu oben Rz 88 ff) lässt sich sehr gut erklären, dass zwischen der starken und ausforschenden *Stellung des Richters* eine Wechselbeziehung zur *Pflicht der Parteien* besteht, sich bei der Erlangung der Entscheidungsgrundlagen gegenseitig zu unterstützen. Beide – die ZPO stark prägenden – Elemente sind auf die Erlangung einer vollständigen und wahren Entscheidungsgrundlage gerichtet. Die starke Stellung des Richters und die hier bejahte Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung der Parteien fußen auf dem identen Zweck und Ziel des Prozesses. Ebenso wie der amtswegig agierende Richter lässt sich der Umstand, dass die *nicht beweisbelastete* Partei im Lichte der materiellen Wahrheitsfindung einen Aufklärungs- und Mitwirkungsbeitrag zur *Ausforschung* der Entscheidungsgrundlagen leisten muss, aus dem Konzept der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* ableiten. Insoweit schließt sich der Kreis zum Ansatz *Stürners*, der seine These von der allgemeinen Aufklärungspflicht zentral darauf stützte, dass der Prozess der Wahrheitsfindung dient. Aus österreichischer Sicht lässt sich das leichter argumentieren, weil dort bereits nach dem Grundkonzept der ZPO – schon im Hinblick auf die Findung der materiellen Wahrheit – *dem Richter* eine entscheidende und starke Rolle bei der Sachverhaltsaufklärung zugewiesen wird (dazu Rz 130 ff). Der *gemeinsame Ursprung* der Beiträge von Richter und Parteien zur Wahrheitserforschung postuliert damit *allseitige Aktivität* bei der Aufklärung der Entscheidungsgrundlagen. Die Beiträge des Gerichts und der Parteien sind nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Prozessziel. Die Pflichten des Richters und der Parteien sind stets im Zusammenhang zu einander zu betrachten und lassen sich schwer trennen. *Bienert-Nießl* hat daher zutreffend konstatiert, dass die Kooperation der Parteien und die materielle Prozessleitung des Richters zwei Seiten derselben Medaille⁵¹⁴ (sc der materiellen Wahrheitsfindung) sind, die sich *ergänzen* und *nicht ausschließen*.

120 Die Kooperationspflicht der Parteien kann nicht vom Prozessziel und der richterlichen Sachverhaltsaufklärung getrennt werden.⁵¹⁵ Die Intensität des geforderten

512 Vgl auch die Diskussion im deutschen Schrifttum, ob vor dem Hintergrund einer Stärkung der Richtermacht auch die Anerkennung von Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten zusammenhängen: IdS *Arens*, ZJP 96 (1983) 20; *Gottwald*, ZJP 92 (1979) 366 [Entscheidungsanm]; aA *Stürner*, ZJP 98 (1985) 254.

513 Dazu zB *Oberhammer*, Richterliche Gewalt 219 f.

514 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340; *Rassi* in FS-Delle Karth 778.

515 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 340.

Beitrags von Gericht und nicht beweisbelasteter Partei hängen voneinander ab und sind quasi »kommunizierende Gefäße«. Die Aufgabe *des Richters*, ein gegenseitiges Vorenthalten von Beweismitteln durch die Parteien zu verhindern, hat folgerichtig *Klein* im Sinne seines Konzepts als »herrlichen Gedanken« angesehen.⁵¹⁶ Die starke Stellung und der Auftrag zur *amtswegigen Wahrheitsforschung* (dazu Rz 130 ff) samt *ausforschenden* Sachverhaltsermittlungen ist daher Teil eines Gesamtgefüges (nämlich der oben beschriebenen *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess*), aus dem sich die *Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei* postulieren lässt. Stets muss bei der Aufklärungspflicht der Parteien der gebotene Beitrag des Richters berücksichtigt werden, wobei bei der Gewichtung der einzelnen Beiträge Anleihen an ein bewegliches System naheliegen (siehe unten).

Die Unterstützung des Beweisführers durch einen starken Richter ist somit keine Alternative oder Konkurrenz zum Kooperationsbeitrag der nicht beweisbelasteten Partei. Beide Aspekte tragen den Zweck der materiellen Wahrheitsfindung. Diese *enge Vernetzung* von richterlicher Aufklärung und Kooperation der Parteien kommt mehrfach klar in den Materialien zum Ausdruck⁵¹⁷ und findet im Gesetz deutlichen Niederschlag. Aus den Bestimmungen über die richterliche Anleitung und Befragung der Parteien ergibt sich der enge Zusammenhang mit jenen Normen, aus denen die Parteien Aufklärung begehren können. Die richterliche Anleitung ist von der wechselseitigen Kooperation kaum zu trennen. Die Erörterung der Sache (vgl § 180 Abs 3 ZPO) durch das Gericht bzw das von ihm durchzuführende Rechtsgespräch (§ 258 Abs 1 Z 3 ZPO) und die Beweiserörterung (§§ 194 und 259 ZPO) geschehen in der mündlichen Verhandlung und damit in Anwesenheit beider Parteien. Es ist gewiss kein Zufall, dass im Abschnitt über die materielle Prozessleitung des Vorsitzenden (§§ 180 ff ZPO), die zur Aufklärung des Prozessgegenstands *durch das Gericht* anhält, *auch* die Pflicht der Parteien normiert wird (§ 184 ZPO), den Gegner über den Prozessgegenstand und die Beweismittel aufzuklären. Die Nähe der zentralen *Prozessleitungsbestimmung* des § 182 ZPO zur *Aufklärungsnorm* des § 184 ZPO ist augenfällig. Das Fragerecht der Parteien außerhalb des Beweisverfahrens (§ 184 ZPO) und im Rahmen des Beweisverfahrens (§ 289 Abs 1 ZPO) ist dabei als Ergänzung des richterlichen Fragerechts konzipiert.⁵¹⁸ Das zeigt sich dadurch, dass die Parteien nach dem Gesetz die Fragen grundsätzlich (nur) durch den Richter stellen lassen können und das erst im Anschluss an die Befragung

121

⁵¹⁶ *Klein*, Pro futuro 49.

⁵¹⁷ Etwa wenn davon die Rede ist, dass die Wahrheitspflicht der Parteien nach § 178 ZPO das gesetzliche Fundament für die dem Gericht in §§ 180 ff beigelegten Prozessleitungsbefugnisse bilde (Mat I 260). Beim Urkundenbeweis wird einer nur eingeschränkten Editionsspflicht eine klare Absage erteilt und darauf verwiesen, dass sich damit ein mündlich-unmittelbarer Prozess mit starker materieller Prozessleitung des Richters nicht vertrage (Mat I 310).

⁵¹⁸ Vgl Mat I 263: »die Ergänzung des richterlichen Fragerechts durch die direkte Fragestellung seitens der Partei, wie es der Entwurf [...] beantragt«.

(der Parteien, Zeugen oder des Sachverständigen) durch das Gericht. Deutlich ist diese Reihenfolge beim Zeugen geregelt: Zunächst hat das Gericht »die geeigneten Fragen zu stellen« (§ 340 Abs 2 ZPO). Erst die nachfolgenden Normen regeln das Fragerecht der Parteien (§§ 341 iVm 289 und § 342 ZPO). Entsprechendes gilt für die Parteienvernehmung (§ 375 Abs 1 ZPO).

122 Das Gesagte bedeutet freilich nicht, dass jeder Prozess davon geprägt sein muss, dass der Richter stets neben den Parteien zur Ausforschung, Aufklärung, etc gehalten ist. Die Pflichten des Richters zur amtswegigen Wahrheitsforschung (dazu unten Rz 130 ff) werden dann nicht zur Anwendung kommen, wenn es aufgrund der Anträge der beweisbelasteten Partei und ihrer Kenntnisse und Zugänge zu den Beweismitteln ohnedies möglich ist, die Rechtssache umfassend aufzuklären – wovon wohl in der Praxis beim Großteil aller Fälle auszugehen ist. Zudem darf der Richter im Verfahren selbstredend nicht ohne Einschränkung amtswegig ermitteln, sondern muss dabei im Rahmen des wechselseitigen Prozessvorbringens bleiben (vgl unten Rz 130 und 154). Der richterliche Aufklärungsbeitrag ist bezüglich Urkunden und Zeugen dann nicht möglich, wenn sich beide Parteien dagegen aussprechen (§ 183 Abs 2 ZPO).

123 Im Fall der Beweisnot einer der Parteien werden sich die gesetzlichen Einschränkungen der Richtermacht selten zulasten des Beweisführers auswirken. Es sind nämlich kaum praktische Fälle denkbar, bei denen der Richter *nicht erheben darf*, die nicht beweisbelastete Partei aber *mitwirken muss*. Zum einen ist die nicht beweisbelastete Partei nicht gehalten, einen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung zu leisten, der das Prozessvorbringen ihres Gegners sprengt. Zum anderen schließt ein (in der Praxis kaum zu beobachtender) *Konsens* beider Streitteile über die Nichtaufnahme eines der in § 183 Abs 2 ZPO angeführten Beweismittel die Mitwirkungspflicht einer der Streitteile definitionsgemäß aus, kann diese wohl nicht darin bestehen, der beweisbelasteten Partei gegen ihren Willen eine Beweisaufnahme aufzudrängen.⁵¹⁹

124 Es wäre wohl vertretbar davon auszugehen, dass eine starke und ausforschende Stellung des Richters *gegen* eine prozessuale Aufklärungspflicht sprechen könnte, zumal Substantiierungsprobleme dann stark relativiert wären, wenn ohnedies die richterliche Aufklärungsarbeit eingreifen muss. Diese Überlegungen haben freilich die klassische Trennung der Verfahrensarten nach Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz vor Augen, die im Zivilprozess österreichischer Prägung aber gerade nicht verwirklicht ist (siehe oben Rz 68 f). Auch der richterliche

519 *Bajons* (NZ 1991, 52) hat zudem zutreffend darauf verwiesen, dass diese Bestimmung dann nicht anzuwenden ist, wenn sich eine Partei bereits auf ein Beweismittel berufen hat. § 183 Abs 2 ZPO setze demnach voraus, dass die Initiative zB zur Beischaffung einer Urkunde weder auf einer Anregung noch auf einem formellen Beweisantrag einer Partei beruht, sondern vom Richter allein ausgeht.

Aufklärungsbeitrag erfordert ein ausreichend bestimmtes Vorbringen, in dessen Rahmen sich die richterlichen Aktivitäten zu bewegen haben. Es wäre für die beweisbelastete Partei daher verfehlt anzunehmen, ihr Beitrag zur Findung der Entscheidungsgrundlagen habe *wegen* der diskretionären Gewalt keine maßgebliche Bedeutung und sie könnte sich – hoffend auf die richterliche Aufklärung – quasi passiv zurücklehnen. Ein derartiges Verhalten und Verlassen auf die Ausübung der richterlichen Instrumente der Wahrheitsforschung wäre indes schon deshalb verfehlt, weil die *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* von den Parteien verlangt, sich bei der Ermittlung der Sachverhaltsgrundlage entsprechend einzubringen. Sofern es den beweisbelasteten Parteien daher möglich und zumutbar ist, ein entsprechendes Beweisanbot zu stellen oder Beweise vorzulegen, bedarf es im Allgemeinen keines Rückgriffs auf die amtswegige Wahrheitsforschung des Richters.

Anders kann das aber durchaus bei für eine Partei unüberwindbaren oder nur schwer überwindbaren Beweisschwierigkeiten der Fall sein. Bei der *richterlichen Anleitungspflicht*, die sich im Kern auf dieselben Wurzeln wie die *amtswegige Wahrheitsforschung* zurückführen lässt, wurde eine Abstufung im Sinne eines beweglichen Systems bereits durchaus schlüssig begründet.

125

Nach *Böhm* kann zum Umfang der Anleitungspflicht die Idee des beweglichen Systems mit seinen komparativen Sätzen herangezogen werden.⁵²⁰ Je mehr der Richter erkennt, dass die Partei sich im Rechtsirrtum auf dem Gebiet des Verfahrensrechts befindet, aus einer vertretbaren Rechtsansicht über die Beweislastverteilung erhebliches Vorbringen unterlässt oder nach dem Antritt von Beweisen meint, der Beweislast bereits genügt und das Gericht von der Wahrheit überzeugt zu haben, oder sich der rechtlichen Erwägungen des Richters nicht bewusst ist und daher Vorbringen in diese Richtung unterlässt, desto mehr erwachse demnach dem Richter die Pflicht, entsprechende Hinweise zu geben.

Dass eine solche Abstufung bei der Anleitungspflicht durchaus der Intention des Gesetzes entspricht, zeigt der Umstand, dass der Gesetzgeber bei der Anleitungspflicht zwischen der unvertretenen (vgl § 432 Abs 1 ZPO bzw § 39 Abs 2 Z 1 ASGG) und der anwaltlich vertretenen Partei unterscheidet (§ 182 ZPO). Im Sinne der Waffengleichheit soll die Durchsetzung berechtigter Ansprüche oder die Abwehr unberechtigter Ansprüche nicht schlicht daran scheitern, ob eine Partei qualifiziert vertreten ist oder nicht. Der gleiche Gedanke gilt aber auch für anwaltlich vertretene Parteien, weil nicht *per se* davon auszugehen ist, dass das Einschreiten eines berufsmäßigen Parteienvertreters bereits eine qualifizierte und zielgerichtete Vertretung im Einzelfall gewährleistet. Das zur richterlichen Anleitungspflicht Gesagte betrifft in erster Linie das Unvermögen der Parteien (vertreter) bei rechtlichen Fragen.

126

520 *Böhm*, Bewegliches System 240.

127 Diese Idee kann auf der Tatsachenebene für die *amtswegigen Beweisaufnahmen* nutzbar gemacht werden. Die richterliche Wahrheitsforschung wird nämlich besonders bei Beweisschwierigkeiten virulent. Je weniger die Parteien in der Lage sind, ihrer Beweislast nachzukommen (etwa mangels Kenntnis der tatsächlichen Umstände), desto eher ist der Richter gehalten, Beweise amtswegig aufzunehmen. Je stärker der Aufklärungsbeitrag des Gerichts ist, desto weniger ist die beweisbelastete Partei auf die Mitwirkung ihres Gegners angewiesen. Eine starke richterliche Wahrheitsforschung kann daher zur Entlastung der nicht beweisbelasteten Partei führen und manch heikle Frage zur Zumutbarkeit der Mitwirkung bei Geheimhaltungsinteressen entschärfen. Daneben ist an jene Fälle gedacht, bei denen der Gegner der beweisbelasteten Partei mangels Kenntnis der relevanten Umstände gar nicht aufklären könnte. Gerade dann wäre der Beweisführer auf eine aktive und »ausforschende« (dazu Rz 130 ff und Rz 139 ff) Tätigkeit des Gerichts angewiesen.

B. Kooperation bei Zweifel an der amtswegigen Wahrheitsforschung?

1. Problem

128 Die beschriebenen Parallelen zwischen richterlicher Aufklärungsarbeit und gegenseitiger Kooperation der Parteien wären freilich dann erheblich abgeschwächt, wenn das Prinzip der materiellen Wahrheitsermittlung im Allgemeinen bzw die ausforschende Rolle des Richters im Besonderen negiert wird. Teile der Rechtsprechung relativieren in diesem Sinn die Bedeutung des richterlichen Aufklärungsbeitrags durchaus stark und schwächen damit das System der materiellen Wahrheitsforschung ab.⁵²¹ So wird etwa die Verneinung einer richterlichen *Pflicht*, Beweise amtswegig aufzunehmen, zum Teil mit einer ausdrücklichen und generell formulierten *Absage einer materiellen Wahrheitsforschung* erklärt (siehe dazu unten Rz 130 ff). Diese Rechtsprechung soll im Folgenden einer kritischen Analyse unterzogen werden. Die Rechtsprechung lehnt weiters unter dem Schlagwort »*Verbot des Ausforschungsbeweises*« ausforschende Beweisaufnahmen des Gerichts ab, wenn das Ergebnis der Beweisaufnahme vom Antragsteller nicht schon vorweg behauptet wird. Dazu ausführlich im Kapitel 6, Rz 139 ff.

129 Die Auseinandersetzung mit der richterlichen Wahrheitsforschung kann durchaus praktische Auswirkungen auf die Kooperationspflichten der Parteien haben. Verneint man nämlich – im Sinne der weit verbreiteten Rechtsprechung – eine richterliche *Pflicht* zur amtswegigen Wahrheitsforschung bzw zur Ausforschung jener Umstände, von der die beweisbelastete Partei noch keine Kenntnis hat, würde das

521 Nach der zutreffenden Ansicht von *Rechberger* (in *Fasching/Konecny*³ § 272 ZPO Rz 3) ist die Verantwortung des Richters für das, was man »*Wahrheitsfindung*« nennt, heute als essenzieller Bestandteil der richterlichen Funktion zu sehen.

in Spannung mit dem hier vertretenen Konzept stehen, dass die Parteien zur gegenseitigen Kooperation *verpflichtet* sind. Eine Pflicht der nicht beweisbelasteten Partei zur Aufklärung und zur aktiven Mitwirkung mit dem Ziel der umfassenden und wahrheitsgemäßen Ermittlung (»Ausforschung«) der Entscheidungsgrundlagen lässt sich zwar isoliert von richterlichen Befugnissen bejahen, allerdings ist die Pflicht zur richterlichen Wahrheitsforschung normativ stärker fundamentiert als die (aus einer Gesamtanalogie abzuleitenden) prozessualen Kooperationspflichten der Parteien.⁵²² Das Ziel der Wahrheitsfindung kann aber besser erreicht werden, wenn *sowohl* ein aktiver und starker *Richter* als auch – *unabhängig* von der vorgegebenen Beweislast – *beide Parteien* zur Stoffsammlung beitragen müssen. Oder anders formuliert: Nicht weil der Richter amtswegig erheben muss, sind die Parteien zur Kooperation verpflichtet, sondern weil das Ziel des Prozesses auf die Ermittlung der Wahrheit abstellt – wobei *sowohl* der Richter *als auch* die Parteien zu entsprechenden Beiträgen verpflichtet sind. Der Gedanke, dass ein aktiver Richter *und* die sich unterstützenden Parteien zum Ziel des Prozesses im Sinne der Wahrheitsforschung beitragen müssen, prägt daher die gesamte Prozessordnung. Das hat die praktische Konsequenz, dass der Sachverhalt (auch) zugunsten jener Partei aufgeklärt wird, die die für ihren Anspruch erforderlichen Grundlagen nicht (genau) kennt. Lehnt man diesen Gedanken allerdings ab, würde das die These stärken, dass niemand gehalten sei, die Sache des Gegners zu betreiben (vgl Rz 2).

2. Grundsätze zur richterlichen Wahrheitsforschung

Wegen des oben beschriebenen Zusammenhangs zwischen Kooperation und richterlicher Wahrheitsforschung soll Letztere näher beleuchtet werden. Die Prozessordnung weist dem Richter bei der Stoffsammlung *gerade* zur Erfüllung der materiellen Wahrheitsforschung eine starke und aktive Beteiligung zu. Um die materielle Wahrheit zu erforschen, hat sich der Richter nicht passiv, sondern sich amtswegig im Sinne des Prozesszwecks zu verhalten.⁵²³ Nach den Materialien muss das Gericht »alle sich aus dem Prozesse ergebenden Möglichkeiten ausnützen können, um den für das Urtheil belangreichen Sachverhalt oder einzelne wichtige Theile desselben klarzulegen.«⁵²⁴ Die Parteien würden regelmäßig erwarten, »dass bei der Entscheidung alle für die begehrte Zuerkennung des Rechtes irgendwie erheblichen und bedingenden Sachverhaltsmomente berücksichtigt würden«.⁵²⁵ Plastisch hebt *Franz Klein* in seinen Vorlesungen hervor, der Richter »kann kaum je zu sehr wissbegierig

130

522 Daran ändert auch der Umstand nichts, dass auch der Richter die Mitwirkungspflicht im Prozess (von Ausnahmen abgesehen; vgl § 37j Abs 9 KartellG 2005) nicht zwangsweise durchsetzen kann (vgl aber § 79 Abs 1 AufßStrG).

523 RIS-Justiz RS0037299.

524 Mat I 263.

525 Mat I 263.

und thatkräftig sein, wenn er den Anforderungen entsprechen will, die man an die Rechtsprechung heute stellt und in Zukunft noch weit mehr stellen wird.«⁵²⁶ Die materielle Prozessleitungspflicht und die diskretionäre Gewalt ermöglichen es dem Richter dafür zu sorgen, dass es zu einer möglichst wahrheitsgemäßen Aufklärung kommt. Zu diesem Zweck räumen vor allem §§ 180 ff ZPO dem Richter (fast) umfassende Befugnisse zur (auch amtswegigen) Sachverhaltsklärung ein (dazu unten). Bei seinen Prozesshandlungen geht die Förderung der Wahrheit zur Vermeidung der Beweislosigkeit grundsätzlich der Prozessökonomie (vgl zB § 377 Abs 1 ZPO⁵²⁷) und tendenziell auch der Unmittelbarkeit⁵²⁸ und dem Grundsatz der Volksöffentlichkeit vor (§ 172 Abs 1 ZPO arg »Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung«). Die richterliche Rolle im Prozess beschränkt sich dabei nicht darauf, die erforderlichen Beiträge der Parteien einzufordern, diese auf Lücken hinzuweisen und deren Kooperationspflichten umzusetzen (etwa durch Beschlüsse iSd § 303 Abs 1 ZPO oder § 359 Abs 2 ZPO). Dem Richter kommen (nahezu) umfassende Instrumente zu, den Sachverhalt (selbst) amtswegig zu ermitteln.⁵²⁹ Das Gesetz ordnet mehrfach die Möglichkeit zur *amtswegigen Beweisaufnahme* an, vor allem in § 183 ZPO.⁵³⁰ Diese Befugnis wird an mehreren Stellen des Gesetzes zum Teil schlicht wiederholt, zum Teil aber auch ergänzt. Vgl etwa § 271 Abs 2 ZPO (Ermittlung fremden Rechts),⁵³¹ §§ 299 und 300 ZPO (Auftrag zur Vorlage einer Originalurkunde), § 310 Abs 2 ZPO

526 Klein, Vorlesungen 56.

527 Eine Parteiaussage unter Eid ist dann geboten, wenn das Ergebnis der unbeeideten Befragung nicht ausreicht, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Tatsachen zu überzeugen.

528 § 328 Abs 1 Z 1 ZPO ermöglicht eine Beweisaufnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter, wenn die Vernehmung an Ort und Stelle »der Ermittlung der Wahrheit förderlich erscheint«. Allerdings kann das Gericht ungeachtet der Voraussetzungen des § 328 ZPO eine beantragte Vernehmung durch einen Rechtshilferichter auch ablehnen, wenn es die unmittelbare Einvernahme zur Wahrheitsfindung für erforderlich hält (*Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 332 ZPO Rz 2). Das zeigt, dass tendenziell zugunsten der Wahrheitsfindung zu entscheiden ist, ob die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht oder einem ersuchten (bzw beauftragten) Richter zu erfolgen hat. Unproblematisch ist auch die mittelbare Beweisaufnahme im Interesse der Wahrheitsfindung iSd § 281a Z 1b ZPO, wenn das Beweismittel nicht mehr zur Verfügung steht. Ähnliches gilt für die im Rahmen der Beweissicherung aufgenommen Beweise, die nicht mehr zur Verfügung stehen, aber im Hauptprozess (mittelbar) verwertet werden können (*Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 281a ZPO Rz 3).

529 Die Materialien (Mat I 263 f) betonen etwa »weiterreichende Vollmachten« und führen dazu aus: »Abgesehen also von der Berechtigung, die zur Feststellung des Thatbestandes der geltend gemachten Rechte und Ansprüche (sonach innerhalb der Sachanträge) notwendigen Mitteilungen und Aufschlüsse von den Parteien zu begehren und hiezu eventuell das persönliche Erscheinen der Parteien zu verlangen, wird das Gericht deshalb auch zu ermächtigen sei, soweit erforderlich und ausführbar, jenen Thatbestand oder Bruchstücke desselben unmittelbar durch eigene Wahrnehmung kennen zu lernen, und desgleichen zu solcher Feststellung alle ihm aus dem Prozesse bekannt gewordenen Beweismittel von amtswegen heranzuziehen.«

530 Dazu *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 183 ZPO.

531 Anstelle dieser Bestimmung sind gemäß § 51 Abs 1 Z 4 IPRG §§ 3, 4 IPRG anzuwenden, soweit § 271 Abs 2 ZPO die Ermittlung fremden Rechts betrifft.

(Anfragen bei Behörde über Echtheit einer Urkunde), § 344 Abs 1 ZPO (wiederholte Vernehmung des Zeugen), § 362 Abs 2 ZPO (neuerliche Begutachtung durch einen Sachverständigen), § 363 Abs 2 ZPO (Begutachtung auch bei Verzicht der Parteien), § 368 Abs 1 ZPO (Anordnung eines Augenscheins) und § 371 Abs 1 ZPO (Vernehmung der Parteien). Dieser *amtswegigen*⁵³² *Aufklärung* der Entscheidungsgrundlage sind (nur) in zweierlei Hinsicht Grenzen gesetzt: Der Richter kann ausschließlich im Rahmen des Vorbringens⁵³³ Erhebungen durchführen und darf im Bereich des Urkunden- und Zeugenbeweises keine Verfügungen treffen,⁵³⁴ wenn sich beide Parteien dagegen aussprechen (§ 183 Abs 3 ZPO).⁵³⁵ Von der Praxis wird zu Unrecht die (grundsätzliche) Bindung des Gerichts an das Geständnis als weitere Ausnahme betrachtet.⁵³⁶ Der Zivilprozess österreichischer Prägung steht damit gerade in »*diametralem Gegensatz*«⁵³⁷ zu einem wohl veralteten Verständnis von einem streitigen Verfahren, das dem Richter die amtliche Tatsachenermittlung verweigert, weil die »*privatrechtliche Natur der Streitsache den Prozesszweck der objektiven Feststellung des wahren Sachverhalts eliminiert*«. ⁵³⁸ Das bisher Gesagte belegt hingegen die starke Stellung des Richters bei der Aufklärung des wahren Sachverhalts.

3. Aussagen der Rechtsprechung und ihre Analyse

Die Rechtsprechung steht dem Begriff der *amtswegigen materiellen Wahrheitsforschung* im streitigen Verfahren freilich mehr als reserviert gegenüber und ordnet dieses Prinzip nur jenen besonderen Verfahrensarten zu, die vom reinen Unter-

131

532 Das Privatwissen des Richters ist schon begrifflich kein Ergebnis gerichtlicher Amtstätigkeit, sodass die Ausscheidung der Verwertung des Privatwissens (vgl. *Fasching*, Lehrbuch² 660 und 855) keine Ausnahme der *amtswegigen Aufklärung* ist.

533 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 183 ZPO Rz 24.

534 *Klein* gestand diese Einschränkung zu, um »*die zürnenden Anhänger des Parteiherrschaftsdogmas zu besänftigen und mit dem Neuen zu versöhnen*«; *Klein*, Pro futuro 35.

535 Im Bereich des Urkundenbeweises wird aus § 183 Abs 1 Z 2 ZPO abgeleitet, dass eine *amtswegige Aufnahme* *nur* dann möglich ist, wenn sich eine der Parteien auf die Urkunde berufen hat (zB *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ 74). Allerdings ist diese Bestimmung, wonach eine Urkunde, »auf welche sich eine der Parteien bezogen hat« vom Richter beigebracht werden kann, nur als Beispiel für die Maßnahmen der materiellen Prozessleitung zu sehen. Daraus lässt sich im Gegenschluss kein Verbot ableiten, Urkunden von *amtswegen* beizuschaffen, auf die sich keine der Parteien berufen hat. Aus § 183 Abs 2 ZPO ist zu schließen, dass das Gericht die *amtswegige* Beischaffung einer Urkunde ohne Bezugnahme erwägen darf. Das Gesetz kann nicht annehmen, eine Partei werde sich zunächst auf eine Urkunde berufen, sich dann aber gemeinsam mit der Gegenseite gegen deren Beschaffung aussprechen (*Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 183 ZPO Rz 12). Aus § 304 Abs 1 Z 1 ZPO erhellt, dass Urkunden, auf die sich eine Partei bezogen hat, auch gegen den Widerstand dieser Partei vorzulegen sind. Es würde somit auch aus systematischer Sicht seltsam anmuten, wäre es dem Richter überhaupt verboten, Urkunden ohne Bezugnahme einer der Parteien beizuschaffen.

536 Dazu etwa *Rechberger*, NZ 1991, 69 ff.

537 *Böhm*, Ius commune VII, 152.

538 *Wach*, Vorträge 198.

suchungsgrundsatz beherrscht sind.⁵³⁹ Eine »Mittelstellung« nimmt das sozialrechtliche Verfahren ein, bei dem die Rechtsprechung insb aus § 87 Abs 1 ASGG und dem Ausschluss des § 183 Abs 2 ZPO ableitet, dass dieses Verfahren von der *Amtswegigkeit* beherrscht sei und ein Verstoß gegen die *amtswegige Beweisaufnahme* zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens führe.⁵⁴⁰ Ungeachtet der dort bejahten Pflicht zur amtswegigen Beweisaufnahme wird – quasi im gleichen Atemzug – vertreten, dass »der Grundsatz der materiellen Wahrheitsforschung nicht anzuwenden ist.«⁵⁴¹ Das ist auf den ersten Blick schwer verständlich, soll doch gerade die amtswegige Beweisaufnahme zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Entscheidungsgrundlage führen. Mit der Ablehnung der materiellen Wahrheitsforschung ist freilich gemeint, dass das Gericht nicht verpflichtet ist, ohne jeglichen Hinweis – quasi ins Blaue hinein – einen Sachverhalt zu erheben. Ergeben sich allerdings »aus dem Vorbringen der Parteien, aus Beweisergebnissen oder dem Inhalt des Aktes Hinweise auf das Vorliegen bestimmter entscheidungswesentlicher Tatumstände [...], ist das Gericht verpflichtet, diese in seine Überprüfung einzubeziehen.«⁵⁴² Es ist hier somit eher von einem begrifflichen Missverständnis auszugehen. Dass sich die Sachverhaltserhebungen im Rahmen des durch das wechselseitige Vorbringen definierten Gegenstands des Verfahrens halten müssen, ist geradezu selbstverständlich. Davon zu trennen ist aber die Frage, ob das Gericht innerhalb dieses Rahmens auch abgesehen von Beweisanträgen zur amtswegigen Beweisaufnahme berechtigt und verpflichtet ist. Ein solches *Recht* des Gerichts lässt sich für den Zivilprozess (innerhalb und außerhalb des Sozialrechtsverfahrens) ohne Zweifel ableiten (dazu oben, Rz 130); insoweit geht die pauschale Absage an die *materielle Wahrheitsforschung* ins Leere. Bei der Ablehnung der materiellen Wahrheitsforschung kann es sich daher nur um ein fundamentales Missverständnis durch die Judikatur handeln.

132 Ungeachtet der klaren, oben referierten Bestimmungen erstaunt es, dass die Praxis in vielen Entscheidungen die Bedeutung der richterlichen Stellung bei der materiellen Wahrheitsfindung nicht nur begrifflich ausblendet (siehe oben), sondern zum Teil inhaltlich stark abschwächt. Es wird wohl richtig erkannt, dass dem Richter eine amtswegige Beweisaufnahme offensteht, wobei dieser Umstand idR ausschließlich als *Befugnis* herausgestrichen wird.⁵⁴³ Der Richter sei demnach zur Beweisaufnahme ohne Parteienantrag nicht *verpflichtet*.⁵⁴⁴ Die Rechtsprechung be ruft sich dabei ausdrücklich (oder erkennbar) auf den *reinen Verhandlungsgrund-*

539 Vgl zum Eheverfahren: 1 Ob 111/04m; RIS-Justiz RS0043158. Vgl früher auch zum Abstammungsverfahren: RIS-Justiz RS0043368, RS0048428.

540 RIS-Justiz RS0042477. ZB OLG Innsbruck 25 Rs 26/16h und SVSlg 62.401; OLG Wien SVSlg 50.103 und 62.273; OLG Linz 12 Rs 119/04p.

541 RIS-Justiz RS0103347; jüngst 10 Obs 67/16z.

542 RIS-Justiz RS0086455.

543 Vgl 3 Ob 156/12f.

544 ZB LGZ Wien 35 R 163/15b; 38 R 280/15f. Vgl auch LGZ Wien 39 R 337/07h.

satz und kommt zu oft missverständlichen Formulierungen, wonach »*der Sachverhalt nicht amtswegig aufzuklären ist*«,⁵⁴⁵ es (gemeint: nur) »*Aufgabe der Parteien [...] ist, das [...] Beweismaterial anzubieten*«,⁵⁴⁶ »*im Zivilprozess die Beweisaufnahme aufgrund des Beweisantritts einer Partei erfolgt*«⁵⁴⁷ oder »*das Gericht keine amtswegige Ermittlungspflicht trifft*«⁵⁴⁸ und es »*nicht Aufgabe des Gerichtes ist, nicht gestellte Beweisanträge durch amtswegige Beweisaufnahme zu substituieren*«. ⁵⁴⁹ Eine amtswegige Prüfung wird dabei oft unter Hinweis auf die Verhandlungsmaxime verneint und die materielle Prozessleitungspflicht des Gerichts dadurch auf eine passive Rolle des hinweisenden Richters beschränkt.⁵⁵⁰ Die Argumentation erinnert frappant an jene, die die Kooperationspflicht der Parteien ablehnt.

Nur vereinzelt wird die aktive Stellung des Richters herausgestrichen und das damit im engen Zusammenhang stehende Ziel des modernen Zivilprozesses österreichischer Prägung, nämlich die Erforschung der Wahrheit betont.⁵⁵¹ Im Bereich des Sachverständigenbeweises leiten etwa – vorwiegend ältere – Entscheidungen aus § 183 ZPO auch bei Unterlassung eines Kostenvorschusses die Pflicht bzw. Zulässigkeit der amtswegigen Aufnahme des Sachverständigenbeweises ab.⁵⁵² Daran knüpft eine Entscheidung des HG Wien zu einem Ablehnungsantrag an, die die Befangenheit eines Richters zu Recht verneinte, der nur wegen der amtswegigen Ladung von Zeugen abgelehnt wurde.⁵⁵³ In einer – ebenfalls zutreffenden – Entscheidung des LGZ Graz, in der die amtswegige Einholung eines Gutachtens in einem Impugnationsprozess über das Verschulden des Klägers an den Titelverstößen zu klären war, ging das Gericht davon aus, dass die Befugnis, gemäß § 183 Abs 1 Z 4 ZPO den Sachverständigenbeweis amtswegig aufzunehmen, sich zu einer *Pflicht verdichten kann*, sodass das Unterlassen der Beweisaufnahme einen Stoffsammlungsmangel nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO begründet.⁵⁵⁴ Diese Pflicht wurde im Anlassfall bejaht »*hängt doch von der Beurteilung der Behauptungen des Klägers, ihn treffe kein Verschulden an den festgestellten Zuwiderhandlungen und dem damit verbundenen Prozessergebnis gegebenenfalls durch den Vollzug der Beugehaft ein Eingriff in Grundrechte des Klägers ab. (sic!)*«⁵⁵⁵

133

545 9 ObA 72/03h.

546 2 Ob 737/50 SZ 23/332.

547 LGZ Wien 35 R 163/15b und 38 R 280/15f.

548 OLG Innsbruck 1 R 79/12w und 13 Ra 14/16f.

549 LGZ Wien 39 R 337/07h.

550 RIS-Justiz RS0026887.

551 RIS-Justiz RS0037299.

552 1 Ob 37/57; 1 Ob 163/68; 5 Ob 210/70; 5 Ob 502/78; in jüngerer Zeit auch 3 Ob 156/12f. RIS-Justiz RS0034635 und RS0037139.

553 1 Nc 30/14p.

554 LGZ Graz 4 R 73/12b.

555 Der gegen diese Aufhebungsentscheidung erhobene Rekurs wurde vom OGH zurückgewiesen. 3 Ob 156/12f.

134 Abgesehen von eher zu vernachlässigenden begrifflichen Fragen, spitzt sich für die Praxis die Frage darauf zu, ob die Befugnisse des Gerichts zur amtswegigen Beweisaufnahme eine *Pflicht* bilden können. Nach richtiger Auffassung steht die aktive Rolle des Richters, die den gebotenen Beitrag der Parteien ergänzt, nicht in dessen freiem Ermessen.⁵⁵⁶ Vielmehr kann der Richter zur Wahrheitsforschung verpflichtet sein. In einem Teilbereich der amtswegigen Wahrheitsforschung, nämlich bei der Ermittlung fremden Rechts nach § 4 Abs 1 IPRG (ersetzt § 271 Abs 2 ZPO), ist die richterliche Pflicht in der Praxis anerkannt,⁵⁵⁷ ohne dass dies allgemein auf die anderen Bereiche ausstrahlt. Das liegt auch daran, dass sich eine solche Pflicht schon aus dem Wortlaut des § 4 Abs 1 IPRG ergibt. Außerhalb dieser Spezialvorschrift könnte gegen eine solche Pflicht – etwa im Bereich des § 183 ZPO – die Verwendung des Wortes »kann« in § 183 ZPO sprechen, weil das Wort »kann« oft eine Ermächtigung, ein Dürfen (Ermessen) indiziert.⁵⁵⁸

Eine derartige Ansicht ist bei der amtswegigen Beweisaufnahme des Richters in der Rechtsprechung verbreitet. Zu denken ist etwa an die in der ZPO (außerhalb der Fälle des § 183 Abs 1 ZPO und des § 301 Abs 1 ZPO) nicht direkt geregelte Einholung von schriftlichen Auskünften bei Dritten. Zum Teil erachtet die Rechtsprechung – vornehmlich im Provisorialverfahren,⁵⁵⁹ aber nicht nur dort⁵⁶⁰ – dabei eine derartige Vorgangsweise als zulässig, um den Sachverhalt vor allem dann aufzuklären, wenn die beweisbelastete Partei selbst dazu nicht in der Lage ist. Eine derartige Vorgangsweise sei aber »wohl nicht verpflichtend«.⁵⁶¹

135 Allerdings ist dieser Schluss nicht zwingend.⁵⁶² Ungeachtet der Verwendung des Wortes »kann« ist durch Auslegung zu ermitteln, ob hier dem Gericht ein Ermessen eingeräumt wird oder nicht. Eine historische Interpretation zeigt, dass dem Richter mit der Stärkung der materiellen Prozessleitung einerseits umfassende *Vollmachten* eingeräumt werden,⁵⁶³ was *prima vista* nur für ein Dürfen, also dafür

556 IdS offenbar *Fasching*, Lehrbuch² Rz 660 [*»Sachaufklärungspflicht des Gerichts«*].

557 Mangelt es an der Ermittlung des fremden Rechts durch die Vorinstanzen, so liegt nach Ansicht des OGH ein Verfahrensmangel besonderer Art vor (*»der dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zu unterstellen ist und zur Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanz führt«*); vgl RIS-Justiz RS0116580, RS0040045.

558 Vgl etwa zu § 98 ZPO: *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ § 98 ZPO Rz 12. In diesem Sinn auch für die Frage der richterlichen Aufklärungspflicht: *Stürner*, Richterliche Aufklärung 28.

559 OLG Wien EFSlg 34.757 (Gehaltsauskunft); OLG Wien EFSlg 42.030 (Anfrage an Gebietskrankenkasse über die Dauer und den Umfang des Krankengeldbezugs); OLG Wien EFSlg 55.307 (Gehaltsauskunft); LGZ Wien EFSlg 115.399 (Gehaltsauskunft).

560 OLG Wien 12 R 21/05d (Vergleichsschriften zur Überprüfung der Echtheit einer Unterschrift).

561 LGZ Wien EFSlg 115.399 (Gehaltsauskunft). IdS auch *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 301 ZPO Rz 15.

562 Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 576.

563 Vgl Mat I 263 f: *»Die Zwecke, welche bei Anerkennung einer materiellen Prozessleitung vorschweben, fordern weitreichende Vollmachten. Das Gericht muss alle sich aus dem Prozess ergebenden Möglichkeiten ausnützen können, um den für das Urteil belangreichen Sachverhalt [...] klarzulegen. [...] wird daher das Gericht deshalb auch zu ermächtigen sein [...] jenen Tatbestand [...] unmittelbar durch*

spricht, dass hier der Richter die Maßnahmen in seinem Ermessen ausüben kann. Andererseits sind diese Möglichkeiten aber (auch) im Zusammenhang mit den Richterpflichten⁵⁶⁴ zu sehen. Gegen das Einräumen eines bloßen Ermessens und für die Pflicht des Richters zum Einsatz der ihm zur Wahrheitsforschung eingeräumten Mittel spricht der Umstand, dass sich durch die ZPO 1895 vor allem das Richterbild radikal ändern sollte. Die Stärkung der Prozessleitung geht dabei mit der Aufwertung des Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzips einher und wird in einem engen Zusammenhang dazu gesehen.⁵⁶⁵ Der Richter sollte bereits vor der Urteilsschöpfung mit dem »*Innerlichen des Prozesses*« mündlich-unmittelbar konfrontiert werden und darauf adäquat reagieren können.⁵⁶⁶ Es würde der beabsichtigten Stärkung der Richtermacht als Normzweck der §§ 180 ff ZPO stark widersprechen, wenn der Richter dabei völlig freie Wahl hätte, sich in eine passive Rolle zurückzuziehen. Dagegen spricht § 496 ZPO Abs 1 Z 2 ZPO, der sich auf richterliche Fehler bei der Führung des Verfahrens, nämlich auf »wesentliche Mängel« bezieht, und dabei die fehlende *erschöpfende Erörterung* und *gründliche Beurteilung* sanktioniert. Eine solche gründliche Beurteilung könnte freilich dann gefährdet sein, wenn untätige und sich nicht gegenseitig unterstützende Parteien auf einen passiven Richter treffen. Der Umstand, dass sich die Z 2 leg cit gerade *nicht* auf unerledigt gebliebene *Beweisanträge* beschränkt und sich dadurch strukturell von der Z 1 unterscheidet, indiziert, dass die Stoffsammlung nicht von Anträgen der Parteien abhängen muss, um ein Verfahren mangelhaft zu machen.

Auch hier zeigt sich, dass die Frage nach der Beeinflussung der Stoffsammlung und die nach dem Einfluss auf den Streitgegenstand strikt zu trennen sind.⁵⁶⁷ Während in § 405 ZPO die Bindung des Richters an den Umfang der Parteienanträge bei der Prüfung der prozessgegenständlichen materiellrechtlichen Ansprüche als Ausdruck der »negativen Seite« des Dispositionsgrundsatzes⁵⁶⁸ angeordnet wird, was mit § 496 Abs 1 Z 1 ZPO korrespondiert, deckt § 496 Abs 1 Z 2 ZPO im Bereich der Stoffsammlung die Schlussfolgerung, dass das Gericht kraft seiner diskretionären Gewalt auch verpflichtet sein kann, Beweise amtswegig aufzunehmen, wenn das notwendig ist, um zu umfassenden Entscheidungsgrundlagen zu gelangen. Dem

136

eigene Wahrnehmungen kennen zu lernen, und desgleichen zur solcher Feststellung alle ihm aus dem Prozess bekannt gewordenen Beweismittel von amtswegen heranzuziehen.«

564 Vgl Mat I 261 (»Erweiterung des richterlichen Pflichtenkreises«).

565 Vgl Mat I 262.

566 Vgl Mat I 262.

567 Auch sonst kann nach zutreffender Ansicht nämlich keinesfalls aus der Befugnis, über den geltend gemachten Anspruch zu verfügen, auf eine Parteienmacht über Stoffsammlung und Wahrheitsfindung geschlossen werden. In diesem Sinn etwa *Böhm*, Ius commune VII, 142. Vgl auch *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 455. Missverständlich hingegen *Deixler-Hübner* (in *Fasching/Konecny*³ § 396 ZPO Rz 4), die davon spricht, dass sich im Zivilprozess »die Parteienherrschaft auch auf die Tatsachenbehauptungen und die Stoffbeibringung erstreckt«.

568 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 405 ZPO Rz 1.

Richter wird somit dann *kein Ermessen* eingeräumt, ob er die Instrumente der diskretionären Gewalt nutzt oder nicht, wenn der Einsatz der richterlichen Wahrheitsforschung notwendig ist, um die Streitsache umfassend aufzuklären.

137

Das bedeutet somit aber, dass der Richter nicht immer verpflichtet ist, die Wahrheit amtswegig zu erforschen. Er wird jedenfalls dann nicht gezwungen sein, (weitere) Beweise aufzunehmen, wenn die Partei inaktiv bleibt, obwohl ihr (weitere) Beiträge zur Verbreiterung der Tatsachengrundlage möglich sind. Damit wird eine *ungerechtfertigte* Belastung des Gerichts verhindert.⁵⁶⁹ So führen etwa die Materialien bei der amtswegigen Beischaffung von Urkunden aus, dass die richterliche Requisition nicht an die Stelle des eigenen Einschreitens einer Partei tritt und das amtswegige Einschreiten nicht dafür ermöglicht wird, der Partei die ihr obliegenden Bemühungen abzunehmen.⁵⁷⁰ Gleichzeitig wird aber darauf verwiesen, dass eine Untersuchung amtswegig (*»amtliche Requisition«*) *»im Interesse des Beweiszweckes und der Prozesserledigung«*⁵⁷¹ sei, wenn der Beweisführer scheitert. Dieser Gedanke zeigt, dass (immerhin) eine *subsidiäre Pflicht* des Gerichts besteht, die für die Entscheidung wesentlichen Umstände amtswegig aufzuklären, wenn die Parteien dazu selbst nicht in der Lage sind. In diesem Sinn sind jene Bestimmungen zu verstehen, die das Herbeischaffen von Urkunden betreffen, die bei einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notar verwahrt werden (§ 183 Abs 1 Z 2, § 229 Abs 1 Z 2, § 301 oder § 438 ZPO). Das Gericht muss hier (subsidiär) dann einschreiten, wenn *»die Partei im Wege des unmittelbaren Einschreitens«* die Ausfolgung oder Vorlage nicht erreichen kann (§ 301 Abs 1 ZPO). Entsprechendes gilt für den Augenschein (§ 369 ZPO). Diese Bestimmungen lassen sich wohl dahingehend verallgemeinern, dass das Einschreiten des Gerichts jedenfalls beim Unvermögen der beweisbelasteten Partei geboten ist. Nach dem Konzept der Prozessordnung österreichischer Prägung ist amtswegiges Handeln dem Zustand der Beweislosigkeit (*non liquet*) vorzuziehen.

C. Resümee

138

Das Gesetz räumt dem Richter (fast) umfassende Befugnisse zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung ein. Entgegen der in der Judikatur weit verbreiteten Aussage ist der Zivilprozess durch den Grundsatz der *amtswegigen, materiellen Wahrheitsforschung* geprägt. Die *Richtermacht* zur Wahrheitsforschung wird zur *amtswegigen Pflicht*, wenn es einer Partei nicht möglich ist, ihre Beweislast zu erfüllen. Im Sinne eines beweglichen Systems ist der Richter umso eher gehalten, Beweise

569 *Rassi* in FS-M. Schneider 439.

570 *Mat I* 308.

571 *Mat I* 309.

amtswegig aufzunehmen, je weniger die Parteien in der Lage sind, ihrer Beweislast nachzukommen. Je stärker der Aufklärungsbeitrag des Gerichts ist, desto weniger ist die beweisbelastete Partei auf die Mitwirkung ihres Gegners angewiesen. Die Bejahung der Pflicht des Richters spricht dafür, dass die Parteien zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet sind, zumal sich beides auf den zentralen Zweck der Wahrheitsermittlung zurückführen lässt. Ebenso wie die prozessualen Kooperationspflichten sichert die aktive Stellung des Richters die Erforschung der materiellen Wahrheit und dient der Vermeidung von Beweisnot. Durch die starke Stellung des aktiven Richters und die Pflicht der Prozessparteien zur gegenseitigen Unterstützung soll somit dem Ziel der Wahrheitserforschung bestmöglich entsprochen werden. Die Kooperationspflicht der Parteien und die richterliche Sachverhaltsaufklärung hängen eng miteinander zusammen und sind zwei Seiten derselben Medaille.

VI. Verbot des Ausforschungsbeweises und Kooperationspflichten

A. Allgemeines

Bejaht man die Pflicht des Gerichts zur amtswegigen Wahrheitsforschung, liegt eine Auseinandersetzung mit dem behaupteten Verbot des Ausforschungsbeweises nahe,⁵⁷² zumal dieses die prozessualen Kooperationspflichten im Dienste der materiellen Wahrheitsforschung tangiert. Zum einen zeigt es sich, dass gerade bei ausforschenden Beweisen die Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei erforderlich ist. Zum anderen kann eine solche Ausforschung, die die Ebene der Beweisaufnahme betrifft, für die sich in Beweisnot befindliche Partei durchaus erforderlich sein, wenn man – wie hier – auf der Ebene des Vorbringens Aufklärungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei zugrunde legt. Zu denken ist beispielsweise an einen kooperationsunwilligen Prozessgegner, aber auch an einen Gegner, der nicht in der Lage ist zu kooperieren. Einzelne Entscheidungen werfen im Zusammenhang mit dem Begriff des Ausforschungsbeweises die Frage auf, ob dieser dann zulässig ist, wenn er zur Überwindung von Informationsdefiziten beitragen kann. Aus diesem Grund soll hier eine kurze Analyse der Rechtsprechung zum Thema Ausforschungsbeweis erfolgen.

139

Der Begriff der materiellen Wahrheitsforschung kann unterschiedlich verstanden werden, was sich auf die praktische Durchführung des Beweisverfahrens und

140

572 Dazu *Rassi* in FS-Simotta 443.

damit auf die Kooperationspflichten auswirken kann. Ein Beweisverfahren kann im Wesentlichen zwei Zielrichtungen haben. Zum einem kann sein Zweck darin erblickt werden, dass die den Parteien bereits bekannten Tatsachen dem Gericht nachgewiesen werden. Die Wahrheitsforschung des Gerichts beschränkt sich in der Überprüfung der gegenseitigen Behauptungen. Zum anderen kann das Beweisverfahren aber *auch* dazu dienen, im Prozess Tatsachengrundlagen der Entscheidung zu erheben, selbst wenn beide Parteien oder eine von ihnen davon keine Kenntnis haben oder hat. Versteht man das Gebot der Wahrheitsforschung im ersteren Sinn, wären zum einen die Kooperationspflichten der Parteien bezüglich der Aufklärungspflicht stark eingeschränkt. Eine Aufklärung wäre schon deshalb nicht geboten, weil nach diesem Verständnis dem Beweisführer die erheblichen Tatsachen ohnedies bekannt sein müssen. Die Kooperation würde sich demnach nur auf die Mitwirkung im Beweisverfahren beschränken, um es dem Beweisführer zu ermöglichen, die ihm bekannten Tatsachen dem Gericht nachzuweisen. In weiterer Folge ließe sich damit leicht das Verbot des Ausforschungsbeweises vertreten.

141 Es wäre aber wohl ein Missverständnis, den Gerichtssaal (nur) als große Bühne zu betrachten, auf der die Parteien dem Gericht jeweils die ihnen bereits bekannten Aspekte der Streitsache präsentieren und sich die Rolle des Richters bei diesem »Schauspiel« darauf beschränkt, den Wahrheitsgehalt des Dargebotenen zu überprüfen und sich für eine der behaupteten Varianten zu entscheiden. Für ein solches Szenario müsste man aber plädieren, wenn man völlig ausblendet, dass im Verfahren Umstände aufgeklärt werden können, die den Parteien nicht bekannt waren. Nach richtiger Ansicht dient der Prozess aber gerade und jedenfalls auch dazu, den Sachverhalt aufzuklären.⁵⁷³ Zutreffend weist *Brehm* darauf hin, dass kein Grund ersichtlich sei, weshalb man eine Partei auf das beschränken soll, was sie vor der Beweisaufnahme gewusst hat.⁵⁷⁴ *Gottwald* erinnert daran, dass Beweisanträge »selbstverständlich nie voraussetzen, dass der Beweisführer einen Sachverhalt lückenlos kennt oder behauptet«.⁵⁷⁵

142 Diese *ausforschende* Funktion der Beweisaufnahme kommt im Gesetz in mehrfacher Weise zum Ausdruck. Bei Zeugen wird darauf abgestellt, ob diese zur »Aufklärung« erheblicher Tatsachen beitragen können (§ 183 Abs 1 Z 4 ZPO). Im Gesetz ist öfters von der »Ermittlung« (etwa »des Streitverhältnisses« siehe § 182 Abs 3 ZPO; »des Sachverhalts«, siehe § 337 Abs 1 ZPO oder »der Wahrheit«, vgl § 328 Abs 1 Z 1 ZPO) oder der »Aufklärung« (»des Vorgebrachten«, siehe § 194 ZPO; »aller für sie maßgebenden Umstände«, siehe § 273 Abs 2 ZPO; »des Streitverhältnisses oder der für die Beweiskraft der Aussagen wesentlichen Verhältnisse« siehe § 289 Abs 1 ZPO

573 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 351.

574 *Brehm*, Bindung 82.

575 *Gottwald*, Aufklärungspflicht 31; in diesem Sinn bereits für das wechselseitige Vorbringen: *Ficht*, Wahrheitspflicht 40.

oder »der Sache«, siehe § 368 Abs 1 ZPO) die Rede. Insb beim Beweis durch einen Sachverständigen oder einen Zeugen, der in keinem Kontakt mit den Prozessparteien steht, werden aus der Sicht der Parteien die ihnen unbekanntem Umstände erforscht bzw ermittelt. Versteht man somit den Begriff der *Wahrheitsforschung* im umfassenden Sinn (nämlich als Streben nach Klärung unbekannter oder nicht erkannter Umstände), lässt sich damit eine ausforschende Tätigkeit im Sinne eines Ausforschungsbeweises vertreten. Obwohl dem jeweiligen Antragsteller die positive Kenntnis vom nachzuweisenden Umstand fehlt und er nicht in der Lage ist, (gesichert) das Vorliegen eines Umstands zu behaupten, der das Beweisthema des durchzuführenden Beweises bilden soll, soll das Gericht Beweise erheben.

Das von der Rechtsprechung vertretene *Verbot des Ausforschungsbeweises* steht diesem Ansatz entgegen. Dieses (angebliche) Verbot spielt in der Praxis eine wesentlich größere Rolle als die Frage, ob das Gericht *verpflichtet* ist, Beweise amtswegig aufzunehmen (dazu oben Rz 130 ff). Das Verbot hängt mit den Kooperationspflichten der nicht beweisbelasteten Partei insofern zusammen, als eine Ausforschung für die beweisbelastete Partei eine Möglichkeit sein kann, Beweisschwierigkeiten zu überwinden. Unterstützt man den Gedanken, dass es *dem Gericht* verboten sein soll, einen Ausforschungsbeweis durchzuführen, lässt es sich nur schwer argumentieren, dass *der Gegner* verpflichtet sein soll, die beweisbelasteten Partei bei der Erkundung des relevanten Materials zu unterstützen. Damit werden freilich die Behauptungs- und Beweisprobleme der beweisbelasteten Partei erschwert, weil kategorisch ausgeschlossen wird, dass die beweisbelastete Partei die Informationslücken durch die Beweisaufnahme schließen kann. Lässt sich das Verbot des Ausforschungsbeweises dogmatisch fundamentieren, hätte dies somit nachhaltige Folgen für die Kooperationspflichten. Diese wären in weiten Bereichen stark eingeschränkt, wodurch sich die Geheimhaltungsproblematik wiederum stark entschärfen würde.

Andererseits würde die Billigung eines *uneingeschränkten* Ausforschungsbeweises mit der Folge, dass damit die Parteien von *jeglicher* Substantiierungspflicht befreit wären, wiederum die Pflicht zur Aufklärung der nicht beweisbelasteten Partei untergraben, weil diese einen ausreichend substantiierten Vortrag des Beweisführers voraussetzt.⁵⁷⁶ Der Zusammenhang zwischen den Anforderungen an die Substantiierung der behauptungsbelasteten Partei und der im Prozess vorzunehmenden Wahrheitsfindung, die den Beitrag des Gegners umfasst, liegt auf der Hand:⁵⁷⁷ Die Prozessordnung geht davon aus, dass der Kläger in Erfüllung seiner Substantiierungslast konkrete Tatsachen vorzubringen hat (§ 226 Abs 1 ZPO),⁵⁷⁸

576 Stürner, Aufklärungspflicht 6f.

577 Stürner, Aufklärungspflicht 106: »Die Bewältigung des Substantiierungsrisikos ist nach dem positivrechtlichen System der ZPO Voraussetzung verfahrensförmiger Wahrheitsprüfung«.

578 Geroldinger in Fasching/Konecny³ § 226 ZPO Rz 182 ff.

damit das Gericht die Schlüssigkeit seines Vorbringens beurteilen kann.⁵⁷⁹ Mangelt es an der ausreichenden Behauptung rechtserzeugender Tatsachen, verletzt die Partei ihre Behauptungslast. Wegen der damit verbundenen Unschlüssigkeit aufgrund von Unvollständigkeit⁵⁸⁰ darf folglich kein Beweisverfahren durchgeführt werden.⁵⁸¹ Die Klage muss nach einem erfolglosem Verbesserungsversuch abgewiesen werden,⁵⁸² bei Nichteinlassung des Gegners ergeht kein stattgebendes Versäumungsurteil,⁵⁸³ sondern ein abweisendes Unschlüssigkeitsurteil im Säumnisfall (»negatives Versäumungsurteil«),⁵⁸⁴ zumal sich der Gegner mangels schlüssiger Klage auf das Verfahren nicht einlassen muss. Entsprechend darf ein Zahlungsbefehl bei Unschlüssigkeit nicht erlassen werden (§ 244 Abs 2 Z 4 ZPO). Das zur Substantiierung Gesagte gilt spiegelbildlich für die Einwendung des Beklagten (vgl § 239 Abs 1 ZPO).

- 145 Das Gesetz macht somit die weitere Verfahrensführung von einem ausreichend substantiierten bzw schlüssigen Vortrag abhängig. Auch der Prozessgegner kann sich im Verfahren inhaltlich daher nur dann sinnvoll äußern, wenn der Sachvortrag des Klägers ausreichend substantiiert ist, zumal er sich gegen nur pauschale Behauptungen nicht verteidigen kann.⁵⁸⁵ Auch seine Kooperation setzt hinreichendes Tatsachensubstrat des Gegners voraus.⁵⁸⁶

Wenngleich sich eine klug taktierende Partei, deren Vorbringen nicht ausreicht, um von einer schlüssigen Klage bzw schlüssigen Einwendungen auszugehen, im Regelfall in die mündliche Verhandlung »retten« wird können (bei Unschlüssigkeit muss der Partei ein Sanierungsversuch *in der Verhandlung* ermöglicht werden), in der sie ihr Fragerecht nach § 184 ZPO nützen kann, muss dafür trotzdem stets ein Mindestmaß an ausreichend substantiiertem Vortrag erfüllt sein.

- 146 Die Auflösung des aufgezeigten Spannungsfelds zwischen den aufklärungshemmenden und aufklärungsfördernden Aspekten des Ausforschungsbeweises hängt einerseits entscheidend vom Umfang der Substantiierungslast und andererseits stark von der Möglichkeit einer ausforschenden Tätigkeit ab. Im Folgenden wird versucht, zum einen dem absoluten Verbot des Ausforschungsbeweises eine Absage zu erteilen, ohne gleichzeitig dabei das Kind (nämlich das Gebot eines ausreichend bestimmten Vorbringens) mit dem Bade auszuschütten.

579 Vgl *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 440.

580 Vgl *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*³ § 226 ZPO Rz 194.

581 1 Ob 129/01d; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 264 [»Kann eine Partei infolge [von] Informationsdefizite[n] entscheidungserhebliche Tatsachen nicht in den Prozess einführen, kommt ein Verfahren zur Aufklärung des Sachverhalts gar nicht in Gang.«].

582 RIS-Justiz RS0117576.

583 IdS bereits *Stürmer*, Aufklärungspflicht 7.

584 RIS-Justiz RS0037860; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 265 [»ein klagsabweisendes Unschlüssigkeitsurteil [...] und nicht ein Versäumungsurteil im technischen Sinn«].

585 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 261.

586 *Stürmer*, Aufklärungspflicht 6f.

B. Problematik und Ausgangssituation beim Ausforschungsbeweis

Der Begriff des Ausforschungs- oder Erkundungsbeweises ist vielschichtig. Zum einen versteht man darunter Beweisanträge oder Beweisaufnahmen, denen von vornherein keinerlei Tatsachenbehauptungen zugrunde liegen.⁵⁸⁷ Die Beweisaufnahme dient hier nicht dem Zweck, konkrete Tatsachenbehauptungen der Parteien zu verifizieren, sondern stellt eine amtswegige Tatsachenermittlung dar bzw soll es den Parteien erst ermöglichen, konkrete Tatsachen nach der Beweisaufnahme vorzubringen.⁵⁸⁸ Zum anderen wird der Begriff auch dann verwendet, wenn zwar ein konkretes Beweisthema vorliegt, der Antragsteller dieses aber »auf gut Glück« bzw »ins Blaue hinein« vorträgt, ohne darüber nähere, gesicherte Informationen zu haben.⁵⁸⁹

147

In der Rechtsprechung wird der Begriff des Erkundungsbeweises im Wesentlichen nur in seiner ersten Spielart verwendet und quasi schon definitionsgemäß als unzulässig⁵⁹⁰ qualifiziert.⁵⁹¹ Die Judikatur sieht im Ausforschungsbeweis eine amtswegige Erforschung von Tatsachen ohne entsprechendes Vorbringen⁵⁹² oder einen zu einem nicht konkretisierten Beweisthema beantragten Beweis,⁵⁹³ um erst aufgrund der dadurch erzielten Ergebnisse die rechtlich erheblichen Tatsachen vorbringen zu können.⁵⁹⁴ Ein Erkundungsbeweis sei darauf gerichtet, einen Sachverhalt aufzuklären, dessen Tatbestandselemente der Partei selbst nicht klar waren und die von ihr weder vorgetragen noch konkretisiert wurden.⁵⁹⁵ Ein unzulässiger Erkundungsbeweis liegt nach der Rechtsprechung daher vor allem dann vor, wenn der Beweisführer nicht oder nicht ausreichend konkret angibt, was mit

148

587 *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 460.

588 *Beckhaus*, Bewältigung 246 ff; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 81.

589 Vgl *Peters*, Ausforschungsbeweis 14 [*»ohne Anhaltspunkte zu haben, aufs Geratewohl summarisch vorträgt«*].

590 RIS-Justiz RS0039880, RS0039973, RS0040023.

591 Behauptungen »*ins Blaue hinein*« stehen in der Gerichtspraxis streng genommen jedoch an der Tagesordnung. Sie lassen sich aber als solche kaum erkennen bzw sind nur in den seltensten Fällen nachzuweisen, sodass sich aus verständlichen Gründen dazu kaum Rechtsprechung herausgebildet hat.

592 2 Ob 38/60 MietSlg 8105 = MietSlg 8106; 1 Ob 299/03g.

593 9 ObA 236/98s; 9 Ob 261/99v (Erhebungen zu bestimmten Tatbestandselementen einer haftungseinschränkenden Norm [hier: Vorliegen eines Waldes im Sinne des ForstG], wenn die Partei dazu kein konkretes Tatsachenvorbringen erstattet); 7 Ob 88/01v (beantragte Bestellung eines Buchsachverständigen im Zusammenhang mit der Klärung eines Ausgleichsanspruchs, wenn der Kläger neben den *verba legalia* nur vorgebracht hat, dass in dem von ihm betreuten Gebiet im Vergleich zu den Vorjahren eine erhebliche [3-fache bzw 7,5-fache] Umsatzsteigerung eingetreten sei); 9 Ob 216/02h (Zeugenantrag »*zum Beweis für den Zustand der Betroffenen bzw die Grundlagen des Zustandekommens des Gerichtsgutachtens*«); 9 ObA 100/05d; 3 Ob 79/10d *ecolec* 2011/113 (*Kapsch*).

594 RIS-Justiz RS0039881; zB 5 Ob 237/12g.

595 RIS-Justiz RS0039973; 7 Ob 88/01v; 7 Ob 166/01i.

dem Beweis festgestellt werden soll.⁵⁹⁶ Dem Vorbringen des Beweisführers müsse zu entnehmen sein, welche bestimmte Tatsache durch die beantragte Beweisaufnahme bewiesen werden soll.⁵⁹⁷ Ein fehlendes Vorbringen könne nicht durch einen Beweisantrag ersetzt werden.⁵⁹⁸ Mit dem Ausforschungsbeweis trachtet der Antragsteller aber nach neuen, bisher nicht vorgebrachten Informationen, seien es neue Tatsachen oder neue Beweismittel, um bereits vorgebrachte Tatsachen unter Beweis zu stellen.⁵⁹⁹ Auch bei einem Verfahren mit (reinem) Untersuchungsgrundsatz⁶⁰⁰ oder im Außerstreitverfahren⁶⁰¹ müssten Erkundungsbeweise nicht aufgenommen werden.

149 Die Rechtsprechung argumentiert mit dem Verbot des Erkundungsbeweises auch im Rechtsmittelverfahren. So verlange eine Mangellüge wegen unterlassener Beweisaufnahme die Dartuung der Relevanz des Mangels durch konkrete Behauptungen im Rechtsmittel dahingehend, zu welchen Feststellungen das Gericht hätte kommen müssen, wenn es die beantragten Beweise aufgenommen hätte, widrigenfalls ein Erkundungsbeweisantrag vorliege.⁶⁰²

150 Entgegen den referierten relativ stringent wirkenden Rechtssätzen, aus denen ein absolutes Verbot des Erkundungsbeweises abzuleiten ist, offenbart ein näherer Blick auf einzelne Entscheidungen eine durchaus breitere Vielfalt. Trotz der relativ klaren Definition des Erkundungsbeweises und des dazu beinahe als Dogma vertretenen Verbots stellt sich die Judikatur inkonsistent und stark einzelfallbezogen dar. Das allein lässt Zweifel an der generellen Unzulässigkeit des Erkundungsbeweises aufkommen. Die Lehre lehnt ein striktes Verbot ab.⁶⁰³

151 Die Unzulässigkeit des Erkundungsbeweises wird in der Rechtsprechung nur selten dogmatisch unterlegt. Im Allgemeinen begnügt man sich mit knappen Hinweisen darauf, dass »bloße«,⁶⁰⁴ »reine«⁶⁰⁵ oder »unzulässige«⁶⁰⁶ Erkundungsbeweise

596 8 Ob 196/00g.

597 8 Ob 50/86.

598 3 Ob 583/89 (beantragte Einvernahme eines Zeugen zum Mitverschulden des Klägers, wobei nicht vorgebracht wurde, worin das Mitverschulden bestehe).

599 1 Ob 578/86.

600 8 Ob 514/92 EFSlg 69.922.

601 6 Ob 249/08y.

602 6 Ob 249/08y.

603 *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 898; *Bajons*, NZ 1991, 54 FN 19; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 178 ZPO Rz 2; *Holzhammer* in *Praktisches Zivilprozessrecht I*⁶, 111; *Holzhammer*, *Zivilprozessrecht*² 128 [»aus der Vollständigkeitspflicht der Parteien folgerichtig das Ausforschungsrecht des Richters ableiten«]; *Klicka*, JBl 1992, 234 f; *Kralik* in *FB Franz Klein* 93; *Kralik*, ZAS 1980, 142 f [Entscheidungsanm]; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 460; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 81; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 266 ZPO Rz 27; aA hingegen *Bienert-Nießl*, *Auskunftspflichten* 347; differenzierend auch *Beckhaus*, *Bewältigung* 246 ff mwN.

604 2 Ob 987/52 SZ 26/42; 1 Ob 578/86; 8 ObA 2100/96y SZ 69/141; 9 ObA 131/98z.

605 7 Ob 567/88 ÖBA 1988, 1120; 1 Ob 299/03g; 6 Ob 154/09d.

606 7 Ob 41/85 VersE 1254; 1 Ob 578/86; 9 ObA 237/88; 2 Ob 518/90 ÖBA 1990, 841; 9 ObA 162/93; 8 Ob 119/97a SZ 70/182; 9 ObA 253/98s; 9 ObA 236/98s; 1 Ob 91/99k SZ 72/91; 9 ObA 17/99m;

der ZPO »fremd«⁶⁰⁷ bzw darin »nicht vorgesehen«⁶⁰⁸ seien oder mit der Prozessordnung »nicht in Einklang« stünden.⁶⁰⁹ Die Verwendung des Wortes »unzulässig« im Zusammenhang mit Erkundungsbeweisen soll ein striktes Verbot zum Ausdruck bringen und nicht suggerieren, dass es zulässige Erkundungsbeweise gibt.

Gelegentlich wird auf § 226 Abs 1 und § 239 Abs 1 ZPO (bzw vormals § 243 Abs 2 ZPO) hingewiesen, wonach ein Beweisantrag ein im Einzelnen genau zu bezeichnendes Beweisthema zu enthalten habe.⁶¹⁰ Bei der Urkundenvorlage wird die Pflicht zur möglichst genauen Angabe des Beweisthemas auf § 303 Abs 2 ZPO gestützt.⁶¹¹ Die von der Rechtsprechung herangezogenen Normen könnten noch durch §§ 76, 78 Abs 1 ZPO, § 257 Abs 3 ZPO (arg »Behauptungen und Beweise«) ergänzt werden, woraus ua der Grundsatz der Beweisverbindung abzuleiten ist, wonach das Beweisangebot gleichzeitig mit den Tatsachenbehauptungen der Parteien gestellt werden soll.⁶¹² Die referierten Normen stützen oberflächlich betrachtet das vertretene Verbot, sollten jedoch am Anfang und nicht am Ende einer Analyse stehen.

152

C. Analyse

1. Beweisthema, Vorbringen und unerhebliche Beweisanträge

Unerhebliche Beweisanträge sind ausdrücklich nach § 275 Abs 1 ZPO zurückzuweisen. Ein Beweisantrag, um sich »ein umfassendes Bild zu verschaffen«,⁶¹³ oder »zur Feststellung der für die Entscheidung wesentlichen Tatsachen«⁶¹⁴ reicht im Allgemeinen nicht aus, dessen Erheblichkeit zu begründen. Derartige sehr allgemein gehaltene Beweisanträge sind unzulässig. Wenngleich – wie noch zu zeigen sein wird – eine ausforschende Beweisaufnahme bei allgemein gehaltenen Behauptungen nicht kategorisch ausgeschlossen ist, sind ihr im Zivilprozess jedenfalls Grenzen gesetzt, für deren Umfang das entsprechende Vorbringen der Parteien heranzuziehen ist. Eine Abweisung von unbestimmten Beweisanträgen liegt freilich im Bestimmtheiterfordernis⁶¹⁵ begründet und ist nicht auf ein selbständiges prozessuales Aus-

153

9 Ob 261/99v; 5 Ob 146/00g; 8 Ob 196/00g; 7 Ob 88/01v; 7 Ob 166/01i; 7 Ob 36/02y ecolex 2004, 156 [Ertl]; 7 Ob 251/02s JBl 2004, 252; 9 Ob 216/02h; 9 ObA 251/02f; 6 Ob 314/03z; 6 Ob 50/04b; 4 Ob 233/04z; 9 ObA 100/05d; 3 Ob 79/10d ecolex 2011/113 [Kapsch].

607 6 Ob 201/64 SZ 37/105; 3 Ob 583/89.

608 2 Ob 38/60 MietSlg 8106.

609 9 ObA 301/90.

610 8 Ob 50/86; 9 ObA 237/88.

611 2 Ob 987/52 SZ 26/42.

612 Rechberger in Fasching/Konecny³ Vor § 266 ZPO Rz 84.

613 9 ObA 26/89.

614 9 ObA 162/93.

615 Fucik in Rechberger/Klicka⁵ § 178 ZPO Rz 2.

forschungsverbot zurückzuführen.⁶¹⁶ Wiederholt wird in der Rechtsprechung auf die Notwendigkeit eines ausreichend konkreten Vorbringens hingewiesen. Der entsprechende Beurteilungsmaßstab wird von Einzelfall zu Einzelfall jedoch durchaus unterschiedlich angesetzt.

- 154 Im Zusammenhang mit dem erforderlichen Vorbringen bei Verkehrsunfallsprozessen hat die jüngere Rechtsprechung bereits anerkannt, dass es überzogen wäre, wenn die Parteien vor Einholung eines Kfz-technischen Sachverständigen-gutachtens sämtliche Eventualitäten des möglichen Unfallgeschehens umfangreich darlegen müssten.⁶¹⁷ Dem ist zuzustimmen, wenngleich eine Einschränkung dieser sinnvollen Handhabung auf Verkehrsunfallsstreitigkeiten nicht angebracht wäre.

In diesem Zusammenhang sei nur am Rande an ein weiteres »Dogma« erinnert, nämlich an das Verbot »*überschießender Feststellungen*«, wonach das Gericht die bei seiner Beweisaufnahme hervorkommenden Umstände nur insoweit berücksichtigen darf, als sie im Parteivorbringen Deckung finden. Geht man davon aus, dass jede einzelne Feststellung mit einem konkreten Vorbringen korrespondieren muss, ist ein derartiges Verbot abzulehnen.⁶¹⁸ Der Rechtsprechung ist freilich insoweit zuzustimmen, dass sich die getroffenen Feststellungen »*im Rahmen des geltend gemachten Klagsgrundes oder der erhobenen Einwendungen*« halten müssen.⁶¹⁹ Maßgeblich sind dabei die durch den Streitgegenstand gezogenen Grenzen. Auch hier hat der OGH bereits für Verkehrsunfallsstreitigkeiten klargestellt, dass die Parteien ihr Vorbringen nicht detailgetreu den Ergebnissen des Beweisverfahrens (Sachverständigengutachten) anpassen müssen.⁶²⁰

- 155 Unverständlich streng urteilte der OGH demgegenüber in der Entscheidung 8 Ob 119/97a. Hier warfen die beklagten Bürgen der klagenden Kreditgeberin die Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten ua deshalb vor, weil diese gegenüber der Hauptschuldnerin immer wieder Kreditausnutzungen zugelassen hätte. Die im Beweisverfahren nicht zugelassenen Fragen nach der Zahlungsunfähigkeit der Hauptschuldnerin qualifizierte der OGH als Versuch, einen unzulässigen Erkundungsbe- weis anzutreten, wobei die Beklagten aber nicht einmal in ihrer Berufungsschrift behauptet hatten, dass die Hauptschuldnerin tatsächlich insolvent gewesen wäre. Diese Haltung des OGH erscheint als zu streng, wenn man die erstinstanzlichen Behauptungen der Beklagten berücksichtigt, dass die Kreditnehmerin spätestens seit März 1995 zahlungsunfähig gewesen sei, was die Klägerin erkannt habe oder erkennen hätte müssen. Noch ein gutes Jahr vor dieser Entscheidung judizierte derselbe Senat des OGH (allerdings in teilweise anderer Zusammensetzung) zu

616 ZB Beckhaus, Bewältigung 246; Brehm, Bindung 81; Peters, Ausforschungsbeweis 53 ff.

617 2 Ob 179/06x.

618 Vgl Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ Vor § 266 ZPO Rz 27 mwN.

619 RIS-Justiz RS0040318.

620 2 Ob 179/06x; 2 Ob 101/07b; 2 Ob 41/10h; RIS-Justiz RS0122871.

8 ObA 2100/96y noch überzeugend, dass bei einem Vorbringen, das zweckmäßig nach § 182 ZPO zu vervollständigen wäre, kein »bloßer Erkundungsbeweis« vorliege, wenn es hinreichend deutlich erkennen lässt, worauf sich die Partei stützt.

Als nicht konkret genug wurde etwa zu 9 ObA 131/98z das Vorbringen eines – wegen bestimmter Dienstvergehen von der Beklagten disziplinar bestraften – Klägers angesehen, der seinen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte darauf stützte, dass diese mehr als drei Monate vor Einleitung des Disziplinarverfahrens Kenntnis von dem ihm angelasteten Fehlverhalten gehabt habe. Während das Berufungsgericht dem Erstgericht noch auftrag, dazu entsprechende Feststellungen zu treffen, ging der OGH davon aus, der Kläger hätte eine relevante Kenntnis der Beklagten von einem konkreten Sachverhalt nicht schlüssig behauptet, sodass die Einvernahme der Beklagten auf einen bloßen Erkundungsbeweis hinausgelaufen wäre. In 2 Ob 518/90 wurden Beweisanträge des Beklagten, »ob und in welcher Höhe Teilzahlungen geleistet wurden«, als unzulässige Erkundungsbeweise qualifiziert, weil lediglich vorgebracht worden sei, dass der Kläger Teilzahlungen nicht berücksichtigt habe, die der Masseverwalter aus der Konkursmasse gezahlt habe. Ähnlich argumentierte das Höchstgericht zu 7 Ob 251/02s. Der Beklagte stützte dort seine Gegenforderung auf eine Bereicherung des Klägers wegen Benützung eines Kfz, wonach der Kläger in sechs Monaten circa 10.000 km gefahren sei, während dieser behauptete, dass eine Benützung des Fahrzeuges mangels Zulassung unterblieb. Der Antrag auf Einholung eines Kfz-technischen Gutachtens »zur Ablesung des nunmehrigen Kilometerstandes« wurde als unzulässiger Erkundungsbeweis qualifiziert, zumal der Beklagte dem Vorbringen des Klägers nichts Substantielles entgegengehalten habe. Hier wäre freilich anzumerken, dass das Vorbringen des Beklagten dem Einwand des Klägers der Substanz nach zumindest gleichwertig erscheint. Als ausreichend konkret wurde hingegen zu 1 Ob 91/99k die Behauptung »des Auftretens eines Wirbelsäulenschadens« im Zusammenhang mit der Verschlechterung des klägerischen Gesundheitszustandes betrachtet, weshalb der Hinweis des Klägers, dass derartige Fragen durch einen Sachverständigen zu klären seien, nicht auf einen unzulässigen Erkundungsbeweis hinauslaufe.

Der Rechtsprechung ist teilweise entgegenzuhalten, allzu oft nur isoliert auf den Beweisantrag bzw das dazu vorgebrachte eigentliche Beweisthema abzustellen,⁶²¹ ohne das sonstige (bzw bisherige) Vorbringen einzubeziehen.⁶²² Als Maßstab für die Erheblichkeit eines Beweisantrags ist aber nicht nur das konkrete Beweisthema heranzuziehen, sondern zu prüfen, ob der Beweisantrag geeignet

621 Auf die Spitze treiben es jene (erst- oder zweitinstanzliche) Entscheidungen, die nur darauf abstellen, ob ein Beweisantrag »zum Beweis dafür, ob ...« oder »zum Beweis dafür, dass ...« vorliegt. In ersterem Fall soll ein unzulässiger Erkundungsbeweis vorliegen. Eine solche Argumentation legt nahe, das Ausforschungsverbot nur als Vorwand zur Vermeidung einer unbequemen Beweisaufnahme heranzuziehen (vgl auch *Beckhaus*, Bewältigung 246).

622 IdS auch 7 Ob 567/88.

ist, einen Beitrag zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des dem Streitgegenstand zugrunde liegenden Lebenssachverhalts zu leisten.⁶²³ Der Streitgegenstand wird wiederum durch sämtliche Tatsachenbehauptungen bestimmt, auf die sich das Begehren stützt.⁶²⁴ In diesem Sinn hat der OGH in 7 Ob 2351/96b das Vorliegen eines Ausforschungsbeweises, bei einem Beweisantrag durch Anfrage an ein ausländisches Spital die (streiterhebliche) Frage »zu klären, in welchen Beträgen die Rechnung gezahlt worden sei«, nicht isoliert geprüft, sondern zutreffend mit Rücksicht auf das Vorbringen der Partei verneint, der Gegner habe die Rechnung in Landeswährung gezahlt.

- 158 Schon *Kralik* hat zutreffend darauf verwiesen, dass das Verbot des Ausforschungsbeweises eine Frucht der reinen Verhandlungsmaxime des gemeinen Rechts ist; die Entscheidung des passiven Richters beruht auf rein formeller Wahrheit.⁶²⁵ Die Rechtsprechung übersieht in diesem Zusammenhang meist, dass die ZPO – wie oben ausgeführt – der amtswegigen Wahrheitsforschung und der aktiven Rolle des Richters einen breiten Raum einräumt (vgl zB §§ 180, 182, 183 ZPO). Zwar ist es dem aktiven und starken Richter des österreichischen Zivilprozessrechts verwehrt, ein Beweisverfahren ohne entsprechendes von den Parteien in den Prozess eingebrachtes Tatsachengerüst durchzuführen – die amtswegige Wahrheitsforschung wird somit durch den Streitgegenstand (und durch § 183 Abs 2 ZPO) beschränkt –, auch ein untauglicher Beweisantrag enthebt den Richter nicht seiner Pflicht zur materiellen Prozessleitung.⁶²⁶ Das Ergebnis solcher Bemühungen sollten geeignete Beweisanträge sein, mit denen der Sachverhalt umfassend erhoben werden kann.

2. Schlüssiges und substantiiertes Vorbringen als Maßstab

- 159 Maßstab für die Zulässigkeit derartiger Beweisanträge sollte daher in erster Linie die Schlüssigkeit des in diesem Zusammenhang (erkennbar) erstatteten Vorbringens bzw die notwendige Substantiierung des Tatsachenvortrags⁶²⁷ sein. Es ist notwendig und gleichzeitig hinreichend, dass sich der Beweisführer auf ein schlüssiges Vorbringen stützt, selbst wenn ein umfassend konkretisiertes Beweisthema zu einem einzelnen Beweisantrag nicht vorliegt. Wenn zur Beurteilung der Berechtigung eines schlüssig behaupteten Anspruchs (oder eines Einwands) die Aufnahme von Beweisen beantragt wird, liegt darin keine unzulässige Ausforschung.⁶²⁸

623 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 81.

624 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 226 Rz 15.

625 *Kralik*, ZAS 1980, 142 [Entscheidungsanm].

626 *Kralik*, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm].

627 *Beckhaus*, Bewältigung 252.

628 7 Ob 155/09h.

Zu Recht wies der OGH im Ergebnis zu 9 ObA 237/88 darauf hin, ein unschlüssiges und unsubstantiiertes Vorbringen dergestalt, dass der Kläger dem Beklagten bei der Verwaltung seines Vermögens einen vermeintlichen Schaden von 3 Millionen Schilling zugefügt habe, biete keine Grundlage für die Einholung eines Sachverständigengutachtens über diesen Umstand, zumal das Vorbringen alle Angaben darüber vermissen lasse, durch welche Handlungen, insb Vermögenstransaktionen oder -machinationen, der Schaden entstanden sein soll. Ähnliches judizierte der OGH zu 9 ObA 301/90. Auch dort wurde die Aufnahme des beantragten Beweises deshalb verweigert, weil ein Vorbringen darüber fehlte, welcher konkrete Schaden dem Beweisführer erwachsen und wodurch dieser eingetreten sei.

160

Auch im Zusammenhang mit der Urkundenedition nach § 303 ZPO stellte der OGH zu 8 ObA 9/15d⁶²⁹ auf schlüssige Behauptungen ab. Die Mitwirkungspflicht greife erst ein, nachdem der Beweisbelastete schlüssige Behauptungen aufgestellt hat, die durch den Inhalt der Urkunde bewiesen werden sollen. § 303 ZPO setzte die Berufung auf die Existenz einer bestimmten Urkunde voraus. Im Ergebnis erscheint die Entscheidung *prima vista* streng, vor allem dann, wenn darauf abgestellt wird, dass sich der Beweisführer auf den *konkreten Inhalt* einer Urkunde berufen müsse bzw er aus der Urkunde konkrete, für seine Beweisführung erhebliche und beweisbedürftige Tatsachen ableiten muss. Diese Anforderungen korrespondieren freilich mit der Regel des § 303 Abs 2 ZPO,⁶³⁰ die für das sonstige Beweisverfahren nicht verallgemeinerungsfähig ist. Bei einem sonstigen Beweisantrag ist es nicht erforderlich, dass der Antragsteller das konkrete Ergebnis der Beweisaufnahme vorweg anführen – etwa den Inhalt einer Zeugenaussage oder das Ergebnis eines Augenscheins prophezeien – muss.

161

Der hier zu § 303 ZPO vertretenen Ansicht ließe sich freilich im Widerspruch zum herrschenden Verständnis von § 303 Abs 2 ZPO entgegenhalten, dass das Wort »möglichst« nach richtiger Auffassung zum Ausdruck bringt, dass der Antragsteller die Urkunde genau und vollständig beschreiben muss, soweit ihm das (subjektiv) möglich ist. Vermag er die Urkunde nur ungenau oder pauschal zu beschreiben, wird das für einen Vorlageauftrag im Einzelfall ausreichen.⁶³¹ Ein solcher Auftrag wäre aber zu verweigern, wenn ihm eine genauere Beschreibung möglich ist. Auch an anderer Stelle nimmt das Gesetz auf das Unvermögen der Partei Bezug, etwa

629 8 ObA 9/15d.

630 § 302 Abs 2 ZPO: Die antragstellende Partei hat eine Abschrift der vom Gegner vorzulegenden Urkunde beizubringen oder, wenn sie dies nicht vermag, den Inhalt der Urkunde möglichst genau und vollständig anzugeben, sowie die Thatsachen anzuführen, welche durch die vorzulegende Urkunde bewiesen werden sollen. Desgleichen sind die Umstände darzulegen, welche den Besitz der Urkunde seitens des Gegners wahrscheinlich machen.

631 Kann der Antragsteller etwa den genauen Inhalt gar nicht kennen, würde es nicht der *ratio* der Norm entsprechen, wenn die Vorlage deshalb verweigert wird, obwohl der Antragsteller bescheinigt, dass der Gegner die Urkunde (zB »das von ihm vom Erblasser im März 2017 übernommene Testament«) besitzt.

wenn es um die Beischaffung einer Urkunde nach § 301 ZPO geht. Vermag die Partei diese Urkunde nicht selbst zu erlangen, ist das Gericht gehalten, die Vorlage zu veranlassen. Entsprechendes gilt nach § 229 Abs 2 ZPO. § 302 ZPO geht davon aus, dass die Partei zunächst eine Abschrift vorlegen muss. Nur wenn sie das nicht vermag, hat sie den Inhalt der Urkunde *möglichst* genau und vollständig anzuführen. Die zu beweisenden Tatsachen sind wiederum ohne Einschränkung anzuführen.

- 162 Das Verbot des Erkundungsbeweises umfasst nach der Rechtsprechung nicht nur den Grund des Anspruchs, sondern auch dessen allfällige Höhe. Ein unschlüssiges Vorbringen, etwa bei einem nicht näher aufgeschlüsselten Gesamtbetrag als Schadenersatzanspruch⁶³² oder bei einer nicht aufgeschlüsselten Äquivalenzstörung bei Wucher,⁶³³ könne demnach durch ein Beweisanbot, das sich inhaltlich als Erkundungsbeweis erweist, nicht ersetzt werden.⁶³⁴ Die Schadenshöhe müsse im Vorbringen und nicht erst durch die Beweisaufnahme ausreichend konkretisiert und begründet sein.⁶³⁵ Ähnlich argumentierte der OGH zu 9 ObA 253/98s. Hier wurde die beantragte Beiziehung eines Sachverständigen zum Beweis, dass »*die gesamte Büroeinrichtung, zB Schreibtisch, Zeichenmaschine, Pausmaschinen und Computer sowie ein Fax und das eingebrachte Know-How zusammen S 500.000 überstiegen*«, als Erkundungsbeweis klassifiziert.
- 163 Das Unterbleiben des Beweisverfahrens liegt in Wahrheit aber nicht am Verbot eines Erkundungsbeweises, sondern oft am Umstand, dass jede Sachentscheidung schlüssige Parteienbehauptungen voraussetzt. Eine unschlüssige Klage ist nach erfolgloser Verbesserung mit Unschlüssigkeitsurteil abzuweisen. Einer schlüssigen Klage ist bei unschlüssigen Einwendungen stattzugeben. In beiden Fällen bedarf es jeweils keines Beweisverfahrens. Ein Rückgriff auf die Figur des Erkundungsbeweises ist bei unschlüssigem Vorbringen daher gar nicht erforderlich, zumal die Schlüssigkeit auch für jene Sachentscheidungen notwendig ist, denen gar kein Beweisverfahren vorausgehen kann (Zahlungsbefehl,⁶³⁶ Versäumungsurteil⁶³⁷). Ein schlüssiger und ausreichend substantiierter Vortrag geht somit der Beweisaufnahme vor. Die rechtliche Beurteilung des Vorbringens erfolgt nicht erstmals

632 9 ObA 251/02f.

633 6 Ob 281/00t.

634 Vgl allerdings die neuere Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0037907), etwa 1 Ob 666/90 f. »Setzt sich ein auf einen einheitlichen Anspruchsgrund gestütztes Begehren aus zahlreichen Einzelforderungen zusammen, die während eines längeren Zeitraums aufgelaufen sind, so würde das Gebot nach einer Präzisierung des Vorbringens überspannt, würde man für jeden einzelnen von unter Umständen hunderten Fällen ein gesondertes, detailliertes Vorbringen fordern. In einem solchen Fall nimmt die mangelnde Aufgliederung in einzelne Posten oder Zeiträume dem diesbezüglichen Vorbringen nicht die Schlüssigkeit, sodass ein entsprechender Beweisantrag kein Erkundungsbeweis ist.].

635 8 Ob 341/97y.

636 § 244 Abs 2 Z 4 ZPO.

637 Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ § 396 ZPO Rz 8.

nach Aufklärung des Sachverhalts.⁶³⁸ Außerhalb eines schlüssigen Vortrags ist eine Beweisaufnahme, mag man sie als ausforschend qualifizieren oder nicht, nicht zulässig, zumal man sonst den erschienenen Beklagten schlechterstellen würde als den nicht erschienenen, der in einem solchen Fall kein Versäumnisurteil zu befürchten hätte.⁶³⁹

Die Frage der Schlüssigkeit bietet trotz klarer Definitionen⁶⁴⁰ einen breiten Spielraum, der zur Einzelfallgerechtigkeit verführt. Ersteres muss indes nicht zwingend als Nachteil betrachtet, sondern kann für den von der Rechtsprechung kaum beleuchteten Aspekt der prozessualen Kooperationspflichten nutzbar gemacht werden.

164

3. Ausforschung zur Überwindung von Informationsdefiziten

Die Rechtsprechung differenziert kaum danach, ob eine der Parteien ihr Beweisangebot nicht handfester ausgestalten *kann* oder *will*. Nur im Ansatz und vereinzelt wird die Problematik des Ausforschungsbeweises im Zusammenhang mit der Bewältigung von Informationsdefiziten gesehen.⁶⁴¹ Besteht ein durchsetzbarer Anspruch auf Information (etwa das Recht auf Akteneinsicht⁶⁴² oder ein Bucheinsichtsrecht⁶⁴³), wird hingegen zutreffend nicht mit dem Verbot des Erkundungsbeweises argumentiert, weil es in diesen Fällen *gerade* darum geht, dass der Antragsteller Kenntnisse von den ihm unbekanntem und relevanten Umständen erlangen soll.⁶⁴⁴ Dieser Bereich hat daher mit dem oben definierten Begriff des Ausforschungsbeweises nichts zu tun. Eine Ablehnung eines Auskunftsanspruchs würde die Partei in einem nachfolgenden Prozess allerdings in den hier diskutierten Ausforschungs-

165

638 Vgl zum Zweck der Substantiierung als Voraussetzung verfahrensförmiger Wahrheitsforschung *Stürner*, Aufklärungspflicht 112 ff.

639 *Stürner*, Aufklärungspflicht 7 und 117.

640 Vgl etwa *Rechberger/Simotta*, ZPR³ Rz 580, wonach eine Klage dann schlüssig sei, wenn sich der behauptete Sachverhalt unter den Tatbestand eines Rechtssatzes subsumieren lässt und die Rechtsfolge dieses Rechtssatzes dem Klagebegehren entspricht. Vgl auch RIS-Justiz RS0037516.

641 Das geht wohl auch parallel zur Grundannahme des Gesetzgebers, wonach »von der weithin informierten Partei auszugehen ist, die einen konkreten Sachverhalt vortragen und nicht nur vage Vermutungen [...] äußern kann.« (idS *Stürner* [Aufklärungspflicht 7] zur vergleichbaren deutschen Rechtslage). Die Praxis zeigt, dass diese Grundannahme in vielen Fällen nicht zutrifft.

642 8 Ob 4/03a; 16 Ok 10/14b; 16 Ok 9/14f; unrichtig allerdings *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 45 und *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/2, wonach Akteneinsicht »als reiner Erkundungsbeweis« abzulehnen sei. IdS auch 3 Ob 58/12v und 17 Os 40/14g. Dazu näher *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 49.

643 6 Ob 314/03z; 6 Ob 50/04b.

644 Auch im Bereich von wettbewerbsrechtlichen Hausdurchsuchungen wird wohl ähnlich zu argumentieren sein. Vgl die Entscheidung in Kartellrechtssachen zu 16 Ok 10/15d. Hier wurde auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde auf den Hausdurchsuchungsbefehl abgestellt, woraus sich ergibt, was Gegenstand und Zweck der Hausdurchsuchung ist und auf welche bereits vorliegenden Verdachtsmomente sich dies stützt; ein Erkundungsbeweis wurde zutreffend verneint.

beweis dahingehend hineinzwingen, dass sie dort Behauptungen »ins Blaue hinein« aufstellen muss.⁶⁴⁵

166 In (leider nur) vereinzelt gebliebenen Entscheidungen werden aber auch im eigentlichen Beweisverfahren Informationsdefizite herangezogen, um das strenge Verbot des Ausforschungsbeweises zu relativieren. Nach diesen Entscheidungen bestehe trotz eines Mangels an Einzelangaben die Möglichkeit, den Tatbestand genügend aufzuklären, würde bei einem offenbaren Behauptungs- und Beweisnotstand nach dieser Judikaturlinie das Verbot von Erkundungsbeweisen zur Rechtsverweigerung führen.⁶⁴⁶ In eine ähnliche Kerbe schlägt die Entscheidung 7 Ob 25/78:⁶⁴⁷ Da über die Höhe der Leistungen des Sozialversicherungsträgers nur dieser selbst Auskunft geben könne, sei in einem solchen Fall »ausnahmsweise« ein Erkundungsbeweis durch Einholung einer Auskunft des Sozialversicherungsträgers zulässig. Auch im Außerstreitverfahren akzeptiert die Rechtsprechung (zum Teil) die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe »zur Klarstellung von Anspruchs- und Entscheidungsgrundlagen«, ohne hier einen »unzulässigen Erkundungsbeweis« anzunehmen, wenn der Antragsteller die Grundlagen zunächst nicht liefern kann.⁶⁴⁸

167 Es ist bedauerlich, dass diese Judikaturlinie vereinzelt geblieben ist. Eine verständige und umfassende Analyse der Problematik darf sich nämlich nicht auf die Frage des (objektiv) ausreichend konkretisierten Beweisanbots beschränken. Das damit verbundene Bestreben, das Beweisverfahren straff führen zu wollen und nicht ausufern zu lassen, erscheint in der täglichen Gerichtspraxis gewiss nachvollziehbar. Es würde aber die Anforderung an einen substantiierten Vortrag bzw an ein bestimmtes Beweisthema und den Grundsatz der Beweisverbindung stark überspannen, wenn von den Parteien verlangt werden sollte, das Ergebnis des Beweisverfahrens bereits im Beweisantrag genau vorwegzunehmen. Solange hier die Rechtsprechung das *Dogma vom Verbot des Ausforschungsbeweises* in die Höhe hält, wird die Eigenart des Zivilprozesses österreichischer Prägung insoweit ausgeblendet, als eben unklare Umstände aufzuklären sind, wodurch auszuforschende Elemente der Verfahrensgestaltung geradezu zwingend sind. Der strikten Ablehnung eines Ausforschungsbeweises sind einmal mehr die diskretionäre Gewalt des Richters und dessen Pflicht zur amtswegigen Beweisaufnahme entgegenzuhalten.

168 Nicht nur dieser Aspekt, sondern auch die Frage nach dem gebotenen Beitrag der Parteien zur Wahrheitsforschung, der – wie gezeigt wurde – durch die Wahrheits- und Vollständigkeitspflichten der Parteien und zahlreiche Bestimmungen zum Ausdruck kommt, wonach von einer Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht unabhängig von der Beweislast auszugehen ist, wird bei der Prüfung ausforschender

645 BAG NJW 1974, 1348; *Beckhaus*, Bewältigung 251.

646 ZBl 1934/322; OGH 5 Ob 267/62; 1 Ob 92/70; RIS-Justiz RS0040298.

647 7 Ob 25/78 SZ 51/63.

648 5 Ob 146/00g.

Beweisaufnahmen ausgeblendet. Somit ist es wahrscheinlich gar nicht verwunderlich, dass die Rechtsprechung sogar im Kernbereich des § 184 ZPO (also *außerhalb* des eigentlichen Beweisverfahrens) mit der Figur des *Ausforschungsbeweises* argumentiert. So soll nach 9 ObA 17/99m ein Antrag, »der beklagten Partei aufzutragen, alle Dienstpostenbesetzungen auf den Dienstposten eines Schulungsbeamten seit September 1993 bis Ende Mai 1996 im Bereich der Betriebsleitung Graz dem Gericht mit der Begründung für die jeweiligen individuellen Besetzungen und Bekanntgabe der Daten, insb Dienstalster, Ranghöhe und der mit diesem Dienstposten besetzten Kandidaten, vorzulegen«, die Aufnahme eines »unzulässigen Ausforschungsbeweises« bezwecken. Im Ergebnis wohl zutreffend argumentierte das Höchstgericht hingegen zu 7 Ob 41/85,⁶⁴⁹ ebenfalls aber ohne auf den sich dort aufdrängenden § 184 ZPO Bezug zu nehmen. In diesem Fall ging es um einen versicherungsrechtlichen Deckungsanspruch aus einer Händlerversicherung hinsichtlich eines Schadens an einem Pkw, mit dem ein betrieblicher Abschleppvorgang durchgeführt werden sollte. Die beklagte Versicherung wandte eine Privatfahrt ein und beantragte, »dem Kläger die Bekanntgabe der näheren Daten aufzutragen, welches Fahrzeug von welchem Kunden von welcher Werkstatt zum Unfallszeitpunkt abgeschleppt werden sollte«. Laut OGH handelt es sich dabei nicht um einen unzulässigen *Erkundungsbeweis*, sondern um ein zulässiges Anbot eines *Kontrollbeweises* zur Prüfung der Frage, ob es sich nicht doch um eine Privatfahrt gehandelt habe.⁶⁵⁰

Der Hinweis, dass es sich um einen zulässigen Kontrollbeweis, nicht aber um einen unzulässigen Erkundungsbeweis handelt, erscheint eher begriffsjuristisch, zumal ein substantieller Unterschied zwischen Erkundungs- und Kontrollbeweis *in diesem Zusammenhang* schwer erkennbar ist. Sowohl zu 9 ObA 17/99m als auch zu 7 Ob 41/85 hätte sich durchaus die Anwendung des § 184 ZPO angeboten, der gerade solche Auskunftsbegehren gegenüber dem Prozessgegner deckt.⁶⁵¹ Ein derartiger Anspruch einer Partei auf Informationsbeschaffung muss vom vertretenen (angeblichen) Verbot ausforschender Beweisanträge getrennt werden.⁶⁵²

Die Bezugnahme auf ein über den bloßen Ausforschungsbeweis hinausgehendes Ausforschungsverbot erfolgt offenbar reflexartig, ohne zu bedenken, dass mit § 184 ZPO ausdrücklich eine ausforschende Bestimmung in das Gesetz aufgenommen wurde.⁶⁵³ Demnach müssen die Parteien (*außerhalb* des eigentlichen Be-

169

170

649 VersE 1254.

650 Offenbar als zulässigen Kontrollbeweis, ausdrücklich aber nicht als Erkundungsbeweis, qualifizierte der OGH zu 1 Ob 578/86 auch den Beweisantrag auf Einvernahme zweier Zeugen, wonach sich ein bereits vernommener anderer Zeuge nach seiner Vernehmung keineswegs von der Richtigkeit seiner Aussage überzeugt gezeigt habe.

651 *Kralik*, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm].

652 IdS auch *Beckhaus*, Bewältigung 245.

653 Vgl auch *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 347), die den Ausforschungsbeweis im Sinne eines Strengbeweises über unbestimmte Tatsachen oder zur Erlangung bestimmter Tatsachen als unsystematisch ablehnt, gleichzeitig aber auf die Möglichkeit der informationsbedürftigen Partei

weisverfahrens) zur Aufklärung des Sachverhalts über alle für die Prozessführung erheblichen Umstände und Beweismittel ihrem Gegner entsprechende Fragen beantworten. Die in § 184 ZPO zum Ausdruck gebrachte Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung der Prozessparteien zeigt eine Parallele zu der Frage, inwieweit das Gericht ausforschende Beweisanträge aufnehmen darf, auf. Mit der Normierung der gegenseitigen Unterstützung der Parteien hat der Gesetzgeber einen ausforschenden Aspekt des Zivilprozesses festgeschrieben.⁶⁵⁴ Der Gesetzgeber erkennt hier den nachvollziehbaren Umstand an, dass eine Partei aufgrund von Informationsdefiziten in Behauptungs- und Beweisnot geraten kann, wobei diese Probleme im laufenden Verfahren zu lösen sind und nicht etwa ausgelagert werden – Stichwort materielle Auskunftspflichten. Auch bei den Anforderungen, die an das substantiierte Vorbringen der Parteien zu stellen sind, ist unter Berücksichtigung der § 184 ZPO zugrunde gelegten Wertungen auf eine solche Beweisnot in Maßen Bedacht zu nehmen. Im Sinne eines beweglichen Systems (vgl Rz 100, 127) hängt der Maßstab der geforderten Konkretisierung von Beweisanträgen und die Anforderungen an den Substantiierungsgrad des Vorbringens vom möglichen Zugang der Partei zu den für sie relevanten Informationen ab. Es erscheint nicht nachvollziehbar, die Partei dazu zu nötigen, alle für ein umfassendes Vorbringen erforderlichen Tatsachen vorprozessual und eigeninitiativ erheben zu lassen, wenn der Zivilprozess dafür wesentlich besser geeignet ist. Umso weniger kann das gelten, wenn es der Partei nicht nur schwer, sondern gar nicht möglich ist, sich die notwendigen Kenntnisse außerprozessual zu verschaffen.⁶⁵⁵ Kaum einer Partei stehen sämtliche für ihren Prozessstandpunkt wesentlichen Details bereits vor der Prozessführung zur Verfügung. Je weniger es einer Partei möglich ist, sich selbst Zugang zu Informationen zu verschaffen, desto eher muss es ihr zugebilligt werden, im Zusammenhang mit einem (noch) schlüssigen Vortrag ausforschende Beweisanträge zu stellen.⁶⁵⁶ Das Gesagte kann durchaus auf das fehlende Zwangssystem bei verweigerter Kooperation gestützt werden. Erhält eine Partei auf Fragen iSd § 184 ZPO nach unumgänglichen Informationen keine Antwort, weil der Gegner unwillig oder unfähig ist, die erforderlichen Antworten zu geben, erscheint eine ausforschende Beweisaufnahme insb dann geboten, wenn eine allfällige Sanktion über die Beweiswürdigung zahllos bleiben müsste.

171 Schließllich wird sogar für die stärker durch die Verhandlungsmaxime geprägte dZPO vertreten, dass ein an sich unzulässiger Ausforschungsbeweis dann nicht

hinweist, ihren Gegner zu befragen und ein »generelles Ausforschungsverbot« ablehnt: [»Denn die Ausforschung des Gegners erlaubt § 184 ZPO schon vor einem Beweisverfahren durch das Mittel der Befragung ausdrücklich.«].

654 Bajons, NZ 1991, 52; Klicka, JBl 1992, 235; Kralik, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm]; Rassi, ZZP 121 (2008) 168 f.

655 Kralik, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm].

656 Stürmer, Aufklärungspflicht 119.

vorliegt, wenn bei einem unbestimmten Parteienvorbringen wenigstens Anhaltspunkte vorliegen, die den nur allgemein behaupteten Tatsachen einen Grad von Wahrscheinlichkeit geben.⁶⁵⁷ Bei begründet vorgebrachten Indizien, die das Vorliegen eines konkreteren und erheblichen Sachverhalts wahrscheinlich machen, sind die strengen Anforderungen an einen substantiierten Parteienvortrag daher zu relativieren.⁶⁵⁸ Kann eine Partei ihre nur allgemein gehaltenen Behauptungen plausibel erklären,⁶⁵⁹ erscheinen ausforschende Beweisaufnahmen möglich, zumal dadurch ein Missbrauch des Beweisverfahrens (etwa zur Verschleppung etc) oder gar eine mutwillige Prozessführung weitgehend ausgeschlossen sind. Korrespondierend dazu muss der Partei die Darlegung von Anhaltspunkten abverlangt werden, warum ihr ein konkreterer Beweisantrag nicht möglich ist.⁶⁶⁰ Ein Vortrag derartig plausibel begründeter Vermutungen bedeutet eine ausreichende Grundlage für Beweisanträge und löst gemäß § 178 ZPO eine Erklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei aus.⁶⁶¹

Mit dieser entsprechenden *Minderung des Substantiierungsrisikos* bei Beweisnotstand bei gleichzeitiger Pflicht zur Angabe von *plausiblen Anhaltspunkten*⁶⁶² wird ein vernünftiger Kompromiss zwischen der Informationsnot einerseits und der Gefahr überflüssiger oder bloß verfahrensverzögernder Beweisaufnahmen erreicht.⁶⁶³ Das fügt sich in jene Rechtsprechung ein, die die Substantiierungslast etwa dann abmildert, wenn sich ein Anspruch aus mehreren Einzelforderungen zusammensetzt. Hier wird von der Rechtsprechung auf die Zumutbarkeit der Aufgliederung abgestellt.⁶⁶⁴ Einzelforderungen, die während eines längeren Zeitraums aufgelaufen sind, können in einem solchen Fall zusammengefasst werden, weil anderenfalls die Angabe sämtlicher Einzelforderungen als Überspannung des Gebots der Präzisierung anzusehen wäre.⁶⁶⁵ Daran anschließend erscheint eine Abschwächung der Substantiierungslast dann geboten, wenn die behauptungsbelastete Partei wegen struktureller Informationsdefizite im Sinne der Ausgangssituation nur plausible Anhaltspunkte vorbringen kann. Dabei geht es nicht darum, dass die Substantiierungserfordernisse wegen Aufklärungspflichten »*einfach beiseite geschoben werden*«,⁶⁶⁶ sondern darum, das Ausmaß der Substantiierungspflicht sinnvoll an die Möglichkeiten der behauptungspflichtigen Partei anzupassen, zumal

172

657 Arens, Z郑 96 (1983) 4; Brehm, Bindung 100 ff; Lüderitz, Ausforschungsverbot 344.

658 IdS bereits die bei Stürner, Aufklärungspflicht 108 referierte ältere deutsche Rechtsprechung.

659 Vgl auch Stürner, Aufklärungspflicht 108.

660 Klicka, JBl 1992, 234 f.

661 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 356.

662 Stürner, Aufklärungspflicht 112 ff.

663 Zu diesem Aspekt vgl bereits Stürner, Aufklärungspflicht 108.

664 RIS-Justiz RS0037907.

665 1 Ob 99/07a; 10 Ob 37/13h; 1 Ob 253/15k je mwN.

666 So aber Bienert-Nießl (Auskunftspflichten 266) bezogen auf die materiellrechtlichen Aufklärungspflichten.

dem Rechtsanwender bei der Prüfung der Vollständigkeit der Tatsachenbehauptungen iSd § 226 Abs 1 ZPO ein gewisser Spielraum eingeräumt ist. Mit dem Abbau der strengen Substantiierungslast (nicht ihrer Beseitigung!) geht vielmehr eine Verstärkung der Kooperationspflichten der nicht beweisbelasteten Partei Hand in Hand.^{667, 668}

- 173 Die hier vertretene *Relativierung* eines *strengen Verbots des Ausforschungsbeweises* steht im Einklang mit dem oben aufgezeigten System der Wahrheitsforschung der österreichischen ZPO und unterstützt die beweisbelastete, aber schlecht informierte Partei, sofern diese in der Lage ist, zumindest geschätzte oder vermutete Behauptungen aufzustellen,⁶⁶⁹ ohne dass sie den nachzuweisenden Sachverhalt lückenlos kennen muss.⁶⁷⁰ Einem derartig zulässigen Ausforschungsbeweis sind (wie auch allen anderen Beweisanträgen) dahin gehend Grenzen gesetzt, wenn er verspätet beantragt wurde (vgl §§ 179, 275 Abs 2 ZPO).⁶⁷¹

4. Behauptungen »ins Blaue hinein« und Wahrheitspflicht

- 174 Lehnt man die hier vertretene Unterstützung der sich in Beweisschwierigkeiten befindlichen Partei ab, muss man damit rechnen, dass die Parteien ihre Behauptungen zur Not »ins Blaue hinein« erstatten, nur um die formalen Anforderungen eines Beweisantrags zu erfüllen.⁶⁷² Ein plastisches Beispiel bietet der 6 Ob 154/09d zugrunde liegende Prozess. Hier brachte der beklagte Werkunternehmer vor, die vom Kläger begehrten tatsächlichen Kosten einer bereits begonnenen Sanierung würden die Höhe der von einem Sachverständigen im Verfahren dazu ermittelten (fiktiven) Sanierungskosten unterschreiten. Der OGH qualifizierte seinen Beweisantrag auf Einholung eines (weiteren) Sachverständigengutachtens, mit dem die »*erforderlichen Sanierungskosten zu erheben sind*« als »reinen (unzulässigen) Erkundungs-

667 Vgl *Stürner*, Aufklärungspflicht 13.

668 *Schuhmacher* (ÖBl 1988, 92) sieht hier im Zusammenhang mit Geheimnissen der nicht beweisbelasteten Partei die Gefahr von »*Ausspähungsprozessen*«, wenn schon jeder plausible, aber nicht erhärtete Verdachtsgrund einer Rechtsverletzung den an sich nicht beweisbelasteten Prozessgegner zur Aufklärung zwänge. Vgl zB auch *Lachmann* (NJW 1987, 2209), der es ablehnt, dass ein unvollständiger und damit nicht schlüssiger Parteivortrag erst durch eine ausforschende Beweisaufnahme schlüssig gemacht wird. Wenngleich diese Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, erscheint sie jedoch kein Argument dafür, die Aufklärungspflicht schon deshalb *per se* zu verneinen. Der gebotene Schutz von Unternehmensgeheimnissen kann dazu führen, dass er die Pflicht zur Kooperation im Anlassfall beschränkt. Vgl dazu die Ausführungen im zweiten Teil dieser Arbeit. Der Geheimnisschutz begrenzt die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht (*Schneider*, ÖJZ 2013, 150). Weigerungsgründe sind als Ausnahme konzipiert, sie sprechen daher nicht gegen, sondern vielmehr für die Pflicht zur Kooperation.

669 *Klicka*, JBl, 1992, 235; *Stürner*, Aufklärungspflicht 106 ff.

670 *Gottwald*, Aufklärungspflicht 31.

671 *Kralik*, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm].

672 *Klicka*, JBl 1992, 234; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 Rz 81.

beweis.« Es wäre erforderlich gewesen, das konkrete Ausmaß der Kostenreduktion zu behaupten. Hätte der Beklagte einfach »aus der Hüfte heraus« eine bestimmte Summe angeführt, wäre ein Sachverständigengutachten wohl eingeholt worden. Es wäre aber bedenklich, wenn es bloß auf das Geschick einer Partei ankommen soll, wie sie ihren Beweisantrag formuliert.⁶⁷³

Dessen ungeachtet nimmt die Rechtsprechung wenig Rücksicht auf die Informationsmöglichkeit des Beweisführers, wenngleich es in diesem Zusammenhang durchaus einige »großzügigere« Entscheidungen gibt. Zu streng erscheint die Beurteilung eines Beweisantrags zu 8 Ob 50/86. In diesem Verfahren stützte der Kläger einen Schadenersatzanspruch wegen Verdienstentgangs auf seine Arbeitsunfähigkeit als Maurer. Letzteres wurde von den bereits beigezogenen Gerichtssachverständigen bestätigt. Die beklagte Haftpflichtversicherung beantragte die Vernehmung des Klägers zum Inhalt eines deutschen sozialgerichtlichen Akts, dessen Beischaftung nur an der Weigerung des Klägers gegenüber dem deutschen Gericht scheiterte. Die Beklagte begründete ihren Beweisantrag damit, dass die Gutachter durch den Inhalt des ausländischen Akts zu wesentlich anderen, dem Kläger nachteiligeren Erkenntnissen hinsichtlich der Einschränkung seiner Arbeitsunfähigkeit gekommen wären. Der OGH vermisste ein bestimmtes Beweisthema, weshalb er von einem unzulässigen Erkundungsbeweis ausging. Die Situation der Beklagten war hier allerdings davon geprägt, dass sie von Informationen über die Arbeitsunfähigkeit des Gegners typischerweise abgeschnitten war, sodass eine Einvernahme des Klägers durchaus angebracht gewesen wäre. Es liegen plausible Anhaltspunkte für Zweifel an der klägerischen Arbeitsunfähigkeit vor, weil sich dieser geweigert hat, der Beischaftung des ausländischen Akts zuzustimmen.⁶⁷⁴ Jedenfalls hätte es der Beklagten genützt, wenn sie – im Sinne der hier hinterfragten Rechtsprechung – ihr Informationsdefizit durch eine deutlichere Fassung des Beweisantrags nach außen kaschiert hätte.

Ähnliches wäre der Klägerin zu 4 Ob 233/04z anzuraten gewesen. Diese begehrte Schadenersatz wegen einer im Zuge zweier Hochwasserkatastrophen erfolgten Kontaminierung ihrer Liegenschaft durch Heizöl aus der Nachbarliegenschaft. Die Beklagte habe es nach einem ersten Hochwasser, bei dem es bereits zu einem Austritt von Heizöl gekommen sei, unterlassen, Vorkehrungen zu treffen (*etwa* durch Abpumpen des Öltanks oder Verschließen der Tankentlüftung

673 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 898.

674 Hier bieten sich freilich (auch abseits der besprochenen Problematik) Argumente zugunsten der Beklagten an, die ihren Beweisnotstand neutralisieren. Das Verhalten des Klägers kann durchaus als beweisverteilend qualifiziert werden, weil er der Gegenseite den Zugang zu wichtigen Informationen absichtlich und grundlos verwehrt, was im Sinne einer umfassenden Verhandlungswürdigung nach § 272 ZPO in die Entscheidung hätte einfließen können. Diese Sanktion kann freilich dann nicht ins Treffen geführt werden, wenn der Kläger das Gericht davon überzeugt, dass er die Aktenbeischaftung aus einem triftigen Grund verweigert hat.

und Entnahmeleitungen), bevor durch das zweite Hochwasser das Heizöl in großer Menge auf das Grundstück der Klägerin gelangt sei. Im Berufungsverfahren brachte die Klägerin erstmals vor, die Beklagte hätte das Öl binden und/oder ein Übergreifen des Ölteppichs durch Aufstellen von Barrieren verhindern müssen. Das Berufungsgericht hielt eine Verfahrensergänzung ua dahingehend für notwendig, welche sonstigen Maßnahmen (neben dem Auspumpen des Öls aus dem Tank) von der Beklagten hätten getroffen werden können, um ein massives Eindringen des Öls auf die Nachbarliegenschaft zu vermeiden. Der OGH beurteilte den Ergänzungsauftrag als unzulässigen Erkundungsbeweis, weil er den Rahmen des (in erster Instanz erstatteten) Sachvorbringens der Klägerin überschreite. Das Höchstgericht schränkte den Ergänzungsauftrag dahingehend ein, dass nur mehr die unterlassene Abdichtung des Öltanks zu prüfen sei. Das Vorbringen im Berufungsverfahren verstoße gegen das Neuerungsverbot und sei im fortgesetzten Verfahren nicht mehr zu prüfen.

177 Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, weil im Sachvorbringen erster Instanz die unterlassenen Maßnahmen nur demonstrativ angeführt wurden. Der Vorwurf der unterlassenen Bindung bzw Barrieren lässt sich mit einigem guten Willen noch unter das erstinstanzliche Vorbringen subsumieren. Von der nicht fachkundigen Klägerin hier exakte Hinweise abzuverlangen, welche konkreten Handlungen die Gegenseite zur Vermeidung der Kontaminierung setzen hätte sollen, würde bedeuten, dass eine potentielle Beweisführerin bereits vor dem Prozess alle denkbaren schadensverhindernden Maßnahmen prüfen muss.

178 Dass der OGH in anderen vergleichbaren Konstellationen gegenüber der Aufklärung des Lebenssachverhalts aufgeschlossener ist, zeigen die beiden folgenden Beispiele:

179 Zu 1 Ob 144/03p⁶⁷⁵ war zu prüfen, ob die beklagte Abschlussprüferin bei der Erteilung eines positiven Bestätigungsvermerks der geprüften (und in einem weitverzweigten Konzern eingeflochtenen) Gesellschaft mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen ist. Der Kläger warf der Beklagten vor, dass der uneingeschränkte Bestätigungsvermerk nicht zulässig gewesen wäre. Er brachte anhand bestimmter Geschäftsfälle vor, dass keine entsprechenden Wertberichtigungen, Rückstellungen oder sonstige Vorkehrungen getroffen worden waren. Dem Umstand der finanziellen und wirtschaftlichen Krisensituation der Gesellschaft sei nicht Rechnung getragen worden. Die Beklagte hätte die Überschuldung der Gesellschaft erkennen müssen. Im Gegensatz zum Berufungsgericht erkannte der OGH den Beweisanspruch des Klägers zur Frage der Überschuldung mit Blick auf das Vorbringen als durchaus zulässig an. Abgesehen davon wären die Vorinstanzen aber ohnedies amtswegig verpflichtet gewesen, den Sachverständigenbeweis aufzunehmen.⁶⁷⁶ Es

675 1 Ob 144/03p ÖBA 2005/1274 [Bartlmä].

676 Dabei ist im Sinne von *Kralik* zu ergänzen, dass schon grundsätzlich Ausforschungsbeweise

bedürfe dezidierter Feststellungen dazu, wie Abschlussprüfer »in dermaßen komplizierten Fällen« vorzugehen haben. Dies lasse sich nicht allein aus dem Gesetz beantworten, vielmehr bedürfe es der fachtechnischen Erörterung durch geeignete betriebswirtschaftliche Sachverständige, um auf deren Ausführungen gestützte Feststellungen über den nach dem Stand dieses Fachgebiets erforderlichen Prüfungsumfang treffen und die so gewonnenen Feststellungen sodann einer verlässlichen rechtlichen Wertung unterziehen zu können.

In der Tendenz ähnlich urteilte der OGH bereits in der Entscheidung 6 Ob 201/64,⁶⁷⁷ bei der geklärt werden musste, ob die Beklagten die notwendige Hilfe bei einem Bergunfall gegenüber der tödlich verunglückten Tochter des Klägers unterlassen hätten. Die Vornahme eines Augensehens an der Unfallstelle zwecks Feststellung, welche nach den Regeln der Bergsteigertechnik zu leistende Hilfe und welche Schutzmaßnahmen die Beklagten unterlassen hätten und inwieweit ihr Verhalten für den Unfall kausal gewesen sei, würde keinen »der ZPO fremden Erkundungsbeweis« darstellen. Der OGH wies darauf hin, dass der Beweisantrag im Zusammenhang mit dem ganzen vorangegangenen Vorbringen verstanden werden müsse (dem freilich die zu prüfenden Hilfen bzw Schutzmaßnahmen nicht zu entnehmen sind).

180

Allen in diesem Zusammenhang referierten Beispielen ist gemein, dass sich die Beweisführer mit Behauptungen »ins Blaue hinein« die ihnen in erster oder höherer Instanz widerfahrenen Schwierigkeiten erspart hätten. Das erscheint weder befriedigend noch kann es ein striktes Verbot des Erkundungsbeweises rechtfertigen. Beweisanträge mit konkreten Behauptungen »ins Blaue hinein« werden von der Rechtsprechung (im Gegensatz zur Lehre) nicht unter dem Begriff des Erkundungsbeweises subsumiert. Vielmehr wird das Vorliegen eines Ausforschungsbeweises gerade dann verneint, wenn die antragstellende Partei einen konkreten, rechtserheblichen Sachverhalt als Beweisthema vorträgt, selbst wenn sie im Zeitpunkt der Antragstellung von dem Bestand und der Richtigkeit des vorgetragenen Sachverhalts nicht überzeugt ist.⁶⁷⁸ Es reicht demnach aus, dass der Antragsteller den von ihm vorgebrachten Sachverhalt nur »vermutet«.⁶⁷⁹ Besteht etwa Versicherungsschutz nur bei Dauerinvalidität von mindestens 50 %, so ist der Kläger nach 7 Ob 36/02y⁶⁸⁰ gehalten, den Eintritt einer 50 %igen Dauerinvalidität auch dann zu behaupten, wenn die exakte Höhe seines Invaliditätsgrades noch nicht feststeht.

181

der Parteien zulässig sein müssen, wenn der Richter Erkundungsbeweise aufnehmen kann, vgl *Kralik*, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm].

677 6 Ob 201/64 EvBl 1965/87 SZ 37/105.

678 RIS-Justiz RS0039973; 2 Ob 3/77; 7 Ob 36/02y *ecolex* 2004, 156 [Ertl]; 4 Ob 187/04k; 2 Ob 35/16k. Vgl etwa *Brehm*, Bindung 168 ff; *von Hippel*, Wahrheitspflicht 232 f.

679 OLG Graz 2 R 58/03x.

680 7 Ob 36/02y *ecolex* 2004, 156 (Ertl).

- 182 Es erscheint im Sinne der Wahrheitspflicht nach § 178 ZPO, der Prozessförderungspflicht und einer redlichen Prozessführung allerdings geboten, die innere Unsicherheit gegenüber dem Gericht und dem Prozessgegner offenzulegen. Wäre sich der Antragsteller bewusst, dass sein Vorbringen falsch ist, widerspräche ein derartiger Beweisantrag der Wahrheitspflicht nach § 178 ZPO.⁶⁸¹ Damit soll verhindert werden, dass eine Partei missbräuchlich Behauptungen aufstellt, von denen sie nicht nachvollziehbar sagen kann, wie sie zu ihnen kommt.⁶⁸² Unzulässig ist es, dass eine Partei ohne jegliche Anhaltspunkte sog. *fishing expeditions* startet, um auf zufällige und ihr günstige Beweisergebnisse zu hoffen.⁶⁸³ Eine auf eine begründete Vermutung oder einen nachvollziehbaren Verdacht gestützte Tatsachenbehauptung ist hingegen zulässig, zumal der Sachverhalt gerade durch den Prozess aufgeklärt werden soll.⁶⁸⁴ Freilich sind das Vorbringen mit den dafür sprechenden Gründen als Vermutung oder Verdacht vorzutragen⁶⁸⁵ und die entsprechenden Anhaltspunkte für die Vermutung darzulegen.⁶⁸⁶
- 183 Eine derart redliche und offene Vorgangsweise kann sich nach einer nicht unbedenklichen Judikaturlinie allerdings als nachteilig erweisen. So vertreten Teile der Rechtsprechung, dass ein (unzulässiger) Erkundungsbeweis nicht deshalb schon zulässig sei, weil dazu ein Verdacht geäußert werde. Zu 4 Ob 9, 10/79⁶⁸⁷ behauptete der beklagte Krankenhausträger zum von ihm geltend gemachten Entlassungsgrund, der klagende Arzt hätte sich in weiteren Fällen dadurch rechtswidrig verhalten, dass er von der Krankenkasse vertragswidrig Honorare kassiert habe und überdies nunmehr anderwärtig verdiene, was in die begehrte Entschädigung einzurechnen sei. Nähere Details wisse der Beklagte nicht, weshalb er eine Anfrage an die Krankenkasse und die Vorlage von Steuerbescheiden beantragte. Der OGH erachtete darin einen unzulässigen Erkundungsbeweis, weil die Stichhaltigkeit dieses Verdachts offenbar erst durch die beantragten Beweismittel geprüft werden solle.⁶⁸⁸ Es seien weder genaue Angaben zum Entlassungsgrund noch zur tatsächlichen Höhe des einrechenbaren Verdienstes gemacht worden.
- 184 Auch in diesem Fall wird freilich deutlich, dass der Antragsteller typischerweise von den für ihn entscheidenden Informationen abgeschnitten ist, sodass im Sinne der hier vertretenen Auffassung die beantragte Beweisaufnahme im Hinblick auf die noch ausreichende Schlüssigkeit des Vorbringens zu bejahen ist, zumal für

681 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 898.

682 *Stürmer*, ZZP 98 (1985) 252.

683 *Klicka*, JBl 1992, 235; *Schlosser*, JZ 1991, 601 [»wenn sie wirklich völlig ins Blaue hinein begehrt werden und sich auf eine Ansammlung von zahllosen Unterlagen beziehen, die nur der Art nach angegeben werden.«].

684 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 351.

685 *Kralik*, ZAS 1980, 143 [Entscheidungsanm].

686 *Klicka*, JBl 1992, 235; *Stürmer*, Aufklärungspflicht 123 ff.

687 4 Ob 9, 10/79 ZAS 1980/16 [abl *Kralik*].

688 4 Ob 9, 10/79 ZAS 1980/16 [abl *Kralik*]; aA auch *Klicka*, JBl 1992, 234 f.

das Vorbringen hinreichend plausibel begründete Vermutungen vorlagen. Zudem ist streng genommen alles, was die Parteien entweder nicht kennen oder woran sie sich nicht 100 %ig erinnern können, eine Vermutung oder ein Verdacht, sodass also jedes dazu beantragte Beweismittel ein Erkundungsbeweis wäre.⁶⁸⁹

5. Änderung des Sachvortrags und Beweiserörterung

Der Umstand, dass das Vorbringen erst nach einer Beweisaufnahme ergänzt, angepasst oder korrigiert wird, macht die Ergebnisse – oder die Verwertung dieser – nicht unzulässig, sondern ergibt sich aus dem Recht der Parteien zur Ergänzung des Sachvortrags (vgl § 179 ZPO bzw 234 Abs 4 ZPO)⁶⁹⁰ und der Pflicht des Gerichts zur Erörterung der Beweisergebnisse (vgl § 259 Abs 1 ZPO). Diese Erörterung ist Teil der Streitverhandlung und räumt den Parteien rechtliches Gehör zu den Ergebnissen des Beweisverfahrens ein. Die praktische Bedeutung der Beweiserörterung liegt freilich nicht in einem »zivilprozessualen Schlussplädoyer«, um das Gericht etwa vor Fällung des Urteils davon zu überzeugen, dass der eigene Standpunkt durch das Beweisverfahren erhärtet wurde. Vielmehr soll die Beweiserörterung den Parteien die Möglichkeit einräumen, weitere Beweisanträge zu stellen, wenn die bisherigen nicht ausreichen, um ihren Prozesstandpunkt zu stützen. Daneben können die Parteien ihr Vorbringen im Sinne der bisherigen Beweisergebnisse aber auch ändern bzw erweitern und damit auf ihnen bislang noch unbekannt Umstände reagieren, die erst durch die Beweisaufnahme offenbar wurden. Damit wird ihnen ermöglicht, konkrete Tatsachen zu den Beweisergebnissen »nachzuschießen«. Das Gesagte dokumentiert, dass Beweisaufnahmen unabhängig von den konkreten Beweisthemen ex post betrachtet und zumindest zum Teil als Erkundungsbeweise fungieren können.

185

D. Resümee

Zusammenfassend ist der herrschenden Rechtsprechung entgegenzuhalten, dass ein absolutes Verbot von ausforschenden Beweisaufnahmen durch die ZPO nicht gedeckt ist. Das Ausforschungsverbot ist kein eigenständiges prozessuales Rechtsinstitut.⁶⁹¹ Dahinter kann sich die notwendige Prüfung der Erheblichkeit von Beweisanträgen bzw die fehlende Schlüssigkeit des Vortrags verbergen. Beim Erfordernis, Beweisanträge mit hinreichend konkreten Beweisthemen zu verbinden bzw

186

689 Delle-Karth, ÖJZ 1993, 10.

690 Fasching in Fasching/Konecny² [Vorauslage] § 226 ZPO Rz 90; Geroldinger in Fasching/Konecny³ § 226 ZPO Rz 183.

691 Beckhaus, Bewältigung 246.

diese auf ein ausreichend substantiiertes und schlüssiges Vorbringen zu stützen, muss darauf Rücksicht genommen werden, ob der Beweisführer ausreichend Zugang zu den notwendigen Informationen hat. Bei einem nur allgemein gehaltenen Vorbringen muss der Antragsteller dafür plausible Anhaltspunkte darlegen und dartun, warum ihm kein konkreterer Beweisanspruch möglich ist. Im Rahmen eines schlüssigen Vortrags können aber Beweiserhebungen aufgrund derartiger ausforschender Beweisangebote aufgenommen werden, wenn diese geeignet sind, einen Beitrag zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des dem Streitgegenstand zugrunde liegenden Lebenssachverhalts zu leisten. Die Beweiserörterung und das Recht der Parteien zur Ergänzung des Sachvortrags ermöglichen es den Parteien, das Ergebnis ausforschender Beweisaufnahmen zu verwerten. Indem das Verbot des Ausforschungsbeweises wie geschildert relativiert wird, ermöglicht das Gericht der beweisbelasteten, aber schlecht informierten Partei bereits eine erste Hilfe,⁶⁹² sofern diese in der Lage ist, zumindest geschätzte oder vermutete Behauptungen aufzustellen.⁶⁹³ Es ist also nicht erforderlich, dass der Beweisführer den Sachverhalt lückenlos kennt.⁶⁹⁴ Freilich soll aber verhindert werden, dass die Partei missbräuchlich Behauptungen aufstellt, von denen sie nicht nachvollziehbar sagen kann, wie sie zu ihnen kommt.⁶⁹⁵ Unzulässig ist jedenfalls, dass eine Partei ohne Anhaltspunkt sog »*fishing expeditions*« startet, um dabei auf zufällige und ihr günstige Beweisergebnisse zu hoffen.⁶⁹⁶ Die hier vertretene Vorgangsweise vermeidet daher Behauptungen »ins Blaue«, welche in einem Spannungsfeld zur Wahrheitspflicht stünden und sich auch nicht aus § 267 ZPO ableiten lassen.⁶⁹⁷ Gerade die gebotene Wahrheitsforschung erfordert die (beschränkte) Zulässigkeit des Ausforschungsbeweises.⁶⁹⁸ Ein der Ermittlung der richtigen und umfassenden Entscheidungsgrundlage verpflichtetes Verfahren ist notwendigerweise von ausforschenden Aspekten geprägt, trägt ein Ausforschungsbeweis doch gerade zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des dem Streitgegenstand zugrunde liegenden Lebenssachverhalts bei.⁶⁹⁹ Damit liegt dem Ausforschungsbeweis – ebenso wie der (durch den Streitgegenstand und § 183 Abs 2 ZPO beschränkten) richterlichen Wahrheitsforschung – das Prinzip der *materiellen Wahrheitsforschung* zugrunde.

692 Arens, ZJP 96 (1983) 5.

693 Klicka, JBl 1992, 235; Stürner, Aufklärungspflicht 123 ff.

694 Gottwald, Aufklärungspflicht 31.

695 Arens, ZJP 96 (1983) 4 [»Grundsätzlich sollte man aber die Bedeutung der Unzulässigkeit des Ausforschungsbeweises nicht überschätzen. Es handelt sich dabei meistens nur um ein Mittel der Gerichte, in Fällen offensichtlichen Missbrauchs eine Beweisaufnahme abzulehnen, die den Prozess nur verzögern würde«]; Stürner, ZJP 98 (1985) 252.

696 Klicka, JBl 1992, 235.

697 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 353 unter Hinweis auf Klein, Vorlesungen 135.

698 Kralik, ZAS 1980, 142 f [Entscheidungsanm].

699 Zutreffend Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ Vor § 266 ZPO Rz 27.

Mit der (beschränkten) Zulässigkeit eines Ausforschungsbeweises lässt sich die hier vertretene Pflicht zur gegenseitigen Kooperation der Parteien besser begründen. Auch diese ist darauf gerichtet, dass es der beweisbelasteten Partei durch den Prozess ermöglicht wird, Kenntnis jener tatsächlichen Umstände zu erlangen, um damit ihre berechtigten Ansprüche durchzusetzen oder unberechtigte Ansprüche ihres Gegners abzuwehren. Die Pflicht zur gebotenen Aufklärung der nicht beweisbelasteten Partei fügt sich dabei gut in ein System ein, das die richterliche Wahrheitsfindung stark betont.⁷⁰⁰ Würde sich die Ausforschung im Prozess nur auf den Aspekt der *richterlichen* Wahrheitsforschung beschränken, wäre etwa die Bestimmung des § 184 ZPO kaum zu erklären, weshalb die Rechtsprechung diese Bestimmung zu Unrecht ausblendet, wenn der beweisbelasteten Partei, die einen Aufklärungsbeitrag ihres Gegners einfordert, das Dogma vom Verbot des Ausforschungsbeweises entgegengehalten wird.

187

VII. Das Verbot der Beweisvereitelung als alternatives Konzept zur prozessualen Kooperationspflicht?

Parallel zur Diskussion über die Pflicht zur Aufklärung bei Informationsdefiziten und die Mitwirkungspflicht im Beweisverfahren bei Beweisnot wird oft mit dem Verbot der Beweisvereitelung argumentiert. Man versteht darunter ein vorwerfbares Tun oder Unterlassen, ohne das die Klärung des Sachverhalts möglich gewesen wäre.⁷⁰¹ Eine Partei erschwert demnach beweisvereitelnd dem beweisbelasteten Gegner die Beweisführung oder verunmöglicht ihm diese, wenn sie die mit Lücken in der Beweisführung verbundene Unaufklärbarkeit schuldhaft herbeiführt, indem sie vor oder während des Prozesses vorhandene Beweismittel vernichtet, vorenthält oder ihre Benutzung erschwert.⁷⁰² Eine Beweisvereitelung wird auch dann angenommen, wenn eine Partei zumindest fahrlässig die Aufklärung eines Ereignisses unterlässt, um dadurch die Entstehung eines Beweismittels zu verhindern, obwohl ihr die spätere Notwendigkeit einer Beweisführung bereits erkennbar sein musste.⁷⁰³ Zur Beweisvereitelung hat sich in der deutschen Rechtsprechung eine reichhaltige Kasuistik herausgebildet, die von der Lehre aufgearbeitet und bewertet wurde.⁷⁰⁴

188

700 Vgl. *Klicka*, JBl 1992, 233.

701 BGH VersR 1960, 844; *Baumgärtel* in FS-Kralik 63; *Musielak* in FG-BGH 218 ff.; *Paulus*, AcP 197 (1997) 136. *Schatz*, Beweisvereitelung passim.

702 *Prütting* in MünchKomm⁵ § 286 ZPO Rz 80.

703 BGH NJW 1986, 59 und 2002, 825; NJW 2004, 222.

704 Dazu zB *Ahrens*, Beweis, Kap 8 Rz 147; *Bacher* in BeckOK ZPO § 284 Rz 90.2; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis Rz 350; *Baumgärtel* in FS-Kralik 63; *Foerste* in *Musielak/Voit*⁴⁶ § 286 ZPO Rz 62 ff;

- 189 Unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung wurden etwa folgende Themen behandelt: Die Problematik der verweigerten Entbindung eines unter Verschwiegenheitspflicht stehenden Zeugen,⁷⁰⁵ der Fall der unterlassenen Angabe der Anschrift⁷⁰⁶ bzw der Identität eines Zeugen⁷⁰⁷ oder gar der Verleitung eines Zeugen, »*sich unauffindbar zu machen*«,⁷⁰⁸ die Verweigerung der Bereitstellung eines Augenscheinsobjekts (auch vor einem zu erwartenden Prozess)⁷⁰⁹ oder die Unmöglichmachung einer Besichtigung des Untersuchungsobjekts durch einen Sachverständigen⁷¹⁰ bzw die Vereitelung eines Augenscheins,⁷¹¹ die Verfälschung von Augenscheinsgegenständen,⁷¹² die bewusste unterschiedliche Gestaltung seiner Unterschrift, um sich im Verfahren stets auf die Unechtheit berufen zu können,⁷¹³ das Fehlen von Aufzeichnungen in Verstoß gegen unternehmensrechtliche Aufbewahrungspflichten⁷¹⁴ oder der Verstoß gegen die ärztliche Dokumentationspflicht.⁷¹⁵ In der dZPO werden die Bestimmungen des § 444 dZPO⁷¹⁶ und § 371 Abs 3 dZPO⁷¹⁷ als Regelungen angesehen, die einen *allgemeinen Rechtsgedanken* für alle Fälle enthielten, in denen der Gegner der beweisbelasteten Partei die *Beweisführung arglistig oder fahrlässig vereitelt*.⁷¹⁸
- 190 In Österreich ist eine systematische Auseinandersetzung mit der Thematik nur in Ansätzen erkennbar. Freilich sind einige Fälle von Beweisvereitelung im

Gerhardt, AcP 169 (1969) 289; *Huber* in *Musielak/Voit*¹⁶ § 383 ZPO Rz 10; *Laumen*, MDR 2009, 177; *Musielak* in FG-BGH 218 ff; *Peters*, ZZP 82 (1969) 218; *Prütting* in MünchKomm⁵ § 286 ZPO Rz 80 ff; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR⁷ § 115 19 ff; *Siegert*, NJW 1958, 1025.

- 705 BGH NJW 1967, 2012 (Bankgeheimnis); BGH NJW-RR 1996, 1534 (notarielle Verschwiegenheitspflicht); BGH NJW 1972, 1131 (ärztliche Verschwiegenheitspflicht) mwN; BGH NJW-RR 1996, 1534 (notarielle Verschwiegenheitspflicht).
- 706 BGH NJW 1960, 821 (Unfallszeuge).
- 707 BGH NJW 2008, 982 (984).
- 708 Entscheidung des Reichsgerichts in WarnRsp 191 1/54, 59.
- 709 BGH VI ZR 72/54 BeckRS 1955, 31197047 (Entsorgung eines im Körper des Patienten vergessenen Tupfers durch den Arzt, der diesen bei der zweiten Operation entdeckt hat); BGH NJW 1963, 389 (Verweigerung der Vorlage von Röntgenbildern durch den beklagten Arzt).
- 710 BGH NJW 2004, 222; BGH NJW 2006, 434, 436 (Nichtaufbewahrung eines defekten Turboladers durch beauftragte Reparaturwerkstatt bei Streit mit Verkäufer über die Ursache des Defekt).
- 711 BGH IVb ZR 27/85 NJW 1986, 2371 = JZ 1987, 42 [*Stürner*] (Weigerung der Zurverfügungstellung von Körpermaterialproben); BGH VersR 1981, 532 (Widerruf der Zustimmung zur Verwertung der von gerichtlichen Sachverständigen erhobenen Befunde vor Erstellung des Gutachtens).
- 712 BGH VRS 7, 412.
- 713 NJW 2004, 222.
- 714 BGH NJW-Spezial 2012, 272.
- 715 NJW 1978, 2337.
- 716 »Folgen der Beseitigung einer Urkunde
Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.«
- 717 »Vereitelt eine Partei die ihr zumutbare Einnahme des Augenscheins, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit des Gegenstandes als bewiesen angesehen werden.«
- 718 *Reichold* in *Thomas/Putzo*³⁸ § 444 ZPO Rz 1.

Gesetz ausdrücklich geregelt. So ist es etwa nach § 307 ZPO verpönt, eine Urkunde *absichtlich* zu beseitigen oder untauglich zu machen. Entsprechendes gilt gemäß § 318 ZPO für Auskunftssachen. Auch § 369 ZPO untersagt eine absichtliche oder eine veranlasste Beseitigung von Augenscheinsgegenständen. Einschlägige Judikatur ist in Österreich rar. In Anlehnung an die herrschende Ansicht in Deutschland erkennt die Rechtsprechung in Arzthaftungssachen an, dass Verletzungen der Dokumentationspflichten des Arztes zu Beweiserleichterungen des Prozessgegners führen können,⁷¹⁹ wobei der Begriff Beweisvereitelung in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich verwendet wird. In Anknüpfung an diese Judikatur in Arzthaftungssachen wurde es zu 4 Ob 199/10h für möglich gehalten, dass eine Verletzung von Dokumentationspflichten eines Lebensmittelherstellers aufgrund von ergänzender Vertragsauslegung zu einer Beweiserleichterung für den anderen Vertragspartner führen könne. Der Fall war allerdings nicht nur von der Verletzung von Dokumentationspflichten des beklagten Lebensmittelherstellers sondern auch davon geprägt, dass der klagende Abnehmer die Ware vor dem Prozess bereits vernichtet hatte. Aufgrund dieses »Patts der Beweisvereitler« verneinte der OGH Beweiserleichterungen. Die gegenseitigen Vorwürfe neutralisierten sich damit, weshalb es zu keiner Änderung der Beweislage kam. *Obiter* wurde klargestellt, dass mit einer Verletzung von Dokumentationspflichten eine *allgemeine Beweislastverschiebung wegen Beweisvereitelung* aber nicht verbunden sei. Letzteres wurde jüngst ausdrücklich auch in 4 Ob 115/17s festgehalten. Bereits in der Entscheidung 1 Ob 254/99f wurde eine Beweisvereitelung für den Fall bejaht, dass sich eine Partei missbräuchlich weigert, Zeugen von ihrer Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, was im Anlassfall aber verneint wurde; dazu ausführlich Rz 296 ff.

Im Gegensatz zur (vor allem in Deutschland strittigen) allgemeinen Aufklärungspflicht ist das Verbot der Beweisvereitelung allgemein anerkannt.⁷²⁰ Die Versuche, eine Rechtsgrundlage für die Bewertung der Beweisvereitelung zu finden, sind allerdings sehr breit gefächert.⁷²¹ Darauf kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher eingegangen werden. Auch eine allfällige Pflicht, *außerhalb* oder *vor* einem Verfahren potentiell Beweismaterial zu sichern, ist nicht Gegenstand

191

719 Wird eine derartige Pflicht verletzt, so kommt dem Patienten nach der Rechtsprechung zum Ausgleich der dadurch entstandenen Schwierigkeit, einen Behandlungsfehler nachzuweisen, eine der Schwere der Pflichtverletzung entsprechende Beweiserleichterung zugute (1 Ob 532/94 SZ 67/9 mwN; 4 Ob 554/95 SZ 68/207; RIS-Justiz RS0026236 [T2]). Im Allgemeinen ist zu vermuten, dass eine nicht dokumentierte Maßnahme auch tatsächlich nicht getroffen wurde (1 Ob 532/94 SZ 67/9; 7 Ob 337/98d RdM 1999/12; 9 Ob 6/02a; RIS-Justiz RS0026236 [T3, T6]).

720 Vgl dazu Lorenz, ZJP 111 (1998) 59 mwN.

721 Vgl den Überblick bei Baumgärtel (in FS-Kralik 64 ff): Analogie zu den gesetzlich geregelten Fällen, Verletzung der prozessualen Mitwirkungspflicht, Annahme von Erfahrungssätzen für die richterliche Beweiswürdigung, schadenersatzrechtliche Zuordnung, Strafsanktion, Beweislastumkehr aus Billigkeitsgründen bzw wegen Unzumutbarkeit für die an sich beweisbelastete Partei, Verletzung von Treu und Glauben.

der Arbeit.⁷²² Für die *innerprozessuale* Konstellationen erscheint eine sinnvolle Abgrenzung des Verbots der Beweisvereitelung von der prozessualen Aufklärungs- bzw. Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei jedenfalls schwer denkbar, zumal die zur Beweisvereitelung entwickelten Konstellationen in aller Regel Umstände und Beweismittel betreffen, die in der Sphäre der beweisvereitelnden Partei liegen.⁷²³ Die oben beschriebenen Fälle der Beweisvereitelung *innerhalb* eines Verfahrens können wohl ebenso gut unter die hier vertretenen Kategorien der Verletzung einer Aufklärungspflicht bzw. einer Mitwirkungspflicht subsumiert werden.⁷²⁴ Demnach lassen sich zB die von manchen unter dem Schlagwort der Beweisvereitelung behandelten Fragen der Namhaftmachung von Zeugen, der Entbindung eines Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht, der Verhinderung eines Augenscheins oder der verweigerten Vorlage einer Urkunde mit der allgemeinen prozessualen Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht lösen. All jene Verfechter eines Verbots der Beweisvereitelung, die hier gleichzeitig eine allgemeine prozessuale Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei in Frage stellen, müssen sich daher Inkonsequenz vorwerfen lassen, setzt der *Vorwurf* einer Beweisvereitelung doch implizit eine *Pflicht* zur Aufklärung oder Mitwirkung voraus. Ohne eine solche Pflicht lässt sich – zumindest bezüglich der Beweise in der eigenen Sphäre – eine *fahrlässige* oder *vorsätzliche* Verhinderung von (potentiellen) Beweisen schwer erklären. Auch die Befürworter eines eigenständigen Instituts des Beweisvereitelungsverbots gehen davon aus, dass eine *schuldlose* Beweisvereitelung zu keinen beweisrechtlichen Reaktionen führen darf.⁷²⁵ Wenn nun eine Partei – entgegen des hier vertretenen Konzepts – im Verfahren aber zur Aufklärung oder Mitwirkung gar nicht verpflichtet ist, kann sie Beweise nicht *vorwerfbar* vereiteln.

192

Die unscharfen Konturen der Beweisvereitelung wurden im Schrifttum bereits aufgezeigt. Nach der zutreffenden Ansicht von *Stürner* wird die von ihm untersuchte Frage, ob und inwieweit die nicht beweisbelastete Partei verpflichtet ist,

722 Ein striktes Verbot der Beweisvereitelung auch außerhalb eines Prozesses (oder vor einem Prozess) würde zwar die informationssuchende Partei schützen, es tangiert aber auch die rechtliche Stellung ihres Gegners, wenn etwa dessen Recht als Eigentümer, über seine Sachen nach seinem Belieben zu verfahren, eingeschränkt wird. Freilich haben auch Eigentümer *kein schrankenloses* Recht, über ihre Sache zu verfügen. Für eine konkrete Lösung im Einzelfall ist hier eine umfassende Interessens- und Güterabwägung notwendig. Ein Teil der Problematik kann durch das (selbständige) Beweissicherungsverfahren gelöst werden. Dieses ermöglicht einem potentiellen Beweisbelasteten die spätere Beweisführung durch die konservierende Wirkung der Beweissicherung auf die Beweismittel. Es erlaubt ihm den Gegenstand zu erhalten und zu verwahren, ohne den Eigentümer und potentiellen Prozessgegner damit zu belasten. Eine umfassende Untersuchung muss hier unterbleiben, weil sich die Untersuchung auf die innerprozessualen Konstellationen beschränkt.

723 Anderes könnte dann gelten, wenn eine Partei Beweismittel der Gegenseite vernichtet oder versteckt. Solche Fälle stehen bei der Beweisvereitelung freilich nicht im Zentrum.

724 IdS auch *Lorenz*, ZZZ 111 (1998) 58.

725 *Baumgärtel* in FS-Kralik 74.

alles zur Aufklärung des Sachverhalts Erforderliche zu tun, von der Wissenschaft und Praxis zu einem großen Teil unter dem Stichwort Beweisvereitelung zusammengefasst.⁷²⁶ Kritisch äußert sich *Morhard*, der zutreffend darauf hinweist, dass die Sanktionierung der Nichtbenennung eines Zeugen unter dem Etikett der Beweisvereitelung oder der Beweiswürdigung kaum beanstandet werde,⁷²⁷ während die prozessuale Mitwirkung des nicht beweisbelasteten Gegners als mit Grundprinzipien unvereinbar angesehen werde. *Bienert-Nießl* argumentiert zutreffend damit, dass das Konzept der Beweisvereitelung – ebenso wie die Argumentation mit Treu und Glauben, der sekundären Darlegungslast etc – von Unsicherheit zeugt.⁷²⁸ Anknüpfend an diese richtigen Erwägungen ist der Einwand *Faschings* gegen eine allgemeine Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht zu hinterfragen. Dieser verneint zwar eine allgemeine Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei, gleichzeitig bejaht er aber, dass ein beweisvereitelndes Verhalten frei gewürdigt werden kann, etwa wenn sich eine Partei schikanös weigert, zur Tatsachenfeststellung aktiv beizutragen.⁷²⁹ Nach richtiger Auffassung setzt das Verbot der Beweisvereitelung eine Kooperationspflicht voraus und kann diese daher nicht ersetzen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verbot der Beweisvereitelung innerhalb eines bereits anhängigen Verfahrens keine eigenständige Bedeutung hat. Es lässt sich bereits mit der prozessualen Kooperationspflicht erklären. Verhält sich die nicht beweisbelastete Partei bezüglich der in ihrer Sphäre liegenden Umstände und Beweise beweisvereitelnd, liegt damit stets ein Verstoß gegen prozessuale Kooperationspflichten vor, der auf der Ebene der Beweiswürdigung vom Tatrichter sanktioniert werden kann.

193

VIII. Verhältnis der prozessualen Kooperationspflicht zum materiellen Recht

Es wurde bereits klargestellt, dass sich diese Untersuchung auf die *prozessualen Kooperationspflichten* im eigentlichen Verfahren beschränkt. Es soll nur kurz erörtert werden, ob die im *materiellen Recht* normierten *Informationsrechte*, die es der behauptungs- und beweisbelasteten Partei ermöglichen könnten, Behauptungs- und Beweisschwierigkeiten vorzubeugen, Einfluss auf diese prozessualen Kooperationspflichten haben.

194

726 *Stürner*, Aufklärungspflicht 14 f.

727 *Morhard*, Erklärung 121.

728 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 334.

729 *Fasching* in *Fasching/Konecny*³ [Vorauslage] II/1 Einl Rz 18.

195

Das materielle Recht bietet durchaus ein weitreichendes – wenngleich nicht lückenloses⁷³⁰ – Netz von Auskunfts-, Informations-, Einsichts- oder Rechnungslegungsrechten.⁷³¹ Diese haben ihre Verankerung einerseits in ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen, nämlich im ABGB,⁷³² im Arbeitsrecht,⁷³³ im Gesellschaftsrecht,⁷³⁴ im Immaterialgüterrecht⁷³⁵ oder im Lauterkeitsrecht.⁷³⁶ Auch Art XLII Abs 1 zweiter Fall EGZPO begründet – bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses – einen derartigen Anspruch,⁷³⁷ während sich die Bestimmung des Art XLII Abs 1 erster Fall EGZPO (Klage zur Bekanntgabe eines Vermögens bzw auf Rechnungslegung) auf einen bereits bestehenden zivilrechtlichen Anspruch bezieht und diesen voraussetzt.⁷³⁸ Auch die Editionsklage nach Art XLIII EGZPO ermöglicht bei einer gemeinschaftlichen Urkunde einen eigenen zivilrechtlichen (und somit zwangsweise durchsetzbaren) Anspruch auf Herausgabe einer Urkunde. Neben diesen ausdrücklich geregelten gesetzlichen Auskunftsrechten bejahte die herrschende Rechtsprechung nach deutschem Vorbild⁷³⁹ zunächst bei *Vertragsverhältnissen* generell einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung, »wenn es das Wesen des Rechtsverhältnisses mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang des Vermögens im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer eine solche Auskunft zu erteilen, und diese Auskunft dem Verpflichteten überdies nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch zugemutet werden kann.«⁷⁴⁰ Die Grundlage dieser »erweiterten Auskunftspflicht«⁷⁴¹ erinnert evident an die hier zu untersuchende Ausgangssituation (Rz 7f). Die von Rechtsprechung zu materiellrechtlichen Informationsrechten entwickelten Entscheidungslinien sind demnach von ähnlichen Billigkeitserwägungen getragen wie die von der Judikatur im Prozessrecht dazu entwickelten Lösungsansätze (etwa Beweiserleichterungen wegen der Nähe zum Beweis, vgl Rz 19ff).⁷⁴² Die Rechtsprechung

730 Zutreffend *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 24 mwN; etwa 10 Ob 47/07w; 3 Ob 197/13m; 5 Ob 94/13d [»Das Zivilrecht enthält aber keine generelle bzw einheitliche Regelung, unter welchen Voraussetzungen, worüber und in welcher Weise jemand einem anderen eine Aufklärung schuldig ist.«]. IdS bereits *Stürner*, Aufklärungspflicht 15 f.

731 Ausführlich: *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten passim.

732 §§ 830, 837, 1012, 1039, 1198 ff, 1206 ABGB.

733 § 14 Abs 2 AngG.

734 Vgl dazu *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 60 ff; *Rassi*, ÖJZ 1997, 891; *Rassi*, *ecolex* 1999, 546.

735 § 87a UrhG, § 55 MSchG, § 34 Abs 1 MuSchG, § 151 PatG 1970.

736 § 9 Abs 4 UWG.

737 Ein derartiger Auskunftsanspruch kann über Art XLII Abs 3 EGZPO mit der sog Stufenklage dem Prozess inkorporiert werden.

738 RIS-Justiz RS0034986; *Auer*, AnwBl 1986, 120; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 231; *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 21 mwN.

739 Vgl dazu *Peters* in FS-Schwab 405 mwN.

740 RIS-Justiz RS0035050.

741 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Art XLII EGZPO Rz 31.

742 *Peters* in FS-Schwab 405.

wendet die von ihr entwickelte materiellrechtliche Auskunftspflicht beispielsweise zugunsten eines Rechtsanwalts, dessen Honorar von den Gesamtkosten eines von ihm betreuten Projekts,⁷⁴³ zulasten eines Gasversorgers über die Grundlage der vorgenommenen einseitigen Preisfestsetzung bei Versorgungsverträgen,⁷⁴⁴ zugunsten eines Masseverwalters über den Inhalt und Umfang der durch den Insolvenzschuldner vorgenommenen Abtretung,⁷⁴⁵ bei Kreditverhältnissen⁷⁴⁶ oder bei vertraglichen Unterhaltsansprüchen an.⁷⁴⁷ Die frühere hM verlangte bei auf *gesetzliche Schuldverhältnisse* bezogenen Auskunftsansprüchen eine unmittelbare und ausdrückliche Anordnung im Gesetz.⁷⁴⁸ In den letzten Jahren setzt sich allerdings verstärkt die Ansicht durch, dass die Aufklärungspflicht direkt aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis abgeleitet werden kann, ohne dass eine ausdrückliche Anordnung einer Auskunftspflicht verlangt wird.⁷⁴⁹

Etwa im Anfechtungsrecht,⁷⁵⁰ aber auch im Bereich des *gesetzlichen* Unterhalts werden materiellrechtliche Informationsrechte bejaht.⁷⁵¹ Damit erscheint es etwa einem Unterhaltsberechtigten schon aus zivilrechtlichen Gründen durchaus möglich, die Offenlegung der Unterhaltsbemessungsgrundlagen gegenüber dem Unterhaltsverpflichteten und somit dem potentiellen Prozessgegner zwangsweise durchzusetzen.^{752,753} Nach der zutreffenden Ansicht von *Konecny* setzt eine Aufklärung bei einem Sonderrechtsverhältnis (außerhalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Aus-

743 4 Ob 151/07w.

744 6 Ob 234/06i.

745 6 Ob 2296/96g SZ 69/260.

746 1 Ob 563/86. Im Zusammenhang mit »Kontobeziehungen« für Kreditkunden wird dahin judiziert, dass dann, wenn der Kreditkunde glaubhaft macht, dass er seine Unterlagen wegen Verlustes nicht mehr in seinem Besitz hat, ihm die Bank im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren erneut Mitteilungen über die betreffenden Kontobewegungen zu machen hat (RIS-Justiz RS0019401).

747 6 Ob 255/04z.

748 6 Ob 2296/96g SZ 69/260; *Feil*, GesRZ 1986, 140.

749 1 Ob 2370/96b; 4 Ob 237/02k; RIS-Justiz RS0117020.

750 1 Ob 2370/96b (Anfechtung durch Masseverwalter); *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 32.

751 10 Ob 47/07w; dazu *Graf*, Zak 2007, 243.

752 Offensichtlich sah sich die österreichische Rechtsprechung auch deshalb genötigt, für den Zivilprozess mit einer Beweislastumkehr bei Nähe zum Beweis zu argumentieren, weil die Judikatur einen zivilrechtlichen Informationsanspruch zugunsten des gesetzlichen Unterhaltsberechtigten bislang ablehnte. Das legen etwa auch die Entscheidungen 2 Ob 217/04g oder 10 Ob 47/07w nahe, wonach materielle Informationsansprüche auch mit dem Hinweis bejaht wurden, dass die nicht beweisbelaste Partei im streitigen Verfahren nicht mitwirken müsste. Freilich ist im Bereich des Unterhaltsrechts auf die Gesetzesänderungen durch das neue Auf&StrG zu verweisen. Demnach wurden fast alle gesetzlichen Unterhaltsrechtssachen in das durch den Untersuchungsgrundsatz geprägte außerstreitige Verfahren verschoben. Lediglich der Unterhalt von Ehegatten verbleibt im streitigen Verfahren, sodass im Unterhaltsbereich die Problematik der Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten entschärft ist.

753 Interessanterweise hat hier die dZPO im Zuge des Reformgesetzes 2002 mit einer Sonderbestimmung (§ 643 dZPO) ein eigenes prozessuales Auskunftsrecht geschaffen. Vgl dazu *Prütting* in *FS-Nemeth* 712.

kunftspflicht!) voraus, dass der Klagsanspruch dem Grunde nach zu Recht besteht und eine Interessensabwägung zugunsten des Klägers ausfällt.⁷⁵⁴

196 Die beschriebenen Regelungen des materiellen Rechts können einem *Beweisnotstand* im Verfahren in vielen Fällen *vorbeugen*. Es ist zu begrüßen, dass zu diesem Zweck die sog *erweiterten Auskunftsrechte* außerhalb der ausdrücklichen gesetzlichen Informationsrechte anerkannt werden.⁷⁵⁵ Auch hier sind die Parallelen zu den prozessualen Kooperationspflichten unverkennbar. Auch der »*Rechtsschutzförderung durch Aufklärung*«⁷⁵⁶ liegt die Überlegung zugrunde, dass bestehende materiellrechtliche Ansprüche nicht an unverschuldetem Beweisnotstand scheitern sollen.⁷⁵⁷ Wichtig ist aber hervorzuheben, dass die geschilderten Informationsrechte des materiellen Rechts keine prozessuale Kooperationspflicht schaffen, auch wenn die *ratio* dieser Bestimmungen wohl darin liegt, dass eine Partei nicht am Substantierungsrisiko im Verfahren scheitern soll.⁷⁵⁸ Werden nun aber prozessuale Kooperationspflichten abgeschwächt oder gar verdrängt, wenn es einer Partei kraft zivilrechtlicher Normen möglich ist, vor oder außerhalb des Verfahrens bei ihrem potentiellen Gegner Aufklärung für den Sachvortrag und die Beweisführung zu erlangen? Oder anders: Kann die nicht beweisbelastete Partei sich auf zivilrechtliche Ansprüche ihrer Gegenpartei berufen, die ihre Mitwirkung im Verfahren entbehrlich machen?

197 Der Rückgriff auf allfällige prozessuale Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten ist jedenfalls überall dann notwendig, wenn die materiellrechtlichen Informationspflichten im Einzelfall nicht greifen.⁷⁵⁹ Zahlreiche Anwendungsfälle, bei denen eine auf den Prozess gerichtete Mitwirkung oder Aufklärung der nicht beweisbelasteten Partei in Betracht kommt (zB die Benennung von Zeugen, die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht, die Duldung der körperlichen Untersuchung, die Untersuchung von Augenscheinsgegenständen, die Gewährung des Zutritts zu Liegenschaften, die Pflicht zur Erhaltung von Beweisgegenständen bis zur gegnerischen Beweissicherung etc⁷⁶⁰), lassen sich mit materiellrechtlichen Informationsansprüchen – etwa den diversen Auskunftsansprüchen bzw dem Recht auf Bucheinsicht, Buchauszug, Rechnungslegung oder Herausgabe etc – nicht umfassend lösen.⁷⁶¹ Weiters ist an Rechtsstreitigkeiten in jenen Bereichen zu denken,

754 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 33.

755 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 34.

756 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 34.

757 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 34.

758 *Stürmer*, Aufklärungspflicht 9.

759 *Peters* in FS-Schwab 406; vgl auch *Olzen*, ZZP 98 (1985) 425.

760 Vgl *Stürmer*, ZZP 98 (1985) 240 und 245.

761 *Stürmer*, Aufklärungspflicht 15 [»Es ist nämlich leicht abzusehen, dass ein noch so gut ausgebautes System materieller Informations- und Vorlagepflichten nicht alle im Prozess auftauchenden Problemlagen löst.«].

bei denen das materielle Recht keine Informationsrechte vorsieht, so zB im Deliktsrecht.⁷⁶² Schon daraus geht hervor, dass die Diskussion über die prozessuale Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht keinesfalls überflüssig ist,⁷⁶³ was durch die unter Rz 93 ff referierten Bestimmungen dokumentiert ist, woraus sich eine Kooperation *unabhängig* von materiellrechtlichen Bestimmungen ergibt.⁷⁶⁴ Die Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten erschöpfen sich nach zutreffender Auffassung »im Hinblick auf die Funktion des Zivilprozesses eben gerade nicht in ihren materiellrechtlichen Pflichten; der Zivilprozess sieht vielmehr zusätzliche (prozessuale) Mitwirkungspflichten der Parteien vor, um seiner Aufgabe gerecht zu werden.«⁷⁶⁵ Wohl hat die Lückenhaftigkeit materiellrechtlicher Informationsansprüche die Prüfung einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht (mit) hervorgerufen.⁷⁶⁶

Schließlich machen insb jene Bestimmungen, bei denen materiellrechtliche Informationsrechte mit prozessualen Regelungen verknüpft sind, deutlich, dass sich Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten im Prozess nicht ausschließlich auf materiellrechtliche Regelungen zurückführen lassen. Die unbedingte Vorlagepflicht nach § 304 Abs 1 Z 2 ZPO ist eben nur *ein* Fall, bei der die Vorlage der Urkunde auf keinen Fall verweigert werden darf. Mit dem Hinweis auf das materielle Recht ließen sich aber weder der Fall des § 304 Abs 1 Z 1 ZPO (Bezugnahme) noch die allgemeine Pflicht nach § 303 ZPO erklären, weil diese Pflichten dann gelten, wenn das materielle Recht keine entsprechenden Pflichten kennt. Aus den Normen zur Urkundenvorlage ergibt sich, dass die prozessuale Kooperationspflicht nicht zurücktritt (also nur subsidiär ist),⁷⁶⁷ selbst wenn sich ein Beweisnotstand schon mithilfe des materiellen Rechts beheben bzw vorbeugen ließe.⁷⁶⁸ § 304 Abs 1 Z 2 ZPO dokumentiert vielmehr, dass prozessuale Vorlagepflicht und materielle Pflicht *parallel* laufen können.⁷⁶⁹ Eine *Subsidiarität* zulasten der prozessualen Kooperationspflicht ist

198

762 Peters in FS-Schwab 406.

763 Zutreffend Peters in FS-Schwab 406; Stürner, ZZZ 98 (1985) 245; aA Arens, ZZZ 96 (1983) 21 [»Die Annahme einer prozessualen Aufklärungspflicht ist auch nicht notwendig[...]. Die meisten Fälle [...] lassen sich mit materiellrechtlichen Auskunftspflichten befriedigend lösen«]; Gottwald, ZZZ 92 (1979) 366 f [Entscheidungsanm]; Prütting, Gegenwartsprobleme 137; Prütting in FS-Nemeth 705; ähnlich auch Gerhardt, AcP 169 (1969) 309, der den materiellrechtlichen Ansatz freilich um den Fall der prozessualen Arglist ergänzt.

764 Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 362.

765 Kodek in Fasching/Konecny³ § 305 ZPO Rz 1.

766 Gottwald, ZZZ 92 (1979) 367 [Entscheidungsanm]; Stürner, Aufklärungspflicht 14 f.

767 Vgl Schlosser, JZ 1991, 608.

768 Das gilt auch umgekehrt; vgl Bienert-Nießl (Auskunftspflichten 254), die zutreffend die Ansicht vertritt, dass die prozessualen Pflichten die materiellrechtlichen Bestimmungen in allen Fällen ersetzen können.

769 Daneben ist noch zu beachten, dass mit der Bezugnahme der Prozessordnung auf materielle Pflichten neue prozessuale Pflichten geschaffen werden, die sich in den jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen mannigfaltig von den materiellrechtlichen Pflichten unterscheiden. Zutreffend Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 250 ff, die die Unterschiede *in puncto* Geltendmachung, Anspruchsberechtigter, Erfüllungsmodalität und Rechtsfolge plastisch herausarbeitet.

daraus gerade nicht abzuleiten. Eine solche Subsidiarität wird durch das Institut der Editionsklage nach Art XLIII EGZPO widerlegt, weil das Gesetz zwei gleichwertige Alternativen anbietet (arg »kann auch ... gefordert werden«). Die materiellrechtliche Pflicht kann *neben* einem anhängigen Prozess selbständig eingeklagt werden.⁷⁷⁰ Im Sinn dieser Doppelgleisigkeit ist die Aussage in der Entscheidung 1 Ob 2370/96b zu teilen, wonach zivilrechtliche Informationspflichten nicht bloß deshalb verneint werden könnten, weil der Kläger die angestrebte Auskunft allenfalls aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs erlangen könnte.⁷⁷¹ Das Gesagte gilt *vice versa* und damit auch für die prozessualen (somit öffentlich-rechtlichen) Kooperationspflichten.

199 Aus dem Gesagten ist somit abzuleiten, dass materiellrechtliche Ansprüche prozessuale Kooperationspflichten weder einschränken noch verdrängen. Aus der ZPO kann ein derartiger Vorrang des materiellen Rechts bzw eine Subsidiarität der prozessualen Aufklärungspflicht nicht zwingend abgeleitet werden. Das hätte eine umständlichere Rechtsdurchsetzung zur Folge. Es liegt daher ein *Wahlrecht* der beweisbelasteten Partei vor, entweder den Weg über materiellrechtliche Ansprüche zu gehen oder sich auf prozessuale Kooperationspflichten zu stützen.⁷⁷² Die ZPO ordnet nämlich *zusätzliche* prozessuale Pflichten parallel zu den materiellrechtlichen Pflichten an.⁷⁷³ Tatsächlich haben die jeweiligen Ansprüche ähnliche Voraussetzungen; sie unterscheiden sich aber deutlich in den Folgen.⁷⁷⁴ Bei Bejahung eines materiellrechtlichen Anspruches kann ein durchsetzbarer Titel geschaffen werden, während ein prozessualer Aufklärungsanspruch inzident, also ohne kostenintensive und zeitraubende Umwege, geltend gemacht werden kann.⁷⁷⁵ Wenngleich es bei einem gesicherten materiellrechtlichen Anspruch für eine Partei durchaus von Vorteil sein kann, sich die nötigen Informationen auf dem Wege eines eigenen Verfahrens zu beschaffen, anstatt sich auf das dünne Eis der prozessualen Kooperationspflichten zu begeben, müsste es ihr wohl überlassen bleiben, die Informationsansprüche im eigentlichen Prozess nur inzident zu verfolgen. Hinzu tritt der von *Stürner* entwickelte Gedanke, dass die Interessenslage vor

770 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 253, die auch darauf hinweist, dass prozessuale Pflichten schon wegen ihrer beschränkten Zielsetzung (zum Zweck der Beweisführung) materiellrechtliche Pflichten nicht verdrängen können.

771 Mit der zutreffenden Begründung, dass sich ein und derselbe Lebenssachverhalt nach verschiedenen, sich aus bestimmten Sachgebieten ergebenden Gesichtspunkten zum Gegenstand mehrerer gesetzlicher Regelungen machen lässt, auch wenn diese auf verschiedenen kompetenzrechtlichen Grundlagen beruhen.

772 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 258 f [»stehen [...] einschränkungslos nebeneinander«] und 362; *Rassi*, EF-Z 2011, 17; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 266 ZPO Rz 10.

773 *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 251) mit dem Hinweis, dass etwa § 184 ZPO keine materiellrechtliche Auskunftspflicht voraussetzt.

774 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 250 ff.

775 *Lorenz*, ZZP 111 (1998) 57.

und im Prozess unterschiedlich ist.⁷⁷⁶ Die prozessuale Aufklärungspflicht muss wegen ihrer Endgültigkeit daher strukturell umfassender und weitgehender sein als materiellrechtliche Pflichten, die nur der Vorbereitung und Erleichterung des künftigen Prozesses dienen. Es ist auch wegen diesen Erwägungen abzulehnen, Auskunftsansprüche ausschließlich im materiellen Recht zu verankern.⁷⁷⁷

IX. Zusammenfassung

Ausgangssituation ist die Konstellation, bei der es dem Beweisführer nicht oder kaum möglich ist, seiner Behauptungs- und Beweislast im Prozess nachzukommen, weil er außerhalb des von ihm zu behauptenden und nachzuweisenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während dem nicht beweisbelasteten Gegner eine Aufklärung bzw Mitwirkung möglich und zumutbar ist. Prozessuale Kooperationspflichten der nicht beweisbelasteten Partei sollen verhindern, dass berechnete, materiellrechtliche Ansprüche an unverschuldeten Behauptungs- und Beweisschwierigkeiten scheitern. Diese Pflichten betreffen die erforderliche Aufklärung über prozesserhebliche Tatsachen und die Mitwirkung im Beweisverfahren. Weder der (abzulehnende) Grundsatz *nemo contra se edere tenetur* noch alternative Konzepte zur Behebung einer Beweisnot können den prozessualen Kooperationspflichten entgegengehalten werden.

200

Der Judikatur zur Beweisnähe liegt im Regelfall die hier zu untersuchende Ausgangssituation zugrunde, bei der sich der Beweisführer in Beweisnot befindet und es der gegnerischen, nicht beweisbelasteten Partei möglich und in vielen Fällen zumutbar ist, den erforderlichen Beitrag zur Aufklärung zu leisten bzw im Beweisverfahren entsprechend mitzuwirken. Die von der Rechtsprechung dafür für möglich gehaltene Beweislastumkehr ist abzulehnen. Ihr liegt kein haltbares dogmatisches Konzept zugrunde. Die Judikatur übersieht dabei, dass die Verteilung der objektiven Beweislast eine Form von gesetzlicher Risikozuteilung ist, mit der der Gesetzgeber das Risiko der tatsächlichen Unaufklärbarkeit verteilt. Diesem Grundsatz widerspricht aber eine vom Einzelfall geprägte Änderung dieser Risikozuweisung. Die Risikoverteilung der objektiven Beweislast bestimmt sich richtigerweise nicht durch die Nähe zur prozessualen Aufklärungsmöglichkeit, sondern vielmehr durch die Nähe zur materiellen Rechtsfolge. Die Judikatur zur Beweisnähe kann nutzbar gemacht werden, insoweit sie eine Verpflichtung der nicht beweisbelasteten Partei

201

⁷⁷⁶ Stürner, Aufklärungspflicht 16.

⁷⁷⁷ IdS auch Schlosser, JZ 1991, 608.

anerkennt, über die entscheidungsrelevanten Umstände in ihrer Sphäre aufzuklären, wenn ihr das zumutbar ist. Damit wird zum einen eine Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei im Verfahren bejaht, zum anderen wird vertreten, dass die Zumutbarkeit im Allgemeinen und schützenswerte Geheimhaltungsinteressen im Besonderen eine solche Kooperation begrenzen. Verweigert die nicht beweisbelastete Partei die ihr mögliche und zumutbare Aufklärung oder Mitwirkung trotz Beweisnähe, kann sich das zwar nicht auf die Verteilung der Beweislast, dafür aber in der Beweiswürdigung auswirken.

202 Allein aus der konkreten Wahl der Stoffsammlungsmaxime kann noch nicht auf das (Nicht)Bestehen einer prozessualen Kooperationspflicht geschlossen werden. Ebenso wenig wie das *nemo tenetur*-Prinzip auf das Bestehen des Verhandlungsgrundsatzes gestützt werden kann, folgt aus dem Untersuchungsgrundsatz, dass die Parteien *deshalb* verpflichtet sein sollen, sich bei der Findung der Entscheidungsgrundlagen gegenseitig zu unterstützen. Hingegen ist es für die Frage nach den prozessualen Kooperationspflichten entscheidend, ob der Zweck des Prozesses darauf abzielt, die materielle Wahrheit zu erforschen, um eine möglichst richtige Entscheidungsgrundlage zu erlangen. Der österreichische Zivilprozess ist zentral vom Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung geprägt. Um das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Wahrheitsprüfung umzusetzen und das Prozessziel der materiellen Wahrheitsfindung zu erreichen, ist es erforderlich, dass auch die Parteien dazu verpflichtet sind, zur wahrheitsgemäßen Stoffsammlung beizutragen. Diese Kooperationspflichten der Parteien fügen sich damit in den Prozess österreichischer Prägung ein, der sich mit dem Begriff der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* gut beschreiben lässt, die davon geprägt ist, dass die Stoffsammlung in Zusammenarbeit eines aktiven Richters *mit* den sich gegenseitig unterstützenden Parteien erfolgt.

203 Zahlreiche Normen zeigen, dass die ZPO sowohl von einer allgemeinen Aufklärungspflicht als auch von einer umfassenden Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei ausgeht. Eine *allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht* findet ihre Grundlage in § 184 ZPO und wird durch weitere Bestimmungen, insb durch § 178 Abs 1 iVm § 82 ZPO oder § 258 Abs 2 ZPO ergänzt, abgesichert und abgerundet. Daneben sind die Regeln des Beweisverfahrens, die nahezu alle Beweismittel abdecken, davon geprägt, dass die nicht beweisbelastete Partei zur *Mitwirkung verpflichtet* ist. Die ZPO will damit eine Passivität der nicht beweisbelasteten Parteien unterbinden. Aufgrund einer Gesamtanalogie ist über die vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle hinaus von einer *grundsätzlichen* und *umfassenden* Pflicht zur Aufklärung und Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei auszugehen. Dem *nemo tenetur*-Prinzip wird damit eine Absage erteilt. Durch Kooperationspflichten können Beweisschwierigkeiten des Beweisführers deutlich abgemildert werden, wenngleich die Kooperation hier nicht grenzen- und bedingungslos zu erfolgen hat. Geheimhaltungsinteressen können diese beispielsweise beschränken.

Ebenso wie die prozessualen Kooperationspflichten sichert auch die aktive Stellung des Richters die Erforschung der materiellen Wahrheit und dient der Vermeidung einer Beweisnot. Durch die starke Stellung des aktiven Richters und die Pflicht der Prozessparteien zur gegenseitigen Unterstützung soll dem Ziel der Wahrheitserforschung bestmöglich entsprochen werden. Die Kooperationspflichten der Parteien und die richterliche Sachverhaltsaufklärung hängen eng miteinander zusammen und sind zwei Seiten derselben Medaille. Das Gesetz räumt dem Richter (fast) umfassende Befugnisse zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung ein. Die *Richtermacht* zur Wahrheitsforschung wird zur *amtswegigen Pflicht*, wenn es einer Partei nicht möglich ist, ihre Beweislast zu erfüllen. Im Sinne eines beweglichen Systems ist der Richter eher gehalten, Beweise amtswegig aufzunehmen, je weniger die Parteien in der Lage sind, ihrer Beweislast nachzukommen. Je stärker der Aufklärungsbeitrag des Gerichts ist, desto weniger ist die beweisbelastete Partei auf die Mitwirkung ihres Gegners angewiesen. Die Bejahung der Pflicht des Richters spricht dafür, dass auch die Parteien zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet sind, zumal sich beides auf den zentralen Zweck der Wahrheitsermittlung zurückführen lässt.

204

Ein absolutes Verbot von ausforschenden Beweisaufnahmen ist durch die ZPO nicht gedeckt. Gerade die gebotene Wahrheitsforschung erfordert die (beschränkte) Zulässigkeit des Ausforschungsbeweises. Ein der Ermittlung der richtigen und umfassenden Entscheidungsgrundlage verpflichtetes Verfahren ist notwendigerweise von ausforschenden Aspekten geprägt, trägt ein Ausforschungsbeweis doch gerade zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des dem Streitgegenstand zugrundeliegenden Lebenssachverhalts bei. Damit liegt dem Ausforschungsbeweis ebenso wie der richterlichen Wahrheitsforschung das Prinzip der *materiellen Wahrheitsforschung* zugrunde. Im Rahmen eines schlüssigen Vortrags können Beweiserhebungen auch aufgrund ausforschender Beweisanträge aufgenommen werden, wenn diese geeignet sind, einen Beitrag zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des dem Streitgegenstand zugrunde liegenden Lebenssachverhalts zu leisten. Durch die Relativierung des Verbots des Ausforschungsbeweises kann die beweisbelastete, aber schlecht informierte Partei bereits eine erste Hilfe erlangen, sofern diese in der Lage ist, zumindest geschätzte oder vermutete Behauptungen aufzustellen. Mit der (beschränkten) Zulässigkeit eines Ausforschungsbeweises lässt sich die hier vertretene Pflicht zur gegenseitigen Kooperation der Parteien besser begründen. Auch diese ist darauf gerichtet, dass es der beweisbelasteten Partei *durch den Prozess* ermöglicht wird, Kenntnis der tatsächlichen Umstände zu erlangen, um damit ihre berechtigten Ansprüche durchzusetzen oder unberechtigte Ansprüche ihres Gegners abzuwehren.

205

Das Verbot der Beweisvereitelung innerhalb eines schon anhängigen Verfahrens hat keine eigenständige Bedeutung. Es lässt sich bereits mit der prozessualen Kooperationspflicht erklären. Verhält sich die nicht beweisbelastete Partei bezüglich

206

der in ihrer Sphäre liegenden Umstände und Beweise in einem Verfahren beweisvereitelnd, liegt damit stets ein Verstoß gegen prozessuale Kooperationspflichten vor, das auf der Ebene der Beweiswürdigung vom Tatrichter sanktioniert werden kann.

- 207 Materiellrechtliche Ansprüche schränken prozessuale Kooperationspflichten nicht ein. Es besteht kein derartiger Vorrang des materiellen Rechts bzw eine Subsidiarität der prozessualen Aufklärungspflicht. Vielmehr können die Parteien wählen, entweder den Weg über materiellrechtliche Ansprüche zu gehen oder sich auf prozessuale Kooperationspflichten zu stützen. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind durchaus unterschiedlich. Bei Bejahung eines materiellrechtlichen Anspruchs kann ein durchsetzbarer Titel geschaffen werden, während ein prozessualer Aufklärungsanspruch ohne Umweg inzident geltend gemacht werden kann.

□

§ 2 Grenzen der Kooperationspflichten bei Unternehmensgeheimnissen

I. Allgemeines zur Beschränkung der Wahrheitsforschung

Es wurde bisher die zentrale Bedeutung der materiellen Wahrheitsforschung im Zivilprozess aufgezeigt, auf der die Kooperationspflichten der Parteien fußen. Das Prozessrecht ist aber auch davon geprägt, dass der Wahrheitsermittlung Grenzen gesetzt sind:⁷⁷⁸ So darf zum Beispiel das Privatwissen des Richters nicht nutzbar gemacht werden, wenn es auf einer zufälligen individuellen Wahrnehmung des Entscheidungsorgans beruht.⁷⁷⁹ Dem Gericht ist es nicht erlaubt, den Urkunden- und Zeugenbeweis aufzunehmen, wenn sich beide Parteien dagegen aussprechen (§ 183 Abs 2 ZPO), worin sich »*ein letzter Rest der Verhandlungsmaxime (im Sinne einer Herrschaft der Parteien über den Prozessstoff) erhalten hat*«. ⁷⁸⁰ Auch die Prozessführung durch einen Abwesenheitskurator, der in der Regel wenig Kenntnis über den Streitgegenstand hat, nimmt im Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch der anwesenden Partei eine (tatsächliche) Einschränkung der Wahrheitsermittlung in Kauf. Zudem schränkt die Präklusionsvorschrift des § 279 Abs 2 ZPO die

208

778 Zutreffend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 282.

779 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 855.

780 *Bajons*, NZ 1991, 52. Zurecht weist diese Autorin darauf hin, dass diese Bestimmung nicht primär die Wahrheitsfindung verhindern will, sondern schutzwürdige Interessen der Parteien an der Geheimhaltung ihrer privaten Lebensumstände wahren will. Diese Schlussfolgerung deckt sich auch mit den Materialien. Vgl dazu die Ausführungen des Permanenzausschusses (Mat I 776): »Es sind doch Fälle denkbar, in welchen beide Parteien mit gutem Grunde Urkunden, wiewohl dieselben mit dem Rechtsstreite in Zusammenhang stehen mögen, nicht vor das Gericht ziehen wollen. Dasselbe gilt auch von Zeugen. 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 zulässig bleiben, dass die Streitteile gewisse Kampfesmittel ausschließen, wenn beide es so wollen.«

Und weiter (unter Bezugnahme auf die Regierungsvorlage): »Es ist übrigens klar, dass die Ermittlung der materiellen Wahrheit ein so weitgehendes Eingreifen des Richters, wie es die Regierungsvorlage vorschlägt, gar nicht erfordert. Es bleibt ja dem Richter unbenommen, die Parteien auf Urkunden und Zeugen, auf die sie sich nicht berufen, in ihrem Interesse aufmerksam zu machen, und es wird dann gewiss einer der Parteien einen Antrag auf Produzierung der Urkunden oder Vorladung der Zeugen stellen. Tut sie es dennoch nicht, dann liegen offenbar Gründe vor, welche unbedingt beachtet werden müssen und die ein anderweitiges Eingreifen des Richters ausschließen.«

Wahrheitspflicht zugunsten des Gebots einer Entscheidung in angemessener Zeit ein,⁷⁸¹ weil ein bereits nach § 279 Abs 1 ZPO an sich schon präkludierter Beweis nur mehr benützt werden darf, »wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.« Auch die Möglichkeit von Versäumungsurteilen steht »in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Wahrheitsfindung«,⁷⁸² zumal das Vorbringen der nicht säumigen Partei (immerhin) »für wahr zu halten ist«, was nur dann nicht gilt, wenn es »durch die vorliegenden Beweise widerlegt wird.«⁷⁸³ Ebenso könnte vertreten werden, dass jene Bestimmungen, die die Zurückweisung von verspätetem Vorbringen bzw Beweisanträgen normieren (vgl zB § 179 Satz 2, § 275 Abs 2 ZPO) oder die Durchführung von Beweisen vom Erlag eines Kostenvorschusses abhängig machen (§ 332 und § 365 ZPO), die Wahrheitsermittlung einschränken.⁷⁸⁴

209

Im hier zu untersuchenden Komplex der prozessualen Kooperationspflichten rechtfertigen Geheimhaltungsregeln (Aussage- und Vorlageverweigerungsrechte) Einschränkungen in der Wahrheitserforschung, wenngleich sogar hier wahrheitsfördernde Komponenten zu erkennen sind.⁷⁸⁵ Kann die Mitwirkung der davon betroffenen Partei nicht zugemutet werden, sind der Kooperationspflicht Grenzen gesetzt.⁷⁸⁶ Das kann bei gesetzlich anerkannten Geheimhaltungsinteressen der Fall sein, die somit die Kooperationspflicht beschränken.⁷⁸⁷ Jedenfalls zeigen Regeln zum Schutz von Geheimhaltungsinteressen, dass das Prozessrecht »keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis will.«⁷⁸⁸ Weigerungsrechte zum Schutz geheimhaltungsbedürftiger Informationen sind das Korrelat zu prozessualen Kooperationspflichten.⁷⁸⁹ Damit erkennt der Gesetzgeber berechnete Interessen des

781 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 282.

782 *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*³ § 396 ZPO Rz 4.

783 Der Umstand, dass in jenen Bereichen des Zivilprozesses, die von öffentlichen Interessen besonders stark geprägt sind (Ehesachen und Sozialrechtsangelegenheiten), das Versäumungsurteil ausgeschlossen ist, korreliert mit dem dort stärker geltenden Aspekt des Untersuchungsgrundsatzes, der das Prinzip der materiellen Wahrheitsforschung stärker betont. Vgl auch *Krammer* in *Fasching/Konecny*³ § 365 ZPO Rz 9.

784 Dem ließe sich jedoch auch entgegenhalten, dass gerade diese Regeln als Sanktionsnormen die Parteien motivieren sollen, ihr Vorbringen »zeitgerecht und vollständig« (vgl § 178 Abs 2 ZPO) zu erstatten bzw (§ 332 und § 365 ZPO) als Beschleunigungs- und Konzentrationsmittel wirken (*Fasching*, Lehrbuch² Rz 942) und damit die Wahrheitserforschung fördern sollen. Ähnliches gilt für die in manchen Verfahren angeordnete Eventualmaxime.

785 Nach zutreffender Ansicht sollen Aussageverweigerungsgründe vor einer Falschaussage bewahren und dienen somit *auch* dem Schutz der Wahrheitsfindung in der Rechtspflege (*Fasching*³ III, 408; *Simotta*, ÖJZ 1997, 487; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 2 und 6).

786 Vgl bereits von *Hippel*, Wahrheitspflicht 306, 360 f, 374, uva.

787 4 Ob 105/90; OLG Wien 5 R 183/14i [*»allerdings ist die Zumutbarkeit der Mitwirkung bzw Aufklärung zu verneinen, wenn die Partei dadurch ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis offenbaren müsste«*]; *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 314 und 364; *Garber*, ÖJZ 2012, 650; *Gottwald*, ZZZ 92 (1979) 366 [Entscheidungsanm]; *McGuire*, Schutz 3; *Kürschner*, NJW 1992, 1805.

788 *Kodek*, ÖJZ 2001, 287. Vgl auch *Bajons*, NZ 1991, 52 zu § 183 Abs 2 ZPO, wonach den Parteien damit ein erweiterter Schutz ihrer Privatsphäre gewährleistet werden sollte.

789 *Binder*, ZZZ 122 (2009) 222; *G. Wagner*, JZ 2007, 715.

Prozessgegners an, die dessen Pflicht zur Kooperation einschränken können.⁷⁹⁰ Nach zutreffender Ansicht kann das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht des Beweisbelasteten auf Zugang zu den erforderlichen Beweismitteln (»Recht auf Beweis«, vgl Rz 80) bei Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden.⁷⁹¹ Im Hinblick auf ihren grundrechtlichen Schutz (siehe Rz 234 ff) sind Unternehmensgeheimnisse daher geeignet, die Kooperationspflichten der nicht beweisbelasteten Partei einzuschränken.

Dem entspricht die unionsrechtliche Rechtsprechung. Der EuGH anerkennt im Allgemeinen die Zulässigkeit von Sanktionen bei Verstößen gegen die gebotene verfahrensrechtliche Mitwirkung einer Partei. Der Gerichtshof betont aber auch, dass solche Sanktionen nicht offensichtlich außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen dürfen, das darin besteht, einen wirksamen Verfahrensablauf im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Rechtspflege zu gewährleisten.⁷⁹² Aus der Judikatur ist abzuleiten, dass gesetzlich geschützte Geheimhaltungsinteressen eine Verweigerung der Mitwirkung rechtfertigen.⁷⁹³

Ob widerstreitenden Geheimhaltungsinteressen der Vorrang gegenüber der Erforschung des wahren und vollständigen Sachverhalts eingeräumt wird, kann dabei nur nach einer *Interessensabwägung* beantwortet werden,⁷⁹⁴ zumal eine solche Abwägung auch sonst eine entscheidende Voraussetzung für das Eingreifen einer prozessualen Kooperationspflicht ist.⁷⁹⁵ Dabei lässt die Prozessordnung kein stimmiges Konzept erkennen, sondern nimmt diese Interessensabwägung teilweise selbst vor, zum Teil bleibt es aber dem Rechtsanwender überlassen, ob er von einem höherrangigen Gut auszugehen hat, das die Mitwirkung und damit die Förderung der materiellen Wahrheit einschränken kann. Im Zentrum des zweiten Teils

210

790 Umso mehr sind die Pflichten unbeteiligter Dritter im Verfahren eingeschränkt. Sie müssen etwa keinen Anschein dulden »auch wenn diese Rechtslage im Einzelfall der Wahrheitsforschung sehr hinderlich sein kann« (Gitschthaler in *Fasching/Konecny*³ § 369 ZPO Rz 5). Ihre Pflicht zur Vorlage von Urkunden (§ 308 ZPO) ist enger als die entsprechende Mitwirkungspflicht der Parteien. Schließlich stehen einem Zeugen mehr (ausdrückliche) Aussageverweigerungsgründe als einer Partei zu, können sie auch bei Gefahr eines vermögensrechtlichen Nachteils die Beantwortung von Fragen verweigern.

791 Vgl *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 303 ZPO Rz 12.

792 EuGH 2. 4. 2009, C-394/07, *Gambazzi/DaimlerChrysler ua* Rz 32 (für den Fall eines Prozessausschlusses einer Partei, die einen Vorlageauftrag missachtet).

793 EuGH 2. 4. 2009, C-394/07, *Gambazzi/DaimlerChrysler ua* Rz 43.

794 Ähnliches wird zur Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel judiziert. Dem Beweisführer obliegt der Beweis, dass er das rechtswidrig erlangte Beweismittel bei sonstiger Undurchsetzbarkeit seines Anspruchs benötigt und dass sein verfolgter Anspruch und seine subjektiven Interessen höherwertig sind, als die bei der Erlangung des Beweismittels verletzte Privatsphäre des Prozessgegners (dazu 6 Ob 190/01m SZ 74/168). Vgl auch 16 Ok 39/05 zur gebotenen Interessensabwägung bei einem wettbewerbsrechtlichen Auskunftsanspruch dem die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen entgegengehalten wird.

795 Vgl etwa *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 359 ZPO Rz 4 [Vorauslage]; *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30; *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190.

der Arbeit soll der Umgang mit Unternehmensgeheimnissen stehen und geprüft werden, inwieweit diese die Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei unzumutbar machen bzw deren Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten einschränken.

II. Der Begriff des Unternehmensgeheimnisses

A. Fehlende Legaldefinition bis zur UWG-Novelle 2018

211 Wenn der Gesetzgeber von einem zu schützenden Geheimnis eines Unternehmers (bzw Unternehmens) ausgeht, ist in der Regel von einem »Betriebs- und Geschäftsgeheimnis«,⁷⁹⁶ »Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis«,⁷⁹⁷ »Geschäfts- und Betriebsgeheimnis«,⁷⁹⁸ »Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis«,⁷⁹⁹ »Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis«⁸⁰⁰ oder »Kunst- oder Geschäftsgeheimnis«⁸⁰¹ die Rede. Wenngleich Unternehmensgeheimnisse nach zahlreichen Bestimmungen geschützt sind,⁸⁰² war dem Gesetz eine Legaldefinition für die genannten Begriffe der österreichischen Rechtsordnung bis zur UWG-Novelle 2018 nicht zu entnehmen.⁸⁰³ Im Folgenden wird zunächst die bisherige Rechtslage dargestellt, im Anschluss die Definition des Art 39 TRIPS-Übereinkommen bzw in der *Know-how*-RL skizziert, die schließlich mit § 26b UWG umgesetzt wurde.⁸⁰⁴

796 § 351j Abs 4 ASVG; § 55 Abs 2 Chemikaliengesetz.

797 § 119 Abs 2 PatG 1970; § 33 Abs 1 Biozid-Produkte-Gesetz; § 17 Abs 2 Flughafenentgeltegesetz; § 47 Abs 2 Postmarktgesetz; § 125 Abs 2 TKG.

798 § 67e AVG; § 10b Abs 2 WettbG; § 74 KartellG 2005; § 115 Abs 4 ArbVG; § 12 Abs 5, § 15 Abs 2 und § 18 Abs 2 Rechnungshofgesetz; § 6 Abs 3, § 7 Abs 1 Umweltinformationsgesetz.

799 § 38 Abs 6 Gebrauchsmustergesetz; § 47 Abs 1 KartellG 2005; §§ 11 und 26 UWG; § 81 Abs 7 PatG 1970; § 122 Abs 1 Z 4 ArbVG; § 34 Abs 2 Abfallwirtschaftsgesetz; § 15 Z 4 Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz; § 15 Abs 3 lit d BAG; § 25 ERP-Fonds-Gesetz; § 82 lit e GewO; § 225 Abs 1 Z 4 Landarbeitsgesetz; § 12 Mühlenstrukturverbesserungsgesetz; § 12 Abs 2 Z 3 Mutterschutzgesetz; § 67 Abs 4 Saatgutgesetz; § 122 Abs 1, § 123 Abs 1, § 124 StGB; § 23 Abs 1 Tierärztegesetz; § 10 Abs 4 Umweltförderungsgesetz; § 24 Wasserbautenförderungsgesetz; § 27 Abs 2 Wertpapierbereinigungsgesetz; § 26 Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz.

800 § 40 Abs 2, § 49 Abs 1 Z 2 AVG; § 171 Abs 1 lit c BAO; § 151 Abs 2 Gaswirtschaftsgesetz; § 356 Abs 2 GewO.

801 § 305 Z 4 und § 321 Abs 1 Z 5 ZPO.

802 Vgl die ausführliche (aber dennoch nicht vollständige) Aufzählung bei *Lewis* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 122 Rz 14: § 225m AktG; § 20 BEinstG; § 38 B-GlBG; § 17 Abs 1 BRZ-GmbH-G; § 11 ElWOG 2010; § 21 Abs 1 Fernwärmeförderungsg; § 8 Filmförderungsg; § 22 Abs 3 FTFG; § 10 Abs 1 GenRevG 1997; § 8 Abs 9 Gewerbestrukturverbesserungsg; § 45 Abs 6 GmbH-G; § 61 Abs 1 HeimArbG; § 13 PreisG; § 14 Abs 2 RHG; § 67 Abs 4 SaatG; § 6 Abs 8 StärkeförderungsG; § 46 TierärzteG; § 16 Umweltfondsg; § 23 Abs 7 VAG; § 17 VersG; § 24 WBFG; § 97 Abs 1 und § 120 Abs 4 WRG; § 27 Abs 2 Wertpapierbereinigungsg; § 91 Abs 2 und § 177 WTbG; § 23 Abs 2 ZDG.

803 *Garber*, ÖJZ 2012, 640.

804 Die Habilitationsschrift wurde vor der Regierungsvorlage zur UWG-Novelle 2018 eingereicht. Für die Drucklegung wurden die damit verbundenen Änderungen nachträglich eingebaut.

Der österreichische Gesetzgeber erachtete eine Legaldefinition bisher als entbehrlich, weil er an einen bekannten Begriff anknüpft. So erklären die Materialien zum UWG 1923⁸⁰⁵ die unterlassene Legaldefinition von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses damit, dass dieser sprachübliche Ausdruck in die Gesetzgebung Eingang gefunden habe, und verweisen dabei auf die GewO und die ZPO. Der Ausschussbericht bezieht sich darauf und definiert wie folgt: »Im Wesen wird man als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis jene einem Geschäftsbetrieb eigentümlichen, nicht offenkundigen Tatsachen bezeichnen können, die, wie erkennbar zum Ausdruck gekommen ist, nicht offenbart werden sollen und an deren Nichtoffenbarung der Inhaber des Unternehmens ein Interesse hat.«⁸⁰⁶ In den Materialien zum StRÄG 1965 werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ähnlich definiert, nämlich als »eine Tatsache, die nur einer bestimmten, nicht allzu großen Zahl von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich ist und die nach dem Willen des Berechtigten auch nicht über diesen Kreis hinausgehen soll«, wobei sich das Geheimnis »auf geschäftliche Verhältnisse bezieht.«⁸⁰⁷ Die Materialien zum Strafgesetzbuch 1975 verweisen darauf und ebenso auf die Darstellung in der Literatur und Judikatur zu § 11 UWG.⁸⁰⁸ Auch die Materialien jüngerer Gesetze beinhalten eine ähnliche Definition. In der Regierungsvorlage zum TKG 2003 heißt es etwa: »Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, die nur einem eng begrenzten, im Wesentlichen geschlossenen Personenkreis bekannt und für andere nicht oder nur schwer zugänglich sind. Der Berechtigte muss an der Geheimhaltung jedenfalls ein schutzwürdiges wirtschaftliches und objektiv berechtigtes Interesse haben.«⁸⁰⁹

212

Anzukuipfen ist zunächst am allgemeinen Begriff eines *Geheimnisses* im Rechtssinn, worunter man eine *Tatsache* versteht, die entweder nur dem Geheimnisträger selbst oder doch jedenfalls nur einem verhältnismäßig *beschränkten Personenkreis* bekannt ist und nach dem *Interesse* und dem *Willen*⁸¹⁰ des *Geheimnisschützten* über diesen Kreis hinaus *nicht bekannt werden soll*.⁸¹¹ Es muss sich also um schwer zugängliche (interne) Tatsachen handeln,⁸¹² deren Offenbarung oder

213

805 ErläutRV 464 BlgNR 1. GP 12.

806 ErläutAB 913 BlgNR 1. GP 5.

807 ErläutRV 650 BlgNR 10. GP 7 f.

808 ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 263.

809 ErläutRV 128 BlgNR 22. GP 23.

810 In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass ein aktueller Wille nicht zu fordern ist; der Geheimnisberechtigte darf aber auf die Entstehung und den Fortbestand seines Geheimnisses nicht verzichten haben (*M. Burgstaller*, Geheimnisschutz 11; *Lewisch* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 122 Rz 15).

811 5 Os 300/29 SSt 9/57; 1 Os 615/48 EvBl 1949/430; 13 Os 130/10g; RIS-Justiz RS0065977 (Bankgeheimnis).

812 4 Ob 114/91; 3 Ob 281/01x; 9 Ob 34/12h.

Verwertung geeignet ist, ein *berechtigtes Interesse des Berechtigten* zu verletzen.⁸¹³ Der *Geheimhaltungswille* kann nicht nur ausdrücklich erklärt werden, sondern sich auch aus den Umständen ergeben.⁸¹⁴

214 Das bedeutet, dass offenkundige (allgemein bekannte) Tatsachen⁸¹⁵ (vgl § 1 Abs 1 Satz 2 DSGVO),⁸¹⁶ aber auch solche Tatsachen, die – etwa durch Internetrecherche oder Literaturstudium – leicht zugänglich sind,⁸¹⁷ nicht unter den Geheimnisbegriff fallen.⁸¹⁸ Für die Rechtswirkungen ist es unerheblich, ob es sich um ein inländisches oder ausländisches Geheimnis handelt.⁸¹⁹

215 Insoweit diese internen Informationen *unternehmensbezogene*⁸²⁰ Tatsachen (und Erkenntnisse) kommerzieller oder technischer Art betreffen, an deren Nichtoffenbarung der Geschäfts- oder Betriebsinhaber ein erkennbares *wirtschaftliches* Interesse hat, spricht man von *Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*.⁸²¹ Nach der in der Lehre⁸²² und der Rechtsprechung⁸²³ weit verbreiteten Standarddefinition versteht man unter Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen somit unternehmensbezogene Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, die nur einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich sind, sowie nach dem Willen des Berechtigten nicht über den Kreis der Eingeweihten hinausdringen sollen, wobei der Unternehmer an der Nichtoffenbarung dieser Tatsachen ein wirtschaftliches Interesse haben muss.

813 3 Ob 281/01x.

814 4 Ob 394/86; 4 Ob 55/14p; RIS-Justiz RS0079599 (T1).

815 *Lewisch in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 122 Rz 11.*

816 Diese Bestimmung verneint ein Geheimhaltungsinteresse an allgemein verfügbaren Daten.

817 *M. Burgstaller*, Geheimnisschutz 13. In der Entscheidung 4 Ob 21/15i wurde bei einem – aus einer einfachen und dem Dritten bekannten Struktur (Firma und jeweils aktuelle Adresse des Unternehmens) – bestehenden Passwort das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses verneint, weil sich der Dritte das aktuelle Passwort auf einfache Weise (Ermittlung der korrekten Adresse) selbst beschaffen konnte.

818 Das bedeutet aber nicht, dass ein Geheimnis schon deshalb nicht vorliegt, weil die Tatsachen (erst) in der Zukunft der Allgemeinheit bekannt werden. Das Verwaltungsgericht Wien beurteilte etwa die Innenabmessung von Straßenbahnen, die ab der Auslieferung der ersten Garnitur ab 2018 allgemein wahrnehmbar wurde, für ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren zu Beginn des Jahres 2015 als Geschäftsgeheimnis. Vgl LVwG Wien VGW-123/0777/3442/2014.

819 *M. Burgstaller*, Geheimnisschutz 43; *Lewisch in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 122 Rz 12.*

820 8 ObA 122/01a; 9 ObA 66/03a; 9 ObA 7/04a RdW 2005, 437 [*Mayr*]; *M. Burgstaller*, Geheimnisschutz 11; *Garber*, ÖJZ 2012, 641; *Ploch-Klumpf*, Schutz 6.

821 *M. Burgstaller*, Geheimnisschutz 11; *Frauenberger in Fasching/Konecny³ § 321 ZPO 50; Kodek in Fasching/Konecny³ § 305 ZPO Rz 11.* 9 Os 7/70 JBl 1971, 205; 4 Ob 114/91 SZ 65/23; 9 ObA 27/93; 9 ObA 338/00x; 4 Ob 55/14p; RIS-Justiz RS0065977, RS0079599, RS0079583.

822 *M. Burgstaller*, Geheimnisschutz 11; *Hanslik*, Parteienghör 70; *Kadecka*, UWG 142 ff; *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz 10; *Probst*, Wirtschaftsverrat 42 f, 54 ff; *Schneider*, ÖJZ 2013, 149; *Schumacher*, ÖBA 2007, 203; *Seiler*, Schutz 18 ff, 135 ff. Ähnlich auch *Fasching^t III*, 427. Aus der umfassenden deutschen Literatur siehe zB *Lieberknecht*, WuW 1988, 833.

823 Os 827/26 SSt 7/6; 5 Os 300/29 SSt 9/57; 9 Os 7/70 SSt 41/32; 9 Os 50/71 SSt 42/37; 9 ObA 338/00x; 9 ObA 7/04a; 4 Ob 55/14p; RIS-Justiz RS0079599.

Dieses Interesse muss sich aus der Eigenschaft des Geschäfts- oder Betriebsinhabers als im Geschäftsverkehr Tätigem ergeben und besteht darin, die Verschlechterung der geschäftlichen Position im *wirtschaftlichen Wettbewerb* zu vermeiden.⁸²⁴ Nach einem verbreiteten Diktum muss es sich somit um Daten handeln, die ein Unternehmen anderen (insb Wettbewerbern) üblicherweise nicht zugänglich macht und deren Kenntnis für mögliche Empfänger (wiederum insb Wettbewerber) von Vorteil sind.⁸²⁵

Daraus wird zutreffend abgeleitet, dass Unternehmensgeheimnissen eine *zeitliche Komponente* innewohnt. Geschäftsgeheimnisse verlieren nach einer gewissen, von den Umständen abhängigen Frist mangels Relevanz für den Wettbewerb ihr Schutzbedürfnis.⁸²⁶ Ein wirtschaftliches Interesse ist idR bei einer nicht mehr aktuellen Kundenliste, Umsatzzahlen aus längst zurückliegenden Perioden oder lang überholte Lieferantenzahlen zu verneinen, sodass diesbezüglich kein schützenswertes Geheimnis vorliegt.

Das Interesse muss auch schutzwürdig sein. Tatsachen, die nur deshalb geheim gehalten werden sollen, weil sie einen Rechtsbruch verwirklichen, gelten daher nicht als schutzwürdige Unternehmensgeheimnisse.⁸²⁷

Das Betriebsgeheimnis ist vom Geschäftsgeheimnis dahingehend abzugrenzen, dass das *Geschäftsgeheimnis* überwiegend *kommerzieller*, das *Betriebsgeheimnis* überwiegend *technischer* Natur ist.⁸²⁸ Oder anders ausgedrückt: Geschäftsgeheimnisse betreffen Tatsachen und Erkenntnisse von wirtschaftlicher und kaufmännischer Bedeutung,⁸²⁹ während Betriebsgeheimnisse demgegenüber das technische Wissen eines Unternehmers erfassen.⁸³⁰ Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden von der österreichischen Rechtsordnung im selben Ausmaß und in der gleichen Weise geschützt. Aufgrund dieser Rechtsfolgeidentität ist eine exakte begriffliche Differenzierung zwischen Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht erforderlich.⁸³¹

216

Unter den Begriff der *Betriebsgeheimnisse* können daher alle technischen, produkt- und produktionsbezogenen Informationen⁸³² subsumiert werden; Warenerzeugung

- 824 RIS-Justiz RS0040493; 9 ObA 7/04a RdW 2005, 437 [Mayr]; Kodek in *Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 11.
- 825 16 Ok 6/14i mwN ÖBL 2015/27 [Mildner].
- 826 16 Ok 6/14i mwN ÖBL 2015/27 [Mildner].
- 827 Werner in FS-Pfeiffer 832 mwN.
- 828 9 ObA 7/04a RdW 2005, 437 [Mayr]; Frauenberger in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO 50; Schumacher, ÖJZ 1987, 674.
- 829 Kuderna in FS-Floretta 577; RIS-Justiz RS0079599.
- 830 M. Burgstaller, Geheimnisschutz 11; Frauenberger in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO 50; Garber, ÖJZ 2012, 641.
- 831 M. Burgstaller, Geheimnisschutz 12 [»Die Unterscheidung [...] ist [...] wegen der völligen Gleichbehandlung der beiden Geheimnisarten im positiven Recht auch belanglos«]; Garber, ÖJZ 2012, 641; Lewisch in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 122 Rz 10 [»Die präzise Abgrenzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen untereinander kann infolge der Gleichwertigkeit der beiden Begriffe offen bleiben.«]; ErläutRV 650 BlgNR 10. GP 8 [»Die Unterscheidung zwischen den beiden Arten der geschützten Geheimnisse ist übrigens von geringerer Bedeutung, weil für beide dasselbe gilt.«].
- 832 9 Os 7/70 SSt 41/32; Garber, ÖJZ 2012, 641.

und -lagerung,⁸³³ Modelle, Muster,⁸³⁴ Rezepturen, Konstruktionsbezeichnungen, das Herstellungs- und Verarbeitungsverfahren (etwa die technischen Einzelheiten eines Druckverfahrens),⁸³⁵ die Art der Lagerhaltung, Forschungsergebnisse, Computerprogramme.⁸³⁶

Zu den *Geschäftsgeheimnissen* gehören Auskünfte über Umsatz,⁸³⁷ Gewinn, »Auskünfte über Geschäftsabschlüsse, Geschäftsbedingungen und günstige Einkaufsquellen,«⁸³⁸ »Auskünfte über Geschäftsbeziehungen [...] Kostenrechnungsmethoden, [...] Bezugsquellen, produzierte und verkaufte Mengen, Marktanteile, [...] Vermarktungspläne, Absatzstrategien, aktuelle monatliche Verkaufszahlen [...] die Kosten eines Erzeugnisses, seine besonderen Eigenschaften und die Zusammensetzung seines Preises,«⁸³⁹ »Geschäftsbriefe über Preisbemessung,«⁸⁴⁰ »Abonnenenlisten einer Zeitung,«⁸⁴¹ »Strategiefragen,«⁸⁴² Einkaufsbedingungen,⁸⁴³ Vertriebsstrukturen, Kundenlisten,⁸⁴⁴ Kundenumsätze,⁸⁴⁵ Lieferangebote,⁸⁴⁶ »Unterlagen über die Gehaltssituation in ganzen Betriebsbereichen,«⁸⁴⁷ »Abtretungspreis, den der neue Gesellschafter für die Übertragung des Geschäftsanteils zu leisten hat,«⁸⁴⁸ »Art der Durchführung einer Bankrevision, Kalkulationsgrundlagen, Präferenzverträge, Kundenlisten, Höhe der Gehälter, Einzelheiten aus dem Finanzierungsbereich,«⁸⁴⁹ wie Kreditumfang, Bankverbindung, Geldgeber, Umsatzhöhe und Reingewinn, steuerliche Verhältnisse udgl.⁸⁵⁰ oder »Fristen zur Umsetzung von Projekten und Investitionsverpflichtungen.«⁸⁵¹

Das Vorliegen eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses wird zum Teil beim *Kundenkreis* verneint,⁸⁵² was in dieser Allgemeinheit (jedenfalls für geheime *Kundendaten* oder -listen) nicht zutrifft und in den entsprechenden Entscheidungen nicht in letzter Konsequenz vertreten wurde.⁸⁵³ Muss ein Unternehmen damit rechnen,

833 *Lewisch in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 122 Rz 10.*

834 4 Ob 34/31 SZ 13/62.

835 9 Os 7/70 SSt 41/32.

836 Vgl die Aufzählung in der Entscheidung des LG Feldkirch 3 R 110/06h.

837 9 Oba 7/04a.

838 4 Ob 346/69 ÖBl 1970, 77.

839 16 Ok 6/14i mwN ÖBl 2015/27 [*Mildner*].

840 11.11.1930 ZBl 1931, 112.

841 1 Os 615/48 EvBl 1949/430.

842 *Garber, ÖJZ 2012, 641.*

843 Okt 2/89 ÖBl 1989,183; *Schumacher, ecolex 1990, 38.*

844 Os 827/26 SSt 7/6; 16 Ok 6/14i mwN (auch Händlerlisten) ÖBl 2015/27 [*Mildner*].

845 *Lewisch in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 122 Rz 10.*

846 9 Os 50/71 SSt 42/37.

847 9 Oba 338/00x DRdA 2002/13, 219 [*Pfeil*].

848 6 Ob 595/95.

849 *Gottwald, BB 1979, 1781.*

850 LG Feldkirch 3 R 110/06h.

851 *Kloepfer/Greve, NVwZ 2011, 579.*

852 1 Ob 987/37 SZ 19/289; 4 Ob 111/99y, wonach ein – wenn auch unter Mühen und Kosten erworbener – Kundenkreis noch nicht als solcher schutzwürdig ist. RIS-Justiz RS0038321. Vgl auch *P. Burgstaller et al in Wiebe/Kodek² § 1 UWG Rz 413.*

853 Die pauschale Aussage in 1 Ob 987/37 SZ 19/289, wonach »der Kundenkreis auch kein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis [ist]« wird damit begründet, dass ein Unternehmer mit der Bewerbung von Produkten immer versuchen wird, den Kundenkreis eines Konkurrenten zu verringern, »ob

dass sein Konkurrent die Daten seiner Kunden erfährt, kann dies die Marktposition des Unternehmens massiv beeinflussen, weil etwa die Kunden vom Konkurrenten gezielt kontaktiert werden. Damit liegt auch das erforderliche wirtschaftliche Interesse vor.⁸⁵⁴ Wenn betont wird, es komme auf die Art und Weise an, wie die Beeinträchtigung des Mitbewerbers geschieht, betrifft das die Wettbewerbswidrigkeit, nimmt aber einer geheimen Kundenliste nicht ihren Charakter als Geschäftsgeheimnis. Ein solches ist materiellrechtlich grundsätzlich nicht absolut (ein »Eindringen« in den Kundenkreis somit nicht *per se* verboten⁸⁵⁵), sondern nur vor einer unlauteren Offenbarung geschützt.⁸⁵⁶ Die Frage, inwieweit und ob ein in das Geschäftsgeheimnis Eingeweihter (zB ein Arbeitnehmer) berechtigt ist, seine Kenntnis über die Kundenlisten gegen den Willen des Geheimnisherrn (etwa nach Ende der vertraglichen Beziehungen) zu nutzen, ist auch dann nicht zwingend zu verneinen, wenn man die Kundenlisten als Geschäftsgeheimnis qualifiziert.

B. TRIPS-Übereinkommen, *Know-how*-RL und § 26b UWG

Im Gegensatz zur bisherigen innerstaatlichen Rechtslage⁸⁵⁷ wurden im für Österreich *völkerrechtlich verbindlichen TRIPS-Übereinkommen* in Art 39 Abs 2 die Voraussetzungen für einen Schutz »nicht offengelegter Informationen« bereits näher definiert.⁸⁵⁸ Daran knüpft auch die *Know-how*-RL bei ihrer Definition von Geschäfts-

217

er die Kundenlisten seines Mitbewerbers kennt oder nicht«. Damit wird aber die Definition eines Geheimnisses mit dessen Wirkung für den Geheimnisherrn vermischt. Das geschieht auch in der Entscheidung 4 Ob 111/99y, in der ausgeführt wird, dass ein Eindringen in den Kundenkreis eines Konkurrenten mit lauterer Mitteln zum Wesen des Wettbewerbs gehöre und daher zulässig sei. Für die Qualifikation einer Tatsache als Geschäftsgeheimnis kann es aber darauf nicht ankommen. Ein solches Geheimnis ist nicht absolut geschützt, ein Eindringen in lauterer Weise ist stets möglich. Der gleiche Trugschluss liegt auch den Ausführungen von P. Burgstaller et al (in *Wiebe/Kodek*² § 1 UWG Rz 413) zugrunde, wonach schon deshalb niemand Anspruch auf die Wahrung seiner Marktposition hat, weil der Kundenkreis kein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis sei.

854 Ein Geschäftsgeheimnis bejahen: LG Feldkirch 3 R 110/06h und *Lewisch* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 122 Rz 10.

855 RIS-Justiz RS0078508.

856 Aus der richtigen Ansicht, dass die Kenntnisaufnahme eines leicht zugänglichen Kundenkreises (vgl 4 Ob 326/87 SZ 60/48 [»durch Einsichtnahme in nicht chiffrierte Inserate einer Tageszeitung«]) wettbewerbsrechtlich nicht sittenwidrig, sondern lauter ist, kann nicht abgeleitet werden, dass ein Kundenkreis deshalb kein Geschäftsgeheimnis ist. Die Qualifikation als Geschäftsgeheimnis scheitert schlicht am Umstand, dass leicht zugängliche Tatsachen nicht unter den Begriff eines Geheimnisses fallen.

857 Vgl nun aber § 26b UWG.

858 Demnach liegen solche Informationen dann vor, wenn sie 1. in dem Sinne geheim sind, dass sie entweder in ihrer Gesamtheit oder in der genauen Anordnung und Zusammenstellung ihrer Teile Personen in den Kreisen, die normalerweise mit den fraglichen Informationen zu tun haben, nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich sind, 2. wirtschaftlichen Wert haben, weil sie geheim sind und 3. Gegenstand von unter den gegebenen Umständen angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen seitens der Person waren, unter deren Kontrolle sie rechtmäßig stehen.

geheimnissen fast wörtlich an. Demnach bezeichnet Art 2 leg cit ein »Geschäftsgeheimnis« als Informationen, die 1. geheim sind, also weder⁸⁵⁹ in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personenkreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich sind, 2. von kommerziellem Wert sind, weil sie geheim sind, und 3. Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen der Person sind, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.

Die RL sieht neben der Definition des Begriffs »Geschäftsgeheimnis« auch Bestimmungen vor, wie Opfer einer rechtswidrigen Aneignung von Geschäftsgeheimnissen eine Wiedergutmachung erlangen können. Die Richtlinie soll die Rechtsdurchsetzung durch die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen, die Opfer rechtswidriger Handlungen wurden, und die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen wahren. Mit der RL wird der unionsrechtlich geregelte Geheimnisschutz in Anknüpfung an die Durchsetzungs-RL (dazu Rz 437 ff, 476 ff) ergänzt bzw erweitert. Während die Durchsetzungs-RL den Schutz absoluter Rechte fördern will und dabei auch auf vertrauliche Informationen des potentiellen Verletzers Rücksicht nimmt, wurde im Zusammenhang mit der *Know-how*-RL erkannt, dass im innovativen Forschungsbereich eine Wissensbasis von hohem wirtschaftlichen Wert aufgebaut wird, die häufig nicht durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt werden kann.⁸⁶⁰ Hinzukommt, dass der Schutz des geistigen Eigentums auch den Schutz von *Know-how* bzw von Unternehmensgeheimnissen voraussetzt, denn: »am Anfang aller Rechte des geistigen Eigentums steht ein Geheimnis«.⁸⁶¹

218 Der österreichische Gesetzgeber hat 2019 mit der Bestimmung des § 26b UWG die Definition der *Know-How*-RL mit leichten sprachlichen Veränderungen übernommen. Demnach wird ein Geschäftsgeheimnis als eine Information definiert, die 1. geheim ist, weil sie weder⁸⁶² in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen zu tun haben, allgemein bekannt noch ohne weiteres zugänglich ist, 2. von kommerziellem Wert ist, weil sie geheim ist, und 3. Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person ist, welche die rechtmäßige Verfügungsgewalt über diese Informationen ausübt. Die Person, die die rechtmäßige Verfügungsgewalt über ein Geschäftsgeheimnis besitzt, wird als Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses bezeichnet.

859 Aus den nichtdeutschen Fassungen der RL (und dem TRIPS-Übereinkommen) geht treffend hervor, dass bei der Frage der Gesamtheit bzw der genauen Anordnung und Zusammensetzung der Informationen in Wahrheit ein Alternativverhältnis gemeint ist.

860 Kommissionsentwurf 2.

861 Kommissionsentwurf 2.

862 Siehe dazu FN 859.

Die neue Definition unterscheidet sich in mehreren Punkten von der in Österreich bisher verbreiteten (dazu oben). Die Erklärung eines Geheimnisses und das Erfordernis, dass ein solches deshalb von kommerziellen Wert ist, weil es geheim ist, entspricht der bisherigen Rechtslage, sodass hier im Wesentlichen an die bisherige Rechtsprechung und zu den oben dargelegten Fallgruppen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (vgl Rz 216) angeknüpft werden kann. Nun wird allerdings auf die Verkehrskreise und nicht (mehr) auf die Allgemeinheit abgestellt. Zudem reicht nach § 26b UWG ein bloßer Geheimhaltungswille (entgegen der bisherigen Definition) nicht mehr aus, um von einem zu schützenden Geheimnis auszugehen. Vielmehr muss der Berechtigte (auch) angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen treffen. Auf ein wirtschaftliches Interesse des Berechtigten wird hingegen nicht explizit Bezug genommen. Insoweit das Gesetz aber die entsprechenden Schutzmaßnahmen des Berechtigten fordert, setzt es auch ein rechtliches Interesse an der Geheimhaltung implizit voraus.⁸⁶³ Die Obliegenheit zu angemessenen Maßnahmen bedeutet im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung freilich keine radikale Wende, weil schon nach der alten Rechtslage auf einen erkennbaren Geheimhaltungswillen des Berechtigten abgestellt wurde,⁸⁶⁴ der durch solche Maßnahmen zum Ausdruck kommt.

219

Inwieweit aktive Vorkehrungen erforderlich sind, oder ob sich die Geheimhaltungsmaßnahmen passiv aus den jeweiligen Umständen ergeben, ist nach den Gesetzesmaterialien im Einzelfall zu entscheiden. Die Angemessenheit wird von der Art des Geschäftsgeheimnisses und der Branche und Größe des Unternehmens abhängig sein. Die Regierungsvorlage führt folgende Maßnahmen als Beispiel an: »Weitergabe der Geschäftsgeheimnisse nur an ausgewählte vertrauenswürdige Personen; Unternehmenspolitik betr. Geschäftsgeheimnisse und ihre nachvollziehbare Dokumentation; IT-Sicherheitsmaßnahmen; Mitarbeitergespräche; geübte Praxis, dass zB bestimmte Arbeitsschritte nur von bestimmten Personen durchgeführt werden.«⁸⁶⁵

220

C. Das Unternehmensgeheimnis im Prozessrecht vor und nach der UWG-Novelle 2018

Im *Verfahrensrecht* wurde (bisher⁸⁶⁶) nicht näher definiert, was unter einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zu verstehen ist – darauf soll hier kurz eingegangen werden. Der verfahrensrechtliche Gesetzgeber ging bisher davon aus, dass es sich

221

863 *Lejeune*, CR 2016, 333.

864 8 ObA 122/01a; 9 ObA 66/03a; 4 Ob 165/16t.

865 ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 3.

866 Vgl nun aber § 26b UWG.

um materiellrechtliche Begriffe handelt, die das Verfahrensrecht als gegeben voraussetzt.

222 Die Zivilprozessordnung knüpft nur an wenigen Stellen ausdrücklich an Unternehmensgeheimnissen an. Nach § 305 Z 4 ZPO kann eine Partei (außerhalb der unbedingten Urkundenvorlagepflicht nach § 304 ZPO) die Vorlage einer Urkunde verweigern, wenn sie »ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis« verletzen würde. Entsprechendes gilt für den Augenschein (§ 369 ZPO). § 321 Abs 1 Z 5 ZPO billigt einem Zeugen ein Aussageverweigerungsrecht über Fragen zu, die er nicht würde beantworten können, ohne ein »Kunst- oder Geschäftsgeheimnis« zu offenbaren. Wegen einem der in § 321 Abs 1 Z 5 ZPO erwähnten Geheimnisse kann auch ein Sachverständiger seine Enthebung begehren (§ 353 Abs 2 ZPO) und die Partei die Aussage verweigern (§ 380 Abs 1 ZPO).

223 Es fällt auf, dass die ZPO nicht den Begriff »Betriebsgeheimnis«, sondern »Kunstgeheimnis« verwendet. Die (bisher) fehlende Legaldefinition bzw die sich begrifflich nicht deckenden gesetzlichen Regelungen tragen zur Begriffsverwirrung bei.

224 Nach der Definition von *Fasching* ist das Kunstgeheimnis ein Geheimnis, das sich auf bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, auf die Anwendung bestimmter technischer oder wissenschaftlicher Methoden oder eine besondere Handfertigkeit, kurz auf eine besondere Kunst (im Sinne von Können) bezieht.⁸⁶⁷ *Rechberger*, der an die Kunstgeheimnis-Definition von *Fasching* anknüpft, stellt dem Kunstgeheimnis das Geschäftsgeheimnis als Tatsache gegenüber, deren Geheimhaltung die Verschlechterung der geschäftlichen Position im wirtschaftlichen Wettbewerb vermeiden soll, wozu die (von *Rechberger* nicht näher erklärten) Begriffe des Betriebsgeheimnisses und des Unternehmensgeheimnisses gehören sollen.⁸⁶⁸ Auch aus den Erläuterungen von *Hengstschläger/Leeb*, die das Kunstgeheimnis im Sinne von *Fasching* erklären und für Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse die oben dargelegte Standarddefinition verwenden, geht eine Abgrenzung vor allem zwischen Kunst- und Betriebsgeheimnis nicht klar hervor.⁸⁶⁹

225 *McGuire* bestreitet gar, dass die Begriffe »Geschäfts- und Betriebsgeheimnis« iSd UWG und »Geschäfts- und Kunstgeheimnis« iSd ZPO deckungsgleich sind.⁸⁷⁰ Sie argumentiert damit, dass die Begriffspaare »gänzlich unterschiedlicher Herkunft« seien und »unterschiedlichen Zwecken dienen«. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers der ZPO sollte die »Geschäftsmoral« geschützt werden. Man habe ein Zeugnis-/Beweismittelverweigerungsrecht deshalb eingeführt, damit »der redliche

867 *Fasching*⁴ III, 427; Ähnlich *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO 49 und *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 40 Rz 24 mit jeweiliger Betonung auf die wirtschaftliche Verwertbarkeit.

868 Nunmehr auch *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 321 ZPO Rz 7.

869 *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 40 Rz 24.

870 *McGuire*, Schutz 4 f.

Kaufmann seine Geschäftsgeheimnisse nicht preisgeben muss«. Wenngleich ein Betriebsgeheimnis in der Regel auch ein Kunstgeheimnis iSd ZPO darstelle, kritisiert sie, dass das Begriffspaar der ZPO in die »vom EuGH geprägte Definition« hineingelesen werde, die jedoch nur solche Geschäftsgeheimnisse meint, die vom Geheimnisträger ablösbar seien.

Diese Argumentation überzeugt schon deshalb nicht, weil der historische Gesetzgeber des UWG in den Materialien ausdrücklich auf die ZPO Bezug nahm und in diesem Zusammenhang »Geschäfts- und Betriebsgeheimnis« iSd UWG synonym mit »Geschäfts- und Kunstgeheimnis« iSd ZPO verwendet.⁸⁷¹ Zudem ging auch der historische Gesetzgeber der ZPO (im Zusammenhang mit der Volksöffentlichkeit) davon aus, dass eine Partei »bestimmte Dinge aus geschäftlichen Gründen« nicht in die Öffentlichkeit gelangen lassen will und führte dazu beispielsweise »Produktionsmethoden« an.⁸⁷² Beim Verweigerungsrecht des Zeugen nimmt die Regierungsvorlage auf nicht näher ausgeführte Forderungen industrieller Kreise Bezug, welche besagen, dass »im neuen Prozesse auch zum Schutz eines Kunst- oder Gewerbegeheimnisses die Zeugenaussage soll verweigert werden dürfen.«⁸⁷³ Eine Einschränkung auf den bloßen Schutz der Geschäftsmoral ist aus all dem nicht abzuleiten. Vielmehr lässt sich der Begriff des Kunstgeheimnisses durchaus unter das oben dargelegte Verständnis eines Betriebsgeheimnisses subsumieren.⁸⁷⁴ Jedenfalls kann aus der Verwendung des Begriffs »Kunstgeheimnis« nicht abgeleitet werden, dass die oben beschriebenen Betriebsgeheimnisse nach der ZPO nicht geschützt sind oder der Gesetzgeber bei der Verwendung der genannten Begriffe bewusst differenzieren wollte. Ob man diese Bejahung des zivilverfahrensrechtlichen Schutzes für ein Betriebsgeheimnis (alternativ) damit begründet, dass ein solches ein Geschäftsgeheimnis iws⁸⁷⁵ ist oder begrifflich zwar zwischen Kunst- Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unterscheidet,⁸⁷⁶ dem Betriebsgeheimnis aber »nach der ratio legis« den identen Schutz wie einem Kunst- oder Geschäftsgeheimnis zubilligt,⁸⁷⁷ macht im Ergebnis keinen Unterschied.

226

871 ErläutRV 464 BlgNR 1. GP 12.

872 Mat II 317.

873 Mat I 314.

874 Vgl auch ErläutRV 464 BlgNR 1. GP 12 (zum UWG), wonach der Begriff des Kunstgeheimnisses synonym mit jenem des Betriebsgeheimnisses gesehen wird. IdS auch *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorausgabe] § 172 ZPO Rz 11 oder *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 172 ZPO Rz 50; *Zimmermann*, RZ 2015, 201 sowie – als Alternative zur von ihm ebenfalls für möglich gehaltenen Ansicht, es sei ein Unterfall des Geschäftsgeheimnisses – *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO 50 und *Schneider*, *ecolex* 2011, 96, wonach es Teil des im Gesetz nicht verwendeten Überbegriffs »Unternehmensgeheimnis« sei.

875 *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO 50; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 321 ZPO Rz 7.

876 Eine derartige Dreiteilung könnte sich auf § 40 Abs 2, § 49 Abs 1 Z 2 AVG; § 171 Abs 1 lit c BAO; § 151 Abs 2 Gaswirtschaftsgesetz; § 356 Abs 2 GewO stützen.

877 *Schumacher*, ÖBA 2007, 203.

- 227 Im Zentrum der Überlegungen sollte freilich stehen, dass weder das materielle Recht noch das Verfahrensrecht an die unterschiedlichen Begriffe verschiedene Rechtsfolgen anknüpfen,⁸⁷⁸ weshalb sich schon zur Vermeidung einer Begriffsjurisprudenz eine einheitliche Bezeichnung empfiehlt.⁸⁷⁹ Dafür bietet sich der Begriff des *Unternehmensgeheimnisses* an.⁸⁸⁰ Wenngleich der Gesetzgeber bei der Definition des § 26b UWG den Begriff »Geschäftsgeheimnis« gewählt hat, wird für diese Arbeit der Begriff »Unternehmensgeheimnis« bevorzugt, zumal auch die UWG-Novelle 2018 nicht zum Anlass genommen wurde, die mannigfaltigen (Unter)Begriffe zu vereinheitlichen.⁸⁸¹ *Inhaltlich* ist jedoch auch für das Verfahrensrecht nunmehr an die Bestimmung des § 26b UWG anzuknüpfen. Das UWG beschränkt sich nicht auf das klassische Wettbewerbsrecht, sondern bezieht sich hier vor allem auf das Zivilrecht und das Zivilverfahrensrecht. Die Definition in § 26b UWG strahlt somit weit über das UWG hinaus; es ist davon auszugehen, dass diese Definition generell nutzbar gemacht werden kann.
- 228 Wenngleich sich der Regelungsbereich der §§ 26a ff UWG nur auf (bestimmte) zivilrechtliche Sonderbestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen beschränkt, kann dem Gesetz auch nicht unterstellt werden, dass sich die Definition eines Unternehmensgeheimnisses dadurch unterscheidet, ob dieses auch Gegenstand eines Zivilverfahrens ist (was zur Anwendung der §§ 26a ff UWG, insb des § 26h UWG führt) oder im Verfahren nur »beiläufig« zu Tage tritt (etwa bei der Prüfung von Weigerungsgründen), zumal mit der UWG-Novelle 2018 auch der zuletzt erwähnte Bereich geregelt wurde (vgl § 172 Abs 2 ZPO idGF, vgl Rz 592 f).
- 229 Der (ausdrückliche) Schutz von Unternehmensgeheimnissen in der ZPO ist äußerst *lückenhaft*. Er bezieht sich nur auf Teile des Beweisverfahrens.⁸⁸² Ungeregelt bleibt in der ZPO etwa die vom Sachverständigen vorzunehmende Befundaufnahme und die hier zu prüfende Frage, inwieweit von einem Unternehmensgeheimnis geschützte Informationen in das Verfahren einfließen können, ohne dass das Geheimnis (umfassend) offenbart werden muss. Auch in den Regeln der ZPO *außerhalb* des Beweisverfahrens wird auf Unternehmensgeheimnisse nicht – bzw nicht explizit – Bezug genommen (vgl etwa die Bestimmungen über das Vorbringen, den Inhalt von Entscheidungen, die Akteneinsicht etc), sieht man von der mit der UWG-Novelle 2018 eingeführten Regelung zum möglichen Ausschluss der

878 *Hanslik*, Parteienghör 111.

879 Vgl auch *M. Burgstaller*, Geheimnisschutz 11.

880 In diesem Sinn etwa *Schneider*, ÖJZ 2013, 149.

881 Für die Austauschbarkeit und Beliebigkeit der Begriffe spricht auch die Gesetzesgeschichte zu § 171 Abs 1 lit c BAO, in dem seit dem BGBl I 2009/20 der Zeuge seine Aussage wegen eines »Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses« verweigern kann, während die frühere Fassung nur über ein »Kunst- oder technisches Betriebsgeheimnis«, nicht aber vom Geschäftsgeheimnis sprach. Die Materialien schweigen zu dieser Änderung.

882 Zutreffend *McGuire*, Schutz 5.

Volksöffentlichkeit ab (dazu Rz 592 f). Ein Unternehmensgeheimnis kann freilich nicht erst aus einem Beweismittel, sondern bereits aus dem für einen schlüssigen Prozesstandpunkt notwendigen Vorbringen offenbar werden.⁸⁸³ Aus den (im Beweisverfahren angesiedelten) Bestimmungen über Unternehmensgeheimnisse darf nicht abgeleitet werden, dass Unternehmensgeheimnisse nur in diesem engen Segment des ausdrücklich geregelten Bereichs geschützt sind. Wie weit dieser Schutz geht, wird Teil der weiteren Untersuchung sein.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen zum Umgang mit Unternehmensgeheimnissen finden sich auch außerhalb der ZPO. Bis zur UWG-Novelle 2018 (dazu Rz 592 f) ermöglichten bisher § 26 UWG (auch für Verbandsklage nach § 85a AMG, vgl Abs 5 leg cit) und nach § 460 UGB (vgl Abs 1 leg cit), § 30 KSchG, § 55 MSchG,⁸⁸⁴ § 47 Abs 1 KartellG 2005 oder § 119 Abs 2 PatG 1970 den *Ausschluss der Öffentlichkeit*, wenn ansonsten ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis gefährdet würde;⁸⁸⁵ mit der allgemeinen Regel des § 172 Abs 2 ZPO wurde diese Problematik ab 2019 nun ganz allgemein geregelt (vgl Rz 592). Diverse Normen des gewerblichen Rechtsschutzes beschränken die *Akteneinsicht* bei Vorliegen eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses,⁸⁸⁶ das Kartellgesetz schließt in § 39 Abs 1 leg cit eine *Verbindung von Verfahren* aus, wenn dadurch eine Partei Zugang zu Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bekäme, auf deren Offenlegung sie sonst keinen Anspruch hätte. Nach § 37 Abs 1 KartellG 2005 muss das Kartellgericht bei der nach dieser Norm gebotenen *Entscheidungsveröffentlichung* berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen.

230

D. Resümee

Nach bisheriger hA waren unter Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen unternehmensbezogene Tatsachen kommerzieller oder technischer Art zu verstehen, die nur einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich sind, sowie nach dem Willen des Berechtigten

231

883 Schumacher, ÖBl 1988, 89.

884 Der dort auch im Bereich eines streitigen Verfahrens wegen einer Markenschutzverletzung für anwendbar erklärte § 119 Abs 2 PatG 1970, wonach die Öffentlichkeit auch dann für einen Teil des Verfahrens oder für die ganze Verhandlung ausgeschlossen werden kann, wenn durch die Öffentlichkeit ein wichtiges Interesse des Bundes oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis einer der Parteien oder eines Zeugen einer Gefährdung ausgesetzt würde, gilt im Patentverfahren nur vor dem Patentamt (ebenso § 103 Abs 2 PatG 1970).

885 Allgemein ermöglicht § 37j Abs 6 Z 2 KartellG 2005 für Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, den Ausschluss der Öffentlichkeit zum »Schutz vertraulicher Informationen«.

886 § 38 Abs 6 Gebrauchsmustergesetz; § 18 Abs 2 HalbleiterSchG; § 50 Abs 5 MSchG; § 81 Abs 7 PatG 1970.

nicht über den Kreis der Eingeweihten hinausdringen sollen, wobei der Unternehmer an der Nichtoffenbarung dieser Tatsachen ein wirtschaftliches Interesse haben muss. Als *Geschäftsgeheimnisse* wurden Tatsachen und Erkenntnisse von wirtschaftlicher und kaufmännischer Bedeutung definiert, während *Betriebsgeheimnisse* demgegenüber das technische Wissen eines Unternehmers erfassen sollten. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse wurden (und werden) von der österreichischen Rechtsordnung im selben Ausmaß und in der gleichen Weise geschützt. Aufgrund dieser Rechtsfolgeidentität war eine exakte begriffliche Differenzierung zwischen Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bisher nicht erforderlich. Daran hat auch die UWG-Novelle 2018 nichts geändert. Es empfiehlt sich die Verwendung des Überbegriffs »Unternehmensgeheimnisse«.

232 In Anknüpfung an das TRIPS-Übereinkommen und die *Know-how-RL* definiert nunmehr § 26b UWG ein »Geschäftsgeheimnis«⁸⁸⁷ als eine Information, die 1. geheim ist, weil sie in den betroffenen Verkehrskreisen weder allgemein bekannt noch weiteres zugänglich ist, 2. von kommerziellem Wert ist, weil sie geheim ist, und 3. Gegenstand angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch den Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses ist. Diese Definition ist enger als die bisher von der hA vertretene Definition, weil sie angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen erfordert, wobei auch schon bisher gefordert wurde, dass sich der Geheimhaltungswille des Berechtigten nach außen manifestieren muss.

233 Beim verfahrensrechtlichen Umgang mit Unternehmensgeheimnissen ist (inhaltlich) an die Definition des § 26b UWG anzuknüpfen, auch außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 26a ff UWG. In der ZPO ist der verfahrensrechtliche (ausdrückliche) Schutz von Unternehmensgeheimnissen nur äußerst *lückenhaft* geregelt. Die ZPO regelt weder Fragen zum Vorbringen noch die Frage, inwieweit von einem Unternehmensgeheimnis geschützte Informationen in das Verfahren einfließen können, ohne dass das Geheimnis (umfassend) offenbart werden muss. Aus den Bestimmungen über Unternehmensgeheimnisse darf nicht abgeleitet werden, dass diese nur im ausdrücklich geregelten Bereich geschützt sind. Mit § 26h UWG kommt es zu maßgeblichen Änderungen des bisherigen Systems, wobei sich diese Norm freilich auf die (nicht im Zentrum der Arbeit stehende) Konstellation bezieht, dass eine Partei das Geheimnis zu ihrer Rechtsdurchsetzung bzw -verteidigung selbst offenbart.

887 Dieser Begriff umfasst auch das Betriebsgeheimnis im oben geschriebenen Sinn.

III. Der grundrechtliche Schutz von Unternehmensgeheimnissen

Die hier interessierenden Unternehmensgeheimnisse genießen auf Ebene der EMRK, des Unionsrechts und des Völkerrechts Grundrechtsschutz.⁸⁸⁸ 234

Zum einen fallen Unternehmensgeheimnisse (als Teil des *Know-hows*⁸⁸⁹) unter den (weit zu verstehenden) Schutzbereich des *Eigentumsrechts* nach Art 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK⁸⁹⁰ bzw des Art 5 StGG,⁸⁹¹ zumal derartige Geheimnisse auch und vor allem einen wirtschaftlichen Vermögenswert darstellen.⁸⁹² 235

Daraus darf aber nicht abgeleitet werden, dass Unternehmensgeheimnisse gleich dem Eigentumsrecht *per se* absoluten Schutz vor Eingriffen Dritter genießen. Ein solcher wird von der hM zu Recht verneint.⁸⁹³ Vielmehr ist der Geheimnisherr nur vor *unredlichem* (unlauterem) bzw rechtswidrigem Bruch oder Verwertung des Geheimnisses geschützt. Dazu unten Rz 242 f bzw Rz 902 zu §§ 26c und 26d UWG. Im Zusammenhang mit dem Eigentumsrecht handelt es sich eher um eine Art Reflexwirkung. Insoweit gelegentlich etwas missverständlich vertreten wird, dass im Zivilprozess Unternehmensgeheimnisse *absoluten* Schutz genießen,⁸⁹⁴ ist damit nur gemeint, dass im Fall eines Rechts auf Verweigerung der Urkundenvorlage bzw der Aussage keine Interessensabwägung mit einem Aufklärungsinteresse einer Partei vorzunehmen ist.

Daneben kann ein Eingriff in Geheimhaltungsinteressen das (als solches nicht ausdrücklich in der EMRK normierte, vgl aber Art 6 StGG) *Recht der Berufsfreiheit*⁸⁹⁵ tangieren, zumal eine freie Berufsausübung in vielen Fällen die Nutzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen voraussetzt.⁸⁹⁶ 236

888 Götz, Schutz 37 FN 325.

889 Dazu zB *Ann*, GRUR 2007, 39; *McGuire*, GRUR 2015, 425; *Rojahn* in FS-Loewenheim 255.

890 Vgl zB zur Anwendbarkeit des 1. Zusatzprotokolls auf Unternehmen samt Kundenstamm: EGMR 26.6.1986, 8543/79, Van Marle/Niederlande, Rn 41; EGMR 25.5.1999, 37592/97, *Olbertz/Deutschland*; EGMR 6.2.2003, 71630/01, *Wendenburg ua/Deutschland*, mwN. Entsprechendes wird zum deutschen Grundgesetz vertreten, wonach Unternehmensgeheimnisse unter Art 14 GG fallen; Bundesverfassungsgericht 2 BvE 11, 15/83 BVerfGE 67, 100 (141); vgl idS auch *Fischer/Fluck*, NvwZ 2013, 338; *McGuire*, GRUR 2015, 426; *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz 10; *Stadler*, Schutz 36 ff und 239; *G. Wagner*, ZJP 108 (1995) 197; vgl auch *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 25 mwN; *Götz*, Schutz 37 ff; *Sobotta* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 16 AEUV Rz 17. Für Österreich zB *Schneider*, Geheimnisschutz 177; *Schneider*, *ecolex* 2011, 97; *Schneider*, ÖJZ 2013, 149.

891 *Oppel*, ZVB 2015, 490.

892 *Siebert*, Geheimnisschutz 259; *Hanslik*, Parteiengehör 6.

893 *Honsell*, Geheimnisschutz 49.

894 *Barfuß*, WBl 1989, 140; *Fitz/G.Roth*, RdW 1989, 246; *Schneider*, *ecolex* 2011, 97; *Schneider*, ÖJZ 2013, 149; *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 291.

895 Ein solches leiten *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 25 Rz 37 zutreffend aus mehreren einzelnen Rechten ab, in denen wirtschaftsrechtliche Bezüge enthalten sind (Art 6, Art 8, Art 10, Art 11, Art 14 EMRK sowie Art 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK) und verweisen darauf, dass der EGMR diesen Gewährleistungsgehalt zunehmend hervorhebt.

896 Vgl für die standesrechtliche Verschwiegenheitspflicht: RIS-Justiz RS0116762. Das dtBVerfG leitet das Recht auf Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen aus dem Grundrecht auf Erwerbs-

237

Schließlich sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse als Teil des *Rechts auf Privatleben* nach Art 8 EMRK geschützt. Der Begriff »Privatleben« darf nach der Rechtsprechung des EGMR nämlich nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die beruflichen und geschäftlichen Tätigkeiten natürlicher und juristischer Personen davon ausgeschlossen sind.⁸⁹⁷ Vom EGMR waren dabei in erster Linie Eingriffe in das Hausrecht (bei der Durchsuchung von Räumen) zu prüfen, wobei dabei betont wurde, dass auch Geschäftsräumlichkeiten⁸⁹⁸ geschützt sind. Dabei ist zwar ein Eingriff in das Hausrecht im Rahmen des Art 8 Abs 2 EMRK zulässig, zB um der Entfernung oder Verschleierung von Beweismaterial über wettbewerbschädigende Geschäftspraktiken zuvorzukommen.⁸⁹⁹ Allerdings müssen Gesetzgebung und Praxis angemessene und ausreichende Garantien gegen allfälligen Missbrauch vorsehen.⁹⁰⁰ Ähnliches wird für den Schutz der Korrespondenz (geschäftlicher Briefverkehr, elektronische Daten und ähnliches) judiziert.⁹⁰¹ Für Unternehmen kommt Art 8 EMRK aber nicht nur für die Teilbereiche »Wohnung« oder der »Korrespondenz«, sondern generell hinsichtlich der schutzwürdigen Geheimhaltungssphäre (Privatleben bzw Privatsphäre iwS) in Betracht;⁹⁰² vgl Art 34 EMRK. Aus dem Gesagten lässt sich ableiten, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vom Schutz des Art 8 EMRK umfasst sind.⁹⁰³

freiheit idS Art 12 Abs 1 dGG ab (1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 – Deutsche Telekom). IdS auch *Fischer/Fluck*, NwWZ 2013, 338; *McGuire*, GRUR 2015, 426; *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz 10; vgl auch *Götz*, Schutz 37f mwN.

897 EGMR 16.12.1992, 13710/88, *Niemietz/Deutschland*, Rn 29; EGMR 16.2.2000, 27798/95, *Amann/Schweiz*, Rn 65; EGMR 4.5.2000, 28341/95, *Rotaru/Rumänien*, Rn 43; EGMR 28.1.2003, 44647/98, *Peck/Großbritannien*, Rn 57; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 15. Hingegen stellt der Begriff des Familienlebens nur auf private Beziehungen natürlicher Personen ab (*Gersdorf in Gersdorf/Paal*, Art 8 EMRK Rz 12).

898 EGMR 16.12.1992, 13710/88, *Niemietz/Deutschland*, Rn 30 (Durchsuchung einer Anwaltskanzlei); EGMR 16.4.2002, 37971/97, *Société Colas Est ua/Frankreich*, Rn 40f; EGMR 28.4.2005, 41604/98, *Buck/Deutschland*, Rn 31; dazu auch *Giefing*, JBl 2005, 85.

899 EGMR 16.4.2002, 37971/97, *Société Colas Est ua/Frankreich*, Rn 48.

900 EGMR 16.4.2002, 37971/97, *Société Colas Est ua/Frankreich*, Rn 48.

901 EGMR 3.4.2007 62617/00, *Copland/Großbritannien*, Rn 42; EGMR 14.3.2013, 24117/08, *Bernh Larsen Holding AS ua/Norwegen*, Rn 95; EGMR 16.10.2007 74336/01, *Wieser ua/Österreich*, Rn 45; EGMR 16.4.2002, 37971/97, *Société Colas Est ua/Frankreich*, Rn 40f; EGMR 3.7.2012, 30457/06, *Robathin/Österreich*, Rn 39.

902 IdS für juristische Personen: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 4 mwN.

903 IdS zB *Ablasser-Neuhuber/F. Neumayr*, ecolex 2011, 105; *Eisner/Schiffkorn*, ZVB 2010, 144; *Grabenwarter*, ZfV 2000, 728; *Grabenwarter*, RWZ 2004, 133 [»Berufsgeheimnis der freien Berufe«]; *Weh*, GesRZ 2000, 119.

Auch nach der Rechtsprechung des EuGH wird der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zusammenhang mit Art 8 EMRK geprüft (EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*); idS die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Wien, wonach Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in den Schutzbereich des Art 8 EMRK (bzw Art 7 GRC) fallen (LVwG Wien ZVB-LSK 2015/42; siehe auch BVwG W187 2001000-1). Vgl aber auch *Wartenburger*, Verfassungsrechtliche Vorgaben 59f mwN, wonach das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auch (die von ihm [aaO 62] in concreto nicht als Unternehmensgeheimnis qualifizierten) Geschäftsdaten umfasse, allerdings könnten

Demgegenüber hat der OGH im Jahr 2004 in mehreren Fällen zur Offenlegungspflicht von Gesellschaften ausgesprochen,⁹⁰⁴ dass die zum Art 8 EMRK ergangenen Entscheidungen des EGMR jeweils die Privatsphäre natürlicher Personen betreffen würden und daher auf Offenlegungspflichten von Gesellschaften nicht übertragbar seien.⁹⁰⁵ Wengleich diesen Entscheidungen im Ergebnis mangels Grundrechtsverletzung zuzustimmen ist, weil die im Sekundärrecht der Union angeordneten Offenlegungspflichten Eingriffe in die Geheimhaltungssphäre rechtfertigen,⁹⁰⁶ erscheint es aufgrund der Rechtsprechung des EGMR verfehlt, Geschäftsgeheimnisse vom Schutzbereich des Art 8 EMRK *kategorisch* auszuschließen, wobei das sowohl für natürliche⁹⁰⁷ als auch juristische Personen⁹⁰⁸ gilt.

Zutreffend ist hingegen der vom OGH in der jüngsten Zeit gewählte Ansatz,⁹⁰⁹ bei der Beurteilung der Frage, ob eine staatliche Maßnahme ein Grundrecht in verhältnismäßiger Weise beschränkt, auf Bestimmungen des Sekundärrechts zu verweisen, die auf den Ausgleich widerstreitender Interessen abzielen und für die gebotene Interessensabwägung einen wichtigen Anhaltspunkt bilden. Einen solchen Ausgleich gegenläufiger Interessen würden demnach die unionsrechtlichen Offenlegungspflichten (zB PublizitätsRL 68/151/EWG, BilanzRL 78/660/EWG) zum Ausdruck bringen. Dabei stünden einander das (im konkreten Fall allerdings unter

sich juristische Personen nicht auf den Menschenwürdegehalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (iSd Art 2 dtGG) beziehen, weshalb ihnen ein geringeres Schutzniveau zuzugestehen sei und der Schwerpunkt auf den Schutzbereich anderer Grundrechte zu setzen sei (etwa Berufsausübungs- und Eigentumsfreiheit). In diesem Sinn auch *Liebscher* (Datenschutz 26), wonach Daten, die sich nur auf eine eingetragene juristische Person beziehen und bei denen kein Bezug zu einer dahinterstehenden natürlichen Person erkennbar ist, nicht dem Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung unterfallen würden. Vgl auch *Motal* in *Zib/Dellinger* § 213 UGB Rz 7 (Geschäftsbriefe).

- 904 Dass es sich bei den offenzulegenden Bilanzangaben um grundrechtlich geschützte Geschäftsgeheimnisse handelt, wurde vom OGH ausdrücklich klargestellt (zB 6 Ob 208/03m; 6 Ob 281/04y; 6 Ob 90/04k).
- 905 6 Ob 208/03m; 6 Ob 90/04k; 6 Ob 142/04g; 6 Ob 143/04d; idS (im Bereich des § 1328a ABGB) offenbar auch *Apathy*, ÖBA 2006, 37; *Danzl* in *KBB*⁵ § 1328a ABGB Rz 4 [»Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gehören nicht zur Privatsphäre«]; *Lukas*, RZ 2004, 38. Vgl auch die Gesetzesmaterialien zu § 1328a ABGB (RV 173 BlgNR 22. GP 18), die in diesem Zusammenhang festhalten, dass Umstände und Informationen, die einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis unterliegen, nicht zur Privatsphäre gehören. Es ginge nicht um den Schutz der Persönlichkeitsrechte des Einzelnen, sondern um die Sicherung und Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen.
- 906 Zutreffend weist *Wartenburger* darauf hin, dass (innerstaatliche) verfassungsrechtliche Schranken bei der Umsetzung der Vorgaben einer unionsrechtlichen Richtlinie hier außer Betracht bleiben (*Wartenburger*, Verfassungsrechtliche Vorgaben 56 mwN). Davon zu unterscheiden sei freilich die Prüfung des unionsrechtlichen Grundrechtsstandards. Allerdings verneint *Wartenburger*, dass Geschäftsdaten (Bilanzen) unter den Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses fallen, weil etwa das Jahresergebnis nicht dadurch entwertet wird, dass es öffentlich bekannt wird (aaO 62).
- 907 EGMR 16.12.1992, 13710/88, *Niemietz/Deutschland*, Rn 29; EGMR 16.2.2000, 27798/95, *Amann/Schweiz*, Rn 65; EGMR 28.1.2003, 44647/98, *Peck/Großbritannien*, Rn 57; EGMR 3.4.2007 62617/00, *Copland/Großbritannien*, Rn 42; EGMR 16.10.2007, 74336/01, *Wieser ua/Österreich*, Rn 45.
- 908 EGMR 16.4.2002, 37971/97, *Société Colas Est ua/Frankreich*, Rn 40f; EGMR 16.10.2007, 74336/01, *Wieser ua/Österreich*, Rn 45; EGMR 14.3.2013, 24117/08, *Bernh Larsen Holding AS ua/Norwegen*, Rn 95; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 4; *Salimi* in *Höpfel/Ratz*, WK² DSG § 51 Rz 3.
- 909 6 Ob 63/11z; 6 Ob 64/11x.

Art 8 GRC subsumierte) Interesse eines Unternehmens an Geheimhaltung seiner Kennzahlen und das Interesse des Staates und anderer Marktteilnehmer (Mitbewerber, Verbraucher) an Transparenz ebendieser Daten gegenüber.^{910,911}

In der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* wird vertreten, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in den Schutzbereich des Art 8 EMRK (bzw Art 7 GRC) fallen.⁹¹²

- 238 Die Frage, ob Unternehmensgeheimnisse unter das Grundrecht auf Datenschutz fallen (§ 1 DSGVO; Art 8 GRC), wird im österreichischen Schrifttum überwiegend bejaht. *Barfuß* erachtet Lieferantenkonditionen als ein Geschäftsgeheimnis, wobei die Konditionen nach § 1 DSGVO verfassungsgesetzlich geschützte personenbezogene Daten seien.⁹¹³ Dem haben sich *Fitz/G. Roth* angeschlossen.⁹¹⁴ *Simotta* leitet aus dem Grundrecht auf Datenschutz ab, dass »die Parteien und alle sonst am Zivilverfahren in irgendeiner Weise beteiligten Personen« einen Anspruch darauf haben, dass persönliche Daten, für die eine besondere Verpflichtung zur Geheimhaltung besteht – wie zB Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse – überhaupt nicht bzw nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß publik werden.⁹¹⁵ Unternehmensgeheimnisse seien personenbezogene Daten, an denen der Berechtigte ein schutzwürdiges Interesse habe.⁹¹⁶ *Jahnel* bejaht schlechthin, dass Unternehmensgeheimnisse unter das DSGVO fallen, dies mit der Begründung, dass der Begriff des Betroffenen auch juristische Personen umfasst und somit Informationen aus dem wirtschaftlichen Bereich dem Begriff der personenbezogenen Daten unterliegen.⁹¹⁷ Bei juristischen Personen sei der Begriff der Angaben weit zu verstehen,⁹¹⁸ sodass darunter ua finanzielle und wirtschaftliche Kennzahlen (wie etwa Umsatzdaten), Berichte und Prognosen, Kunden- und Lieferantenbeziehungen, Informationen aus den Bereichen Produktion und technische Ausstattung sowie betriebliche Abläufe und wirtschaftliche Beziehungen und »vor allem Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse« fallen.⁹¹⁹ *Grabenwarter* zieht Parallelen zum Schutzbereich des Art 8 EMRK und vertritt im Zusammenhang mit dem Schutz von Geheimnissen in der beruflichen Sphäre, insb von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die Ansicht, dass sich das Grund-

910 Vgl auch EuGH 9.11.2010, C-92/09, C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR ua/Land Hessen*, Rn 87 f.

911 Zum unions- und grundrechtlichen Rahmen des Geheimnisschutzes bei handelsrechtlichen Offenlegungspflichten vgl *Wartenburger*, Verfassungsrechtliche Vorgaben 49 ff.

912 LVwG Wien ZVB-LSK 2015/42.

913 *Barfuß*, WBl 1989, 139.

914 *Fitz/G. Roth*, RdW 1989, 246.

915 *Simotta*, ÖJZ 1993, 794; *Simotta* in FS-Matscher 457.

916 *Simotta*, ÖJZ 1993, 793 f FN 6.

917 *Jahnel*, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2008, 29 f.

918 Dabei ist freilich anzumerken, dass sich die datenschutzrechtliche Problematik des von Unternehmensgeheimnissen nicht nur bei juristischen Personen stellt. Die Frage betrifft auch Einzelunternehmer oder Personengesellschaften.

919 *Jahnel*, RdW 2005, 200 [»Wirtschaftsdaten wie Daten aus dem Kunden- und Lieferantenverkehr oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse«]; *Jahnel*, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2008, 29 f.

recht auf Datenschutz auf Wirtschaftsdaten beziehe.⁹²⁰ Gegen die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen »uU im Wege des Parteiengehörs« sprechen sich *Eisner/Schiffkorn* auch wegen § 1 Abs 1 DSG 2000 aus.⁹²¹ *Ablasser-Neuhuber/Neumayr* sprechen von einem (eigenen) Begriff des Geschäftsgeheimnisses »nach DSG«⁹²² und stützen den von ihnen im Fall der Erörterung eines Geschäftsgeheimnisses postulierten Ausschluss der Volksöffentlichkeit im Außerstreitverfahren auf eine verfassungskonforme Interpretation des § 20 AußStrG, bei der das allgemeine Grundrecht auf Datenschutz zu berücksichtigen sei.⁹²³ Pauschal und ohne weiter zu differenzieren, bejahen *Hanslik*⁹²⁴ und *Oppel*,⁹²⁵ dass Unternehmensgeheimnisse verfassungsrechtlich nach § 1 DSG 2000 geschützt seien.

Dem wird von Teilen des Schrifttums (zum – dem österreichischen Datenschutzgrundrecht entsprechenden – dt Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmungen) entgegengehalten, dass dieses Grundrecht auf personenbezogene Daten abstelle, mit der eine bestimmte Person direkt oder indirekt identifiziert werden könne, und dass mit Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen ein derartiger Persönlichkeitsbezug nicht verbunden sei.⁹²⁶ Diese Argumentation erscheint durchaus schlüssig, denkt man etwa an ein Rezept, Herstellungspreise oder eine bestimmte Unternehmensstrategie, die keinen Bezug zu einem bestimmten Unternehmen haben müssen. Freilich darf dabei nicht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet werden. Zu beachten ist nämlich die Nähe des Datenschutzrechts zum Schutzbereich des Art 8 EMRK,⁹²⁷ der (siehe oben) Unternehmensgeheimnisse umfasst. Dabei ist der Schutz von persönlichen Daten wohl ein spezifisch ausgestalteter Teilbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre, das wiederum zu einer der Schutzrichtungen gehört, die das Recht auf Privatleben nach Art 8 EMRK entfaltet.⁹²⁸ Das zeigt, dass von Art 8 EMRK geschützte Geheimhaltungsinteressen nicht zwingend persönliche Daten betreffen müssen. Für das Grundrecht auf Datenschutz ist Derartiges aber erforderlich.

Nach richtiger Auffassung sind Unternehmensgeheimnisse daher *nicht schlechthin*,⁹²⁹ sondern nur dann vom *Grundrecht auf Datenschutz* umfasst, wenn deren Daten-

239

240

920 *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 168.

921 *Eisner/Schiffkorn*, ZVB 2010, 148.

922 *Ablasser-Neuhuber/F. Neumayr*, *ecolex* 2011, 103.

923 *Ablasser-Neuhuber/F. Neumayr*, *ecolex* 2011, 105.

924 Parteiengehör 72.

925 ZVB 2015, 490.

926 *Malmström*, Schutz 68f; *Götz*, Schutz 41; in diesem Sinn auch *Liebscher* (Datenschutz 26), wonach Daten, die sich nur auf eine eingetragene juristische Person beziehen und bei denen kein Bezug zu einer dahinterstehenden natürlichen Person erkennbar ist, nicht dem Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung unterfallen.

927 Vgl auch die entsprechende Ansicht des EuGH zum engen Verhältnis des Art 8 GRC zu Art 7 GRC: EuGH 9. 11. 2010, C-92/09, C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR ua/Land Hessen*, Rn 47.

928 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 10 mwN.

929 *Der Verfasser* hat Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse »außerhalb des allgemeinen Datenschutzrechts nach dem DSG« lokalisiert (*Rassi* in FS-M. Schneider 447).

qualität zu bejahen ist.⁹³⁰ In diesem Sinn ist also die Rechtsprechung des VfGH zu verstehen, wonach *Wirtschaftsdaten* personenbezogene Daten im Sinne des § 1 DSGVO 2000 und somit Schutzobjekt des Grundrechts sein können.⁹³¹ Darunter fallen etwa Daten zu Kunden- und Lieferantenbeziehungen oder unternehmensbezogene Kennzahlen (Gewinn, Umsatz, Vermögen⁹³²),⁹³³ weil damit das Unternehmen (bzw Dritte) identifiziert werden können, worauf es für die Bestimmung des datenschutzrechtlichen Schutzbereichs entscheidend ankommt.^{934,935} Hingegen fällt betriebswirtschaftliches oder technologisches *Know-how* des Unternehmens nicht in den Schutzbereich des Datenschutzrechts, zumal mit diesem keine Information

- 930 Nach der Ansicht von *Wartenburger*, Verfassungsrechtliche Vorgaben 61 mWN, greife eine Veröffentlichungspflicht von Unternehmensdaten nur subsidiär in das Grundrecht auf Datenschutz (nach deutscher Terminologie: in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung) ein, wenn der Schutzbereich spezieller Grundrechte (zB Berufsausübungsfreiheit) nicht eröffnet sei, wobei die datenschutzrechtlichen Belange die Prüfung spezieller Grundrechte beeinflusse.
- 931 VfSlg 12.228/1989, 12.880/1991, 16.369/2001.
- 932 Vom EuGH wurde bezüglich des Datenschutzes zugunsten natürlicher Personen bereits klargestellt, dass Angaben, die sich sowohl auf die von bestimmten Rechtsträgern gezahlten Bezüge als auch auf deren Empfänger (natürliche Personen) beziehen, personenbezogene Daten im Sinne von Art 2 Buchstabe a der Richtlinie 95/46 sind, da sie »Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person« darstellen (EuGH 20.5.2005, C-465/00, *Rechnungshof/ORF ua*, Rn 64).
- 933 Vgl auch 1 BvR 1244/87 NVwZ 1990, 1162, wonach wirtschaftliche Daten über die Größe des Betriebs von Landwirten, die Betriebsstruktur, die Einkünfte und den Schuldenstand unter das grundrechtlich gewährleistete Recht auf informationelle Selbstbestimmung fallen.
- 934 Vgl *Jarass*, GRCh³ Art 8 Rz 5. Dieser Autor vertritt für das Unionsrecht unter Bezugnahme auf die Datenschutzregelungen in Art 39 EUV und Art 16 Abs 2 AEUV und unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH vom 9.11.2010, C-92/09, *Völker und Markus Schecke GbR ua/Land Hessen*, Rn 52, die Ansicht, dass *juristische Personen* nur im Hinblick auf die Daten natürlicher Personen geschützt würden, jedenfalls dann, wenn der Name einer natürlichen Person im Namen der juristischen Person enthalten sei. Es ist aber fraglich, ob die Entscheidung des EuGH tatsächlich dahingehend zu verstehen ist, dass sich juristische Personen hinsichtlich ihrer Daten (zB Kontonummer, Unternehmensdaten etc) auf die einschlägigen Grundrechte (Art 7 und 8 GRC bzw Art 8 EMRK) sonst nicht stützen können. Der EuGH hatte in dieser Entscheidung die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Normen zu prüfen, nach denen Empfänger von Fördermitteln zu veröffentlichen waren und hob in diesem Zusammenhang hervor, dass sich juristische Personen gegenüber einer solchen Bestimmung auf den durch die Art 7 und 8 GRC verliehenen Schutz nur berufen können, soweit der Name der juristischen Person eine oder mehrere natürliche Personen bestimmt (Rn 53). Daraus ist jedoch keine generelle Absage des entsprechenden Grundrechtsschutzes für eine juristische Person für andere Fälle abzuleiten. An anderer Stelle erachtet es auch *Jarass* (GRCh³ Art 8 Rz 7) als »unsicher«, ob und wieweit juristische Personen und Personenvereinigungen Grundrechtsträger sind. Zu beachten ist, dass die DSGVO (EU) 2016/679 nicht für juristische Personen gilt (vgl Erwägungsgrund 14: »Diese Verordnung gilt nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten juristischer Personen und insb als juristische Person gegründeter Unternehmen, einschließlich Name, Rechtsform oder Kontaktdaten der juristischen Person.«).
- 935 In Deutschland wird im Zusammenhang mit der verfahrensrechtlichen Geltendmachung von Ansprüchen auch betont, dass die freiheitserhaltende Funktion des Datenschutzes sich insb dann deutlich erkennen lässt, wenn ein Verfahrensbeteiligter mit der Veröffentlichung seiner persönlichen Daten rechnen muss, weil er dann von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten werden könnte (*Wartenburger*, Verfassungsrechtliche Vorgaben 59).

(Daten) über die geschützte Person verbunden ist.⁹³⁶ Es kommt somit darauf an, ob das Unternehmensgeheimnis konkrete dem Unternehmen (oder auch Dritten) zuordenbare Wirtschaftsdaten betrifft.

Unionsrechtlich wurde der Schutz von Unternehmensgeheimnissen (bereits vor Erlassung der Grundrechtscharta) als *allgemeiner Grundsatz*⁹³⁷ und als Teil des Grundrechts auf *Schutz des Privatlebens*⁹³⁸ ausdrücklich anerkannt (vgl Art 339 AEUV).⁹³⁹ Hinzu kommt, dass die Grundrechtscharta die Union als primäres Unionsrecht bindet (Art 6 Abs 1 EUV 2009)⁹⁴⁰ und von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht unmittelbar anwendbar ist (Art 51 Abs 1 GRC). Das Unternehmensgeheimnis fällt in den Schutzbereich mehrerer Grundrechte der Charta (Art 7 GRC [*Privatleben*];⁹⁴¹ Art 15 GRC [*Berufsfreiheit*]; Art 8 GRC [*Datenschutz*];⁹⁴²

241

936 In diesem Sinn auch *N. Raschauer/Riesz in Holoubek/Lienbacher*, Art 8 GRC Rz 13 (FN 94) wonach »reine Geschäftsdaten, die keinen Personenbezug aufweisen, [...] nicht unter den Schutzbereich des Art 8 GRC [fallen].«

937 Im Zusammenhang mit dem (Verwaltungs)Verfahren vor der Kommission: EuGH 24.6.1986, Rs 53/85, *AKZO Chemie/Kommission*, Rn 28 (der EuGH sah hier die Gefahr, dass ein Unternehmen versucht sein könnte, bei der Kommission Beschwerde einzulegen, nur um Einsicht in die Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerber zu erhalten); EuGH 21.9.1989, C-46/87, *Hoechst/Kommission*, Rn 19 (Schutz der privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person); EuGH 19.5.1994, C-36/92 P, *SEP/Kommission*, Rn 37. Vgl auch *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 35. Allgemein: EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, Rn 49; EuGH 29.3.2012, C-1/11, *Interseroh Scrap and Metals Trading GmbH/Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH*, Rn 43.

938 EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, Rn 48.

939 »Die Mitglieder der Organe der Union, die Mitglieder der Ausschüsse sowie die Beamten und sonstigen Bediensteten der Union sind verpflichtet, auch nach Beendigung ihrer Amtstätigkeit Auskünfte, die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht preiszugeben; dies gilt insb für Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente.«

940 *Gärdtitz in Rengeling/Middeke/Gellermann*³ § 34 Rz 27; *Ludwig*, EuR 2011, 715.

941 Der EuGH sprach in seiner Entscheidung 5.10.2010, C-400/10 PPU, *J. McB./L. E.*, Rn 53 aus, dass Art 7 GRC Rechte enthält, die den in Art 8 Abs 1 EMRK gewährleisteten entsprechen. Somit ist Art 7 der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite beizumessen wie Art 8 Abs 1 EMRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (vgl auch EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, Rn 48).

942 Vgl dazu auch *Kingreen in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ Art 8 GRC Rz 11; *Gomille*, Informationsproblem 316; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384f. Zu beachten ist allerdings die vom EuGH vertretene Ansicht, dass sich dabei juristische Personen auf den durch die Art 7 und 8 der GRC verliehenen Schutz nur berufen können, soweit der Name der juristischen Person eine oder mehrere natürliche Personen bestimmt (EuGH 9.11.2010, C-92/09, C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR ua/Land Hessen*, Rn 53), was im Schrifttum kritisch betrachtet wird (*Guckelberger*, EuZW 2010, 946 [Entscheidungsanm]; *Kingreen in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ Art 8 GRC Rz 11). Dieser Ansicht dürften freilich kompetenzrechtliche Fragen zugrunde liegen, weil sich Art 16 Abs 2 AEUV auf den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten bezieht und daher nicht die Kompetenz umfasst, Regelungen zum Schutz juristischer Personen zu erlassen (*Berglez in Mayer/Stöger*, EUV/AEUV, Art 16 AEUV Rz 25 mwN; *Sobotta in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 16 AEUV Rz 17).

Art 16 [Unternehmerische Freiheit];⁹⁴³ Art 17 GRC [Eigentumsrecht];⁹⁴⁴ Art 41 Abs 2 lit b GRC [im Zusammenhang mit dem *Recht auf eine gute Verwaltung*]⁹⁴⁵).

242 Dieser grundrechtliche Schutz findet in mehreren Richtlinien seinen Niederschlag. So muss etwa im Bereich des geistigen Eigentums nach der Durchsetzungs-RL, die den Schutz absoluter Rechte (Patent-, Marken-, Urheberrechte etc) fördert, auf vertrauliche Informationen des potentiellen Verletzers Rücksicht genommen werden (vgl Art 6 und 7 leg cit). Auch die Kartellschadenersatz-RL ermöglicht Verfahrensbestimmungen, die vertrauliche Informationen schützen.

243 Hervorzuheben ist aber vor allem die *Know-How-RL*, die den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Schutz von Unternehmensgeheimnissen normiert.⁹⁴⁶

Verfahrensrechtlicher Schutz: Die Art 6 ff RL verpflichten die Mitgliedstaaten zu (verhältnismäßigen) Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfen, die erforderlich sind, um Geschäftsgeheimnisse zu schützen, wobei ein Wettbewerbsverhältnis nicht vorliegen muss.⁹⁴⁷ Art 10 f RL sieht Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vor. Nach Art 9 RL soll die Vertraulichkeit von (tatsächlichen oder angeblichen) Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren gewahrt bleiben, was allerdings voraussetzt, dass der Gegenstand des Verfahrens der rechtswidrige Erwerb bzw die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung sein muss.

Die RL schützt dabei nicht nur die Geheimnis-Sphäre eines potenziellen Verletzers, sondern auch jene des Verletzten, um es diesem zu erleichtern, zur effektiven Rechtsdurchsetzung ein Geheimnis in das Verfahren einzuführen. Hier zeigt sich das Spannungsfeld zwischen dem Geheimnisschutz, der Parteiöffentlichkeit (dem rechtlichen Gehör) und dem effektiven Rechtsschutz besonders deutlich.

Materiellrechtlicher Schutz: Daneben enthält die RL Bestimmungen über Verjährungsfristen (Art 8 RL [Höchstdauer von sechs Jahren]) und Sanktionen bei Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen (Art 12 ff RL).

Zu Letzteren zählen die Erlassung von Anordnungen nach Art 12 Abs 1 RL (zB Verbot der Nutzung bzw der Offenlegung von Geheimnissen oder des Vertriebs von Produkten) bzw von Abhilfemaßnahmen hinsichtlich der rechtsverletzenden Produkte, die in Art 12 Abs 2 RL näher geregelt sind (zB Rückruf, Beseitigung oder Vernichtung rechtsverletzender Produkte), die Gewährung von Schadenersatz und die Urteilsveröffentlichung.

943 *Gomille*, Informationsproblem 316.

944 *M. Berger* in *Brenn*, Grundrechtscharta 16.

945 Als Bürgerrecht umfasst Art 41 das Recht auf eine gute Verwaltung, wonach ua jede Person Zugang zu den sie betreffenden Akten hat, dies freilich nur »unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses«. Vgl zB das Urteil des Europäischen Gerichts vom 16. 12. 2010, T-19/07, *Systran/Europäische Kommission*, Rn 79.

946 Vgl dazu etwa *Rassi*, Zak 2016, 404 mwN.

947 *Gassauer-Fleissner*, *ecolex* 2016, 708 unter Hinweis auf Erwägungsgrund 6.

Auch *völkerrechtlich* genießen Unternehmensgeheimnisse Schutz. Für den Bereich des geistigen Eigentums ist dabei vor allem auf das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums BGBl 1995/1 idGF (WTO-Abkommen bzw TRIPS-Übereinkommen) zu verweisen.⁹⁴⁸ Nach Art 39 TRIPS-Übereinkommen haben natürliche und juristische⁹⁴⁹ Personen die Möglichkeit, zu verhindern, dass geheime Informationen (*undisclosed information*), die rechtmäßig unter ihrer Kontrolle stehen, ohne ihre Zustimmung auf eine Weise, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel zuwiderläuft, Dritten offengelegt, von diesen erworben oder benutzt werden. Das setzt voraus, dass die Informationen nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich sind und deshalb wirtschaftlichen Wert haben, wobei angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen des Schutzberechtigten zu treffen sind. Verfahrensrechtlich findet dieser Schutz in Art 42 Satz 5 des TRIPS-Übereinkommen Niederschlag. Demnach muss das Verfahren Mittel und Wege vorsehen, um vertrauliche Informationen zu kennzeichnen und zu schützen (*›identify and protect confidential information‹*), sofern dies nicht bestehenden verfassungsrechtlichen Erfordernissen zuwiderlaufen würde.⁹⁵⁰ Alle Mitgliedstaaten der EU wie auch die Union als Ganzes sind an dieses durch den Beschluss 94/800/EG des Rates⁹⁵¹ gebilligte Übereinkommen gebunden.⁹⁵²

Aufgrund der oben geschilderten Normen genießen Unternehmensgeheimnisse somit besonderen grundrechtlichen bzw unionsrechtlichen Schutz. Wenngleich die Nähe von (technischen) Unternehmensgeheimnissen zum absolut geschützten geistigen Eigentum (vor allem zu Patentrechten) auf der Hand liegt, ist jedoch der Schutz von Unternehmensgeheimnissen eingeschränkt. Ungeachtet der grundrechtlichen Absicherung wirkt dieser nämlich nur, solange es um ihre unlautere/unredliche Aneignung bzw Verwertung geht.⁹⁵³ Ein absoluter Schutz ist schon deshalb abzulehnen, weil dann die Grenzen zum Immaterialgüterrecht (insb Patentrecht) verschwimmen. Zutreffend weist in diesem Zusammenhang *Honsell* darauf hin, dass das Geheimnis kein Gegenstand, sondern ein Zustand sei,

948 *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 34, 67.

949 Auch nach § 26b Abs 2 UWG kann der Inhaber eines Geheimnisses eine natürliche oder juristische Person sein.

950 Aus dieser Bestimmung leiten *McGuire/Joachim/Künzel/Weber* (GRUR Int 2010, 835) die Pflicht zur Bereitstellung eines *in camera*-Verfahrens ab, wobei sie diese Aussage wegen des genannten Vorbehalts gleichzeitig relativieren [*›erscheint es fraglich‹*].

951 Beschluss des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABL. L 336 vom 23.12.1994, S. 1).

952 Vgl Erwägungsgrund 5 der *Know-how-RL*.

953 *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 8; *Kraßer*, GRUR 1970, 595; *McGuire*, GRUR 2015, 426; *McGuire/Joachim/Künzel/Weber*, GRUR Int 2010, 835.

der seinem Träger nicht rechtliche, sondern faktische Exklusivität gewährt.⁹⁵⁴ Diese Einschränkung⁹⁵⁵ wird in der Praxis vor allem bei (technischen) Betriebsgeheimnissen schlagend, wenn Konkurrenten des Unternehmens deren geheime Rezepte, Verfahrensabläufe etc selbst entdecken oder »erfinden«. Es liegt daher grundsätzlich kein (rechtswidriger) Eingriff in die Rechtsstellung eines Unternehmers vor, wenn dessen Konkurrent vom Inhalt eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses Kenntnis erlangt und dieses benützt, sofern kein unlauteres Verhalten vorliegt.⁹⁵⁶ Das hat zur Folge, dass Unternehmen neben besonders wichtigen Innovationsritten vor allem solche Erfindungen, die man aus faktischen Gründen wegen möglicher Nachkonstruktion (*»reverse engineering«*) nicht geheim halten kann, durch Registerschutzrechte (Patente, Gebrauchsmuster, Designrechte) schützen, während das sonstige *Know-how* durch faktische Geheimhaltung geschützt wird.⁹⁵⁷ Dieser Schutz endet mit dem Offenkundigwerden.⁹⁵⁸ Das führt im Bereich des *Know-hows* zu unterschiedlicher Behandlung, je nachdem, ob dieses als Registerrecht zwar absoluten Schutz genießt, aber damit auch offenkundig ist⁹⁵⁹ oder ob es bloß relativen Schutz als Unternehmensgeheimnis genießt. Diese Unterscheidung ist gerechtfertigt. Zutreffend weist *McGuire* in diesem Zusammenhang auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit hin, der ausgehöhlt werden würde, wenn ein Mitbewerber bei jeder Innovation riskiert, dadurch ein ihm *per definitionem* nicht bekanntes – weil geheimes – *Know-how* an einer übereinstimmenden Leistung zu verletzen.⁹⁶⁰ Das Gesagte findet auch in der UWG-Novelle 2018 Niederschlag, wird doch in § 26c und § 26 UWG klar unterschieden, ob Erwerb, Nutzung bzw Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen rechtswidrig oder rechtmäßig erfolgt.

246 Zusammenfassend ist hervorzustreichen, dass der Schutz des Unternehmensgeheimnisses in den Schutzbereich mehrerer Grundrechte fällt. Ein Eingriff in ein derartiges Geheimnis kann das Eigentumsrecht, das Recht der Berufsfreiheit, das Recht auf Privatleben und das Grundrecht auf Datenschutz tangieren, wobei

954 *Honsell*, Geheimnisschutz 50.

955 Vgl dazu auch Art 39 Z 2 TRIPS-Übereinkommen, der den Schutzberechtigten nur dann vor der Offenlegung eines Geheimnisses Dritten gegenüber schützt, wenn die Offenlegung auf eine Weise geschehen soll, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel zuwiderläuft.

956 Vgl etwa auch § 11 UWG, wonach sich ein Dritter, der Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse verwertet oder an andere mitteilt, nur dann strafbar macht, wenn er wegen eines vertragsbrechenden Dienstnehmers oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung Kenntnis vom Geheimnis erlangt hat.

957 *McGuire*, GRUR 2015, 425 [*»[...] faktisch durch Geheimhaltung monopolisiert: Was der Mitbewerber nicht kennt, kann er nicht kopieren«*].

958 *Rojahn* in FS-Loewenheim 251.

959 Vgl zB für das Patentrecht § 87a (Offenbarung) und auch § 81 Abs 2 PatG 1970. Das Wort »Patent« leitet sich von *patere* ab und bedeutet wörtlich: »sie stehen offen«. Dazu auch *Heidinger* in *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht³ 35.

960 *McGuire*, GRUR 2015, 426.

letzteres nicht schlechthin, sondern nur dann gilt, wenn das Unternehmensgeheimnis personenbezogene Daten betrifft. Der beschriebene Grundrechtsschutz ist in der EMRK, der GRC und im StGG normiert und findet Niederschlag in zahlreichen einfachgesetzlichen Normen bzw (vor allem) in sekundärrechtlichen Normen des Unionsrechts. Das Unternehmensgeheimnis genießt keinen absoluten Schutz. Abgesehen davon, dass die beschriebenen Grundrechte Eingriffe erlauben (siehe Rz 385), gilt der Schutz von Unternehmensgeheimnissen nur, solange es sich um die unredliche Aneignung oder Verwertung handelt. Gerade deshalb werden Geheimnisträger darauf achten, dass Geheimnisse in einem Zivilverfahren nicht offengelegt werden. Die im 1. Teil aufgezeigte prozessuale Kooperationspflicht ist hier einer Bewährungsprobe ausgesetzt. Diese wird zum einen dadurch verschärft, dass das geltende Prozessrecht diesbezüglich kein umfassendes Konzept anbietet, um Kooperation und Geheimnisschutz harmonisch zu vereinen. Zum anderen ruft ein bestehender/fehlender Geheimnisschutz im Verfahren Konfliktsituationen mit anderen grundrechtlich geschützten Positionen hervor.

IV. Grundrechtliche Konfliktsituationen im Zivilverfahren im Zusammenhang mit dem Schutz von Unternehmensgeheimnissen

Der besondere (verfassungsrechtliche) Schutz von Unternehmensgeheimnissen findet seinen Niederschlag in weiten Bereichen des materiellen Rechts und wirkt sich dort dahingehend aus, dass der Berechtigte sich seinem Vertragspartner, aber auch Dritten gegenüber auf Unternehmensgeheimnisse berufen und ihnen gegenüber Verletzungen geltend machen kann.

247

Exemplarisch für diesen materiellrechtlichen Schutz sind die entsprechenden Bestimmungen im UWG. § 13 UWG normierte vor der UWG Novelle bei geheimnisrechtlichen Verstößen Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche, nach § 15 UWG war davon ein Beseitigungsanspruch erfasst. Entsprechendes regeln nunmehr §§ 26e ff UWG. Eine Ausbeutung von Unternehmensgeheimnissen kann zudem unter § 1 UWG fallen.⁹⁶¹ Daneben beschränkt der drohende Verrat von Geschäftsgeheimnissen materiellrechtliche Informationsansprüche.⁹⁶² Im Arbeitsrecht rechtfertigt der Verrat eines Unternehmensgeheimnisses die Entlassung.⁹⁶³

961 RIS-Justiz RS0078330.

962 1 Ob 633/79 SZ 52/134 (Teilnahme an der Gesellschafterversammlung); 6 Ob 210/99x (Bucheinsicht bei der GmbH nach § 22 GmbHG).

963 RIS-Justiz RS0027833, RS0029749. Auch ein sonst geschütztes Betriebsratsmitglied kann deshalb entlassen werden (§ 122 Abs 1 Z 4 ArbVG).

248 Allerdings beschränkt sich der Schutz von Unternehmensgeheimnissen nicht nur auf den Bereich des *materiellen Rechts*. Vielmehr ist insb auch im *gerichtlichen Verfahren* auf die grundrechtlich geschützte Position Bedacht zu nehmen. Wie bei anderen Geheimhaltungsinteressen sind die Situationen durchaus mannigfaltig, bei denen die Offenbarung eines Unternehmensgeheimnisses droht. Zu denken ist dabei vor allem an das mündliche und schriftliche *Prozessvorbringen*, das *Beweisverfahren* und die gerichtlichen *Entscheidungen*, in denen Geheimnisse Gegenstand sein können oder nur »beiläufig« offenbart werden. Vor allem die *Parteiöffentlichkeit*, die *Volksöffentlichkeit* oder die *Akteneinsicht Dritter* bzw die *Aktenübersendung* im Rahmen der Rechtshilfe gefährden Geheimnisse. Das betrifft primär – aber nicht nur – die von der beweisbelasteten Partei in das Verfahren eingeführten Geheimnisse. Bei den hier zu untersuchenden Grenzen der Kooperationspflichten der Parteien ist gerade der Geheimnisschutz zu beachten, wenn eine nicht beweisbelastete Partei verpflichtet werden soll, Tatsachen preiszugeben oder Beweismittel vorzulegen. Bei einem schützenswerten Geheimnis ist eine Pflicht zur Kooperation, die die nicht beweisbelastete Partei zwingt, Unternehmensgeheimnisse zugunsten ihres Prozessgegners zu lüften, besonders problematisch. Mit gutem Grund könnte hier entgegnet werden, dass der Kooperationspflicht wegen Unzumutbarkeit Grenzen gesetzt sind.

249 Aus grundrechtlicher Sicht⁹⁶⁴ wird eine Lösung allerdings insoweit erschwert, als nicht nur Geheimhaltungsinteressen, sondern auch das Recht auf ein faires Verfahren (bzw das rechtliche Gehör) und das Recht auf effektiven Rechtsschutz (bzw der Justizgewährungsanspruch) zu beachten sind. Für Österreich hat *Schneider* bereits zutreffend herausgearbeitet, dass nicht nur die Geheimhaltungssphäre des Geheimnisträgers (bzw Inhabers des Geheimnisses) zu schützen ist, sondern auch der Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung des Prozessgegners.⁹⁶⁵ Demnach könne der Schutz von Unternehmensgeheimnissen nicht dazu führen, dass eine Partei in ihrer Möglichkeit der effektiven Rechtsdurchsetzung beschnitten werde.⁹⁶⁶ Es müssten daher Wege gefunden werden, den Schutz des Unternehmensgeheimnisses sowie das Recht auf effektiven Rechtsschutz gleichzeitig zu gewährleisten,⁹⁶⁷ vgl Rz 480 und Rz 862. Ungeachtet ihrer grundrechtlichen Absicherung ist es aus verfassungs- und grundrechtlicher Sicht in der Tat mehr als zweifelhaft, dass Unternehmensgeheimnisse im Verfahren stets *absolut* (im Sinne von uneingeschränkt) geschützt werden müssen,⁹⁶⁸ weil der Schutz von Geheimhaltungsinteressen zum *Anspruch auf rechtliches Gehör*⁹⁶⁹ und zum Recht auf *effektive Rechtsdurchsetzung* bzw

964 Das betrifft die EMRK, das Unionsrecht und auch das innerstaatliche Verfassungsrecht.

965 *Schneider*, Geheimnisschutz 174; *Schneider*, ÖJZ 2013, 151.

966 *Schneider*, *ecolex* 2011, 96.

967 *Schneider*, *ecolex* 2011, 96.

968 *Schneider*, *ecolex* 2011, 96.

969 Entsprechendes gilt auch für den Grundsatz der Öffentlichkeit und die aus dem Gehörsanspruch abzuleitende Parteienöffentlichkeit. Teilweise werden Geheimhaltungsinteressen nicht grund-

zum *Justizgewährungsanspruch* in Spannung stehen kann, wobei sämtliche genannten Rechtspositionen grundrechtlich geschützt sind.⁹⁷⁰ Im Zivilverfahren sind mehrere Konstellationen denkbar, bei denen die genannten Grundrechte miteinander kollidieren. Plastisch bezeichnet *Gurlit* dieses Spannungsfeld als »*verfassungsrechtliches Trilemma*«. ⁹⁷¹

Der Geheimhaltungsschutz kann zum einen mit dem *Anspruch auf ein faires Verfahren* nach Art 6 EMRK kollidieren, der Eingriffe in den Schutz eines Unternehmensgeheimnisses rechtfertigen kann. Dieser Anspruch ist entscheidend von der Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs geprägt. Der Legitimationsgrund gerichtlicher Entscheidungen liegt gerade in der Möglichkeit des Gehörs im Rahmen eines fairen Verfahrens. Eine Partei, die sich am Verfahren nicht effektiv beteiligen konnte, kann daher im Allgemeinen nicht von den Urteilswirkungen umfasst werden. Vgl Rz 380.

Schließlich kann der Geheimnisschutz den Anspruch auf *effektiven Rechtsschutz* bzw den damit verwandten *Justizgewährungsanspruch* tangieren, weil auch diese Ansprüche Eingriffe in Geheimhaltungsinteressen notwendig/erforderlich machen können.⁹⁷² Bereits aus dem subjektiven Rechtsanspruch ist ableitbar, dass der Staat ein entsprechendes Verfahren zur Verfügung stellen muss, damit dieses Recht effektiv durchgesetzt werden kann.⁹⁷³ Nach dem in Art 6 EMRK abgesicherten Justizgewährungsanspruch muss der Staat – als Ausgleich zum Gewaltmonopol – nämlich dafür sorgen, dass der Einzelne Zugang zu den Gerichten erlangen kann, was die effektive Durchsetzung von materiellen Ansprüchen und die Abwehr von unberechtigten Ansprüchen des Gegners mitumfasst, weshalb der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz eine Ausprägung des Justizgewährungsanspruchs ist.⁹⁷⁴ Vom Verfassungsgerichtshof wird in ständiger Judikatur betont, dass die Effektivität des Rechtsschutzes sich aus dem Rechtsstaatprinzip ergibt und ein wesentliches Element dieses Grundsatzes ist,⁹⁷⁵ zumal dieser Grundsatz gemäß der Judikatur des VfGH erfordert, dass ein Verfahren in der Weise gestaltet sein muss, dass es gewährleistet, letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis zu führen. »*Ein dem rechtsstaatlichen Prinzip innewohnender Gesichtspunkt besteht insb auch darin, dass die unabdingbar geforderten Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach*

rechtlich geschützte Positionen der Parteien, sondern allgemein rechtsstaatliche Prinzipien des Zivilprozesses (also etwa die Öffentlichkeit) gegenübergestellt (vgl *Rojahn* in FS-Loewenheim 252), was aber für die hier zu behandelnde Problematik im Ergebnis keinen Unterschied macht.

970 *Schneider*, ÖJZ 2013, 151.

971 *Gurlit* in *Säcker TKG*³ § 138 Rz 6.

972 *Schneider*, Geheimnisschutz 174; *Schneider*, ÖJZ 2013, 151.

973 *Götz*, Schutz 23.

974 *Götz*, Schutz 23 mwN.

975 Vgl VfGH G 119/86 VfSlg 11.196; G 199/90 VfSlg 12.683; G 237/03 VfSlg 14.702; G 210/98, G 214, 215/98, G 217 ua VfSlg 15.369; G 151/02 VfSlg 16.722; G 237/03 VfSlg 17.340; G 59/2013 VfSlg 1984/1; dazu etwa *Hiesel*, ÖJZ 2009, 113 f; *Hiesel*, ÖJZ 2016, 207 f; *Schneider*, ÖJZ 2013, 150.

ein bestimmtes Maß an Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen.«⁹⁷⁶ Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ist als Grundsatz im Unionsrecht verankert (Effektivitätsgrundsatz, vgl Art 47 Abs 1 GRCh und Rz 427 ff), was dann bedeutsam wird, wenn in einem Verfahren in Österreich ein sonstiger Bezug zum Unionsrecht gegeben ist.⁹⁷⁷ Nach der Judikatur des EuGH obliegt es dem nationalen Gesetzgeber, die Modalitäten der Verfahren festzulegen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Diese Modalitäten dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als die, die bei ähnlichen internen Sachverhalten gelten (*Grundsatz der Äquivalenz*), und nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der Rechte, die die Unionsrechtsordnung einräumt, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Grundsatz der Effektivität*),⁹⁷⁸ wobei sich daraus keine Erfolgsgarantie ergibt.⁹⁷⁹

252

In Anknüpfung an diese Judikatur wendet die österreichische Rechtsprechung diesen Grundsatz vor allem in Bereichen mit Unionsrechtsbezug an.⁹⁸⁰ Teilweise wird sogar ausdrücklich vertreten, dass von einem Verstoß gegen den Grundsatz der Effektivität nicht auszugehen ist, wenn eine Partei keinen aus dem Unionsrecht abgeleiteten materiellen Anspruch geltend macht.⁹⁸¹ Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als es sich um den *unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz* handelt. Für Fälle ohne Bezug zum Unionsrecht ergibt sich im Ergebnis jedoch kein Unterschied. Die starke Betonung des Effektivitätsgrundsatzes im Unionsrecht ist daraus zu erklären, dass die durch die Unionsrechtsordnung eingeräumten Rechte häufig mit innerstaatlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten kollidieren. Eine derartige »Konkurrenz« fehlt im Bereich außerhalb des Unionsrechts. Dessen ungeachtet gebietet bereits Art 6 EMRK, dass die Durchsetzung der von der EMRK geschützten Rechte nicht unmöglich oder übermäßig erschwert sein darf;⁹⁸² schließlich gewährleistet diese Bestimmung das *Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz*.⁹⁸³

976 G 151/02 VfSlg 16.722.

977 M. Berger in Brenner, Grundrechtscharta 20.

978 ZB EuGH 14.12.1995, C-312/93, *Peterbroeck/Belgien*, Rn 12 mwN; EuGH 14.3.2013, C-420/11, *Leth/Österreich ua*, Rn 38; EuGH 14.6.2012, C-618/10, *Banco Español/Camino*, Rn 46.

979 Eser in Meyer, Charta der Grundrechte der EU⁴ Art 47 Rz 3 und 19 mwN; idS auch 8 Ob 29/13t.

980 9 ObA 87/15g (arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz); 1 Ob 51/15d und 1 Ob 286/03w (Staatenhaftung); 4 Ob 2/15w (Vergaberecht); 7 Ob 121/14s und 4 Ob 168/12b (Kartellschadenersatzrecht) 2 Ob 156/13z (europäischer Zivilprozess); 4 Ob 183/13k (unlautere Geschäftspraktiken); 1 Ob 71/13t (freier Dienstleistungsverkehr); 4 Ob 154/09i (staatliche Beihilfe).

981 8 Ob 12/15w.

982 In mannigfaltigen Bereichen betont der EGMR die Notwendigkeit des effektiven Zugangs zum Gericht: EGMR 16.7.2002, 56547/00, *P. C. und S./Großbritannien* (Rechtsbeistand bei Adoption); EGMR 22.3.2007, 59519/00, *Staroszczyk/Polen* (interessensloser Verfahrenshelfer); EGMR 19.5.2009, 18353/03, *Kulikowski/Polen* (fehlende Rechtsbelehrung); EGMR 21.1.2011, 30696/09, *M. S. S./Belgien und Griechenland* (Zugänglichkeit zu einem Rechtsbehelf).

983 *Klicka in Fasching/Konecny*³ § 411 ZPO Rz 106 (mit zutreffendem Hinweis im Zusammenhang mit der Rechtsrafterstreckung auf den Rechtsnachfolger, dass der Anspruch auf Gehör sich insoweit relativieren muss, als diesem Grundrecht ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Der EGMR vertritt im Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zu Gericht, dass dieses nicht nur »*theoretisch und illusorisch*«, sondern effektiv gewährleistet sein muss,⁹⁸⁴ wobei die Effektivität des Zugangs zu Gericht nicht von der Gewissheit eines positiven Verfahrensausgangs abhängt.⁹⁸⁵ Eine Bezugnahme zur EMRK wird sich im hier zu prüfenden Zusammenhang idR ergeben, sie ist jedoch nicht zwingend. Darüber hinaus ist ganz allgemein anerkannt, dass die Möglichkeit zur effektiven Rechtsausübung immanenter Bestandteil eines eingeräumten Rechts ist.⁹⁸⁶

Der Grundsatz des *effektiven Rechtsschutzes* verlangt, dass die Rechtsverfolgung oder -verteidigung nicht durch Handlungen des Prozessgegners konterkariert wird⁹⁸⁷ und schützt vor (vermeidbaren) Verfahrensverzögerungen.⁹⁸⁸ Ganz deutlich ergibt sich das Gebot der effektiven Rechtsdurchsetzung aus der Zurverfügungstellung einstweiliger Maßnahmen, weil die bloße Möglichkeit, ein stattgebendes Urteil zu erwirken, oft nicht ausreichen wird, um effektiven Rechtsschutz zu gewähren, wenn die Rechtsposition des Klägers bis zur Durchsetzung gefährdet sein kann.⁹⁸⁹ Auch die Ordinationsmöglichkeit nach § 28 JN Abs 1 Z 2 JN wird durch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes verständlich. Mit Ordination soll (in Einzelfällen, aber immerhin) ausgeglichen werden, dass eine effektive Klagemöglichkeit eben nur im Inland möglich ist.⁹⁹⁰ Dem liegt zugrunde dass die (inländischen) Zivilgerichte effektiven Rechtsschutz gewähren bzw zu gewähren haben.

Es liegt auf der Hand, dass der *Gehörsanspruch* einer Partei massiv tangiert wird, wenn Geheimnisse in das Verfahren eingeführt und dort verwertet werden, ohne dass die Partei davon umfassende Kenntnisse erlangen kann. Die *effektive Rechtsdurchsetzung* ist wiederum unter anderem dann gehindert, wenn die berechnigte Partei aufgrund eines Informationsdefizits gar nicht in der Lage ist, ihre Ansprüche

253

des Gläubigers in Art 6 EMRK gegenübersteht); *Rechberger*, MR 2003, 82 [Entscheidungsanm]; 6 Ob 170/08f.

984 EGMR 9.9.2014, 43730/07, *Gajtani/Schweiz* (falsche Rechtsmittelbelehrung in Fall nach HKÜ); *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 52.

985 EGMR 21.1.2011, 30696/09, *M. S. S./Belgien und Griechenland* (Zugänglichkeit zu einem Rechtsbehelf). Daraus und aus der Überlegung, dass die Prüfung des materiellen Rechts Gegenstand eines fairen Verfahrens ist, ist zum einen abzuleiten, dass der Berechnigte keinen Anspruch darauf hat, behauptetes Recht auch erfolgreich durchzusetzen. Zum anderen darf der Staat den Rechtsschutz nicht deshalb verweigern, weil er nicht mit einem positiven Verfahrensausgang für den Antragsteller rechnet.

986 Vgl bereits 5 Ob 266/61 SZ 34/127: »*Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne die es nicht ausgeübt werden kann.*«

987 Ein gutes Beispiel für eine Schutzvorschrift zugunsten effektiver Rechtsdurchsetzung ist die Bestimmung des § 234 ZPO (*Klicka in Fasching/Konecny*³ § 234 ZPO Rz 2; 7 Ob 49/08v), die das Unterlaufen des Rechtsschutzes einer Partei bei Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Gegner verhindert, weil die Veräußerung nicht zum Verlust der Sachlegitimation führt.

988 7 Ob 139/07b; 7 Ob 172/11m; 7 Ob 89/11f.

989 Vgl etwa ausdrücklich 4 Ob 520/94 (unter Bezugnahme auf *Konecny*, wobl 1991, 49 ff und JBl 1994, 9 ff) für den Fall, dass der Räumungskläger bis zur Räumung unmittelbaren physischen oder psychischen Einwirkungen des Beklagten ausgesetzt ist.

990 *Garber in Fasching/Konecny*³ § 28 JN Rz 54; 4 Nc 7/15i; 10 Nc 28/14w uva.

geltend zu machen,⁹⁹¹ wenn etwa schützenswerte Geheimnisse eine Behebung dieser Beweisnot unzumutbar machen. Andererseits wäre es allein aufgrund des grundrechtlich geschützten Unternehmensgeheimnisses bedenklich, wenn diesbezügliche, vertrauliche Umstände stets derart offenbart werden müssten, um dem rechtlichen Gehör und/oder dem effektiven Rechtsschutz zu entsprechen. Es sind durchaus mehrere Fallgruppen zu unterscheiden, die im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör, effektivem Rechtsschutz und Geheimhaltungsinteressen auftreten können.

254 In eher seltenen Fällen bilden Unternehmensgeheimnisse den eigentlichen Streitgegenstand und sind als Teil der Hauptfrage in den Spruch aufzunehmen (Variante 1). In vielen Fällen kann den durch ein Unternehmensgeheimnis geschützten Tatsachen auf der Ebene des Vorbringens bzw des Beweisverfahrens dahingehend eine entscheidende Rolle zukommen, dass das Geheimnis offenbart werden muss, um anspruchsbegründende oder -vernichtende Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, wobei zu unterscheiden ist, ob die Behauptungs- und Beweislast den Träger des Geheimnisses (Variante 2) oder seinen Gegner (Variante 3) trifft.⁹⁹² Schließlich ist eine Gefährdung von jenen Unternehmensgeheimnissen denkbar, die für die Entscheidung keinerlei Relevanz haben, aber im Verfahren »beiläufig« bekannt werden könnten (Variante 4), was freilich für die Zumutbarkeit der prozessualen Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht eine Rolle spielen kann.

Variante 1: Der Kläger begehrt ein Urteil durch das dem Beklagten die Nutzung von *Know-how* (zB die Kenntnis über ein bestimmtes geheimes Rezept) untersagt werden soll, das dieser angeblich unlauter erlangt hat. Damit das Unterlassungsgebot ausreichend bestimmt ist und sich für die Exekution eignet, ist es erforderlich, das geheime Rezept näher darzulegen. Auch wenn der Beklagte ein anderes Rezept verwendet, hätte diese Vorgangsweise zur Folge, dass der Beklagte vom klägerischen Rezept Kenntnis erlangt. Billigt man dem Kläger zu, das Geheimnis ins Verfahren derart einzuführen, ohne dass der Beklagte davon Kenntnis erlangen könnte, wäre wiederum der Beklagte in seinen verfahrensrechtlichen Garantien massiv beeinträchtigt.

Variante 2: Die klagende Bank klagt ihren ehemaligen Vorstand auf Schadenersatz, weil dieser Kredite ohne entsprechende Sicherheiten und Bonitätsprüfung vergeben hat. Sie will zur Erfüllung ihrer Beweislast dazu die entsprechenden Kredit-

991 Vgl etwa auch 3 Ob 72/02p, wonach das Informationsdefizit eines Geschädigten über die Identität des unmittelbaren Störers sogar dazu führte, den Schaffer der Gefahrenquelle mit der Haftung gegenüber dem Geschädigten zu belasten. Unter Bezugnahme der Möglichkeit effektiver Rechtsdurchsetzung ging der OGH dabei davon aus, dass es für den Geschädigten leichter sei, den Schaffer der Gefahrenquelle zu eruieren, der wiederum den direkten Schädiger kennt oder leicht ermitteln kann.

992 Eine entsprechende Unterscheidung trifft etwa auch *Schneider* (eocolex 2011, 97ff), die bei der Geheimhaltungsproblematik danach differenziert, ob die beweisbelastete oder die nicht beweisbelastete Partei Unternehmensgeheimnisse in das Verfahren einführt.

unterlagen vorlegen, scheut davor aber zurück, weil sie damit gegen das Bankgeheimnis verstoßen könnte.⁹⁹³

Der klagende Patentinhaber stützt sich in einem Schadenersatzprozess gegen den Beklagten auf einen Eingriff in das Patent und beruft sich dabei auf die gesetzliche Vermutung des § 155 PatG 1970. Um den Beweis des Gegenteils erfolgreich antreten zu können, muss der insoweit beweisbelastete Beklagte zu den geheimen Herstellungsmethoden ein schlüssiges Vorbringen erstatten und den diesbezüglichen Beweis antreten.

Der Kläger verlangt in einem arbeitsrechtlichen Streit Schadenersatz wegen seiner ungerechtfertigten Entlassung, die der beklagte Arbeitgeber auf den Bruch eines Geschäftsgeheimnisses stützt. Um zum Entlassungsgrund ein schlüssiges Vorbringen erstatten zu können, läuft der beweisbelastete Beklagte Gefahr, das Unternehmensgeheimnis zu offenbaren.

Variante 3: Der mit dem Verdienstentgang des klagenden Unternehmers konfrontierte Schädiger hat im Zusammenhang mit der von ihm zu behauptenden und zu beweisenden Schadensminderungspflicht des Geschädigten wenig Einblick, ob für den Kläger die Möglichkeit bestand, ein Deckungsgeschäft abzuschließen. Eine Einsicht in dessen Geschäftsbücher würde die Aufklärung erleichtern.

Der klagende Urheber eines Computerprogramms macht gegen den Beklagten Unterlassungsansprüche wegen Verletzungen seines Urheberrechts geltend. Nur wenn der nicht beweisbelastete Beklagte den Quellcode seiner Software offenlegt, steht fest, ob eine Verletzung vorliegt.

Der Kläger begehrt nach § 16 Abs 1 UWG Schadenersatz von einem Beklagten, der früher in seinem Unternehmen beschäftigt war und durch wettbewerbswidrige Handlungen ein Konkurrenzunternehmen gründete und diesem Kunden des Klägers zuführte. Für die Höhe des Schadens ist (auch) auf den Umsatz des Konkurrenzunternehmens abzustellen. Wird der Beklagte verpflichtet, entsprechende Unterlagen herauszugeben, greift dies in seine Geschäftsgeheimnisse ein. Eine Vorlage der Unterlage unter Ausschluss des Klägers schränkt wiederum dessen Gehör ein.

Variante 4: Im Zuge eines Gewährleistungsprozesses findet in der Fabrikshalle der klagenden Partei ein Lokalausgensein statt, bei dem eine vom Beklagten verkaufte Maschine begutachtet werden soll. Es besteht die Gefahr, dass der Beklagten und sein Anwalt dadurch Teile des Produktionsprozesses des Klägers wahrnehmen.

Die Varianten 1 und 2 sind davon geprägt, dass die beweisbelastete Partei ein Geheimnis in den Prozess einführen will, ohne es gleichzeitig dem Gegner (und allenfalls auch nicht dem Gericht⁹⁹⁴) offenbaren zu wollen. Werden Geheimnisse

255

993 6 Ob 157/14b EvBl 2015/61 [zustimmend *Schneider*] = ÖBA 2015/2114 [zustimmend *Sindelar*].

994 Dabei kann in diesem Zusammenhang etwa daran gedacht werden, dass ein Sachverständiger das vertrauliche Material sichtet und darauf basierend ein Gutachten erstattet, ohne dessen Grundlagen umfassend offenzulegen (Filterfunktion). Dazu Rz 811. Vom OGH wurde in der Entscheidung 9 ObA 7/04a freilich bereits klargestellt, dass keine gesetzliche Grundlage dafür bestehe, dass Beweisurkunden nur dem Sachverständigen zugänglich gemacht werden und sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert. Nunmehr

einer Partei vor dem Gegner geschützt und dennoch in das Verfahren eingeführt und dort verwertet, steht dies im Spannungsfeld zum Gehörsanspruch des Gegners. Die Geheimhaltungsinteressen⁹⁹⁵ und das Recht auf effektive Rechtsverfolgung (bzw der Justizgewährungsanspruch) wären wiederum berührt, wenn die Partei gezwungen wäre, zwischen dem Geheimnisbruch und dem Prozessverlust zu wählen.⁹⁹⁶ Gibt man dem rechtlichen Gehör des Beklagten als nicht beweisbelasteter Partei absoluten Vorrang, muss sich der Kläger als beweisbelastete Partei entscheiden, ob er das Geheimnis preisgibt oder den Prozessverlust riskieren will, wodurch seine grundrechtlich gesicherte Position beeinträchtigt wird.⁹⁹⁷ Diese Varianten werden hier nicht weiter untersucht, weil sie mit den eigentlichen prozessualen Kooperationspflichten nichts zu tun haben.⁹⁹⁸

256

Für die hier zu untersuchende Problematik ist der Schwerpunkt auf Varianten 3 und 4 zu legen. Bei Variante 3 ist an die eingangs (Rz 7f) als Untersuchungsgegenstand beschriebene Ausgangssituation zu denken, bei der sich die Beweismittel bzw relevanten Informationen in der Sphäre der nicht beweisbelasteten Partei befinden. Hier hätte ein Vorrang des Geheimnisschutzes der nicht beweisbelasteten Partei für den Beweisbelasteten die nicht unbedenkliche Konsequenz, dass er seine Ansprüche ungeachtet der sonst bestehenden Mitwirkungspflicht seines Gegners nicht effektiv durchsetzen kann oder dazu genötigt werden könnte, seinen Gehörsanspruch aufzugeben, wenn der Gegner im Sinne seiner grundsätzlichen Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht zwar bereit ist, das Geheimnis offenzulegen, gleichzeitig aber verlangt, dass dieses vor dem Gegner (und allenfalls vor dem Gericht) geschützt bleibt. Negiert man hier hingegen den Geheimnisschutz, stellt sich die Frage, ob der nicht beweisbelasteten Partei die Kooperation noch zumutbar ist. Auch Variante 4 darf nicht aus den Augen gelassen werden, weil die Gefahr der zufälligen bzw beiläufigen Lüftung eines für das Verfahren gar nicht relevanten Unternehmensgeheimnisses die Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei ebenso unzumutbar machen könnte. Hier muss das Prozessrecht besonders danach trachten, das Geheimnis zu schützen, zumal dessen Offenlegung zur effektiven Rechts-

ermöglicht § 37j Abs 6 Z 4 KartellG 2005 freilich (für Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben), dass das Gericht Sachverständige anweist, »eine Zusammenfassung vorzulegen, die keine vertraulichen Informationen enthält.«

995 Diese können darin liegen, dass der Geheimnisträger selbst ein Interesse an der Geheimhaltung hat, oder auch, dass er dazu verpflichtet ist, das Geheimnis zu wahren bzw einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt.

996 Gerade davon schien die Rechtslage (vgl etwa §§ 226 oder 244 Abs 2 Z 4 ZPO) vor der UWG-Novelle 2018 (vgl § 26h UWG, siehe dazu Rz 905 ff) auszugehen. Mit Deutlichkeit wird in der Entscheidung 4 Ob 162/90 ausgesprochen, dass ein Kläger in Kauf nehmen muss, dass er sein Prozessziel nicht erreicht, wenn er dem Beklagten zwar eine Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses zum Vorwurf macht, dieses aber nicht (ungeschützt) offenlegen will. Mit § 26h UWG soll ein solches Dilemma nun verhindert werden.

997 Vgl Götz, Schutz 23 mwN; *Rojahn* in FS-Loewenheim 255; *Stürner*, JZ 1985, 457.

998 Die Bestimmung des § 26h UWG, die unten bei Rz 905 ff skizziert wird, betrifft die Variante 2.

durchsetzung des Beweisführers gar nicht notwendig ist. Es wird noch zu zeigen sein, dass bereits das geltende Prozessrecht die Parteien dafür schützt, die für das Verfahren unwesentlichen, aber von einem Unternehmensgeheimnis geschützten Umstände in das Verfahren einzuführen.⁹⁹⁹

Es soll im Folgenden zunächst überprüft werden, inwieweit Geheimhaltungsinteressen den prozessualen Kooperationspflichten Grenzen setzen bzw ob es der prozessuale Geheimnisschutz der nicht beweisbelasteten Partei zumutbar macht, Unternehmensgeheimnisse in das Verfahren einzuführen, um den Anspruch des Gegners auf effektiven Rechtsschutz zu stärken. Dabei sollen Geheimhaltungsinteressen – einerseits bei der gebotenen Mitwirkung im Beweisverfahren, andererseits bei der Aufklärung außerhalb des Beweisverfahrens – untersucht werden und die bestehenden gesetzlichen Lösungen geprüft werden. Es wird gezeigt werden, dass die Prozessordnung zwar auf den Schutz vertraulicher Informationen Rücksicht nimmt, dieser aber lückenhaft ausgestaltet ist und auf widerstreitende grundrechtliche Positionen (dazu näher im 3. Teil dieser Arbeit) nicht ausreichend Bedacht nimmt.

257

V. Grenzen der Kooperationspflichten beim Urkundenbeweis

A. Allgemeine Vorlagepflicht, Ausnahme und Gegenausnahme

Das Gesetz unterscheidet bei der Vorlage von Urkunden danach, ob die Urkunde durch den Beweisführer oder den Gegner vorzulegen ist. *Klein/Engel* sprechen hier zutreffend von verschiedenen Arten der Antretung eines Beweises.¹⁰⁰⁰ Die Vorlage durch den Beweisführer regeln §§ 298 ff ZPO (dazu Rz 741 ff), während §§ 303 ff ZPO die Vorlegung der Urkunde durch den Gegner der beweisbelasteten Partei normieren. Das Problem, ob die nicht beweisbelastete Partei im Bereich des Urkundenbeweises bei Geheimhaltungsinteressen mit dem Beweisführer kooperieren muss, ist daher primär nach §§ 303 ff ZPO zu prüfen. Allerdings wird bei der zu untersuchenden nach Frage der »geschützten Verwertung« von vertraulichen Informationen auch auf die Bestimmungen des § 298 ZPO einzugehen sein, die für die hier zu untersuchende Konstellation wertvolle Hinweise bietet. Insgesamt haben die Bestimmungen über den Urkundenbeweis wohl eher geringe praktische Bedeutung.¹⁰⁰¹

258

999 Zum Urkundenbeweis vertritt *Schumacher* (ÖBl 1988, 96) unter Bezugnahme auf § 298 Abs 2 ZPO und § 46 HGB alt (nunmehr § 214 UGB) den Standpunkt, dass das Prozessrecht Vorschriften über die Möglichkeit der Beschränkung der gegnerischen Einsicht *einzig auf den Streitpunkt* gibt.

1000 *Klein/Engel*, Zivilprozess 352.

1001 *Rechberger* in FS 100 Jahre ZPO 57.

Dessen ungeachtet lassen sich aus dem Regelwerk Wertungen ableiten, die – wie bereits aufgezeigt – eine allgemeine Kooperationspflicht stützen und die den Umgang mit Geheimhaltungsinteressen betreffen.

259 Anders als die dZPO hat die ZPO eine *allgemeine* prozessuale Urkundenvorlagepflicht normiert, ohne dass es dabei auf eine zivilrechtliche Verpflichtung oder eine Bezugnahme des Urkundeninhabers ankäme.¹⁰⁰² Bereits *grundsätzlich* ist der Gegner der beweisbelasteten Partei verpflichtet, die für das Verfahren relevanten Urkunden dem Gericht und dem Gegner vorzulegen (§ 303 ZPO). Zum besseren Verständnis der Editionsspflicht ist somit § 303 ZPO als dessen Ausgangsnorm anzusehen, während § 305 ZPO als Ausnahmebestimmung und § 304 ZPO als Ausnahme von der Ausnahme zu qualifizieren ist. Die ZPO überlässt die Entscheidung, ob eine Urkunde vorzulegen ist, damit nicht dem Gutdünken der nicht beweisbelasteten (urkundeninnehabenden) Partei, zumal sich diese ohne die normierte Vorlagepflicht in der Regel wohl passiv verhalten würde. Eine freiwillige Mitwirkung des Gegners ist im Allgemeinen nicht zu erwarten, weshalb die Bestimmung des § 303 ZPO durchaus Berechtigung hat. Die nicht beweisbelastete Partei würde mangels prozessualer Editionsspflicht tendenziell wohl nicht danach trachten, den Prozess-erfolg des Beweisführers durch eine Vorlage von Urkunden zu fördern.

260 Um die Geheimhaltungsinteressen des innehabenden Gegners zu schützen, schränkt das Gesetz die Vorlagepflicht aber unter den Voraussetzungen des § 305 ZPO ein. Die Vorlage von Urkunden kann ua nach § 305 Z 4 ZPO dann verweigert werden, wenn der Urkundeninhaber ein *Unternehmensgeheimnis* verletzen würde. Von der Formulierung her werden in erster Linie *Dritte* als Geheimnisträger geschützt. Streng genommen liegt nämlich keine Verletzung eines Geheimnisses durch die Partei vor, wenn diese selbst Träger des Geheimnisses ist. In der Regierungsvorlage hieß es noch »*oder ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis offenbaren müsste*«, während sich das Verb »*verletzen*« nur auf die staatlich anerkannte Pflicht bezog.¹⁰⁰³ Vom Permanenzausschuss wurde dieser Weigerungsgrund im Sinne der noch heute gültigen Fassung umformuliert,¹⁰⁰⁴ wobei sich aus den Materialien kein Hinweis ergibt, dass in diesem Punkt die Editionsspflicht eingeschränkt werden sollte. Mit der Fragenbeantwortung¹⁰⁰⁵ wurde freilich klargestellt, »*dass die Bestimmung sowohl zum Schutz des Kunst- oder Geschäftsgeheimnisses eines Dritten, wie desjenigen der um Urkundenvorlage angegangenen Partei statthaft ist.*« Die Bestimmung umfasst daher auch den Fall des *eigenen Geheimnisses* der Partei,¹⁰⁰⁶ zumal sich der Nebensatz »von der sie nicht gültig entbunden wurde« nur auf die staatlich anerkannte Pflicht

1002 Vgl auch *Schneider*, Geheimnisschutz 171.

1003 § 316 der RV.

1004 Vgl Mat I 906.

1005 Verordnung des Justizministeriums vom 3. 12. 1897 (Fragebeantwortung) JMVBl 1897/44.

1006 IdS auch *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 11/1.

bezieht. Kann sich der Urkundeninhaber auf ein Geschäftsgeheimnis berufen, ist er (außerhalb des § 304 ZPO) zur Kooperation nicht verpflichtet. Die ZPO sieht hier somit eine »*Entweder-oder*«-Lösung vor und ermöglicht keine Abwägung der Interessen im Einzelfall.

Im Gegensatz etwa zur dZPO erkennt die ZPO damit das Vorliegen eines Unternehmensgeheimnisses als Grund an, die Mitwirkung im Beweisverfahren zu verweigern. Das Fehlen eines entsprechenden Verweigerungsgrunds in der dZPO liegt im Wesentlichen darin begründet, dass das deutsche Prozessrecht eben nur eine absolute (unbedingte) Urkundenvorlagepflicht für bestimmte Fälle kennt, bei denen – analog der unbedingten Vorlagepflicht nach der öZPO – keine Verweigerungsgründe eingeräumt werden.¹⁰⁰⁷ Außerhalb der unbedingten Vorlagepflicht musste die dZPO kein Verweigerungsrecht normieren, weil der Urkundeninhaber nach deutschem Prozessrecht ohnedies nicht verpflichtet ist, die Urkunde vorzulegen. Der Vergleich der deutschen Rechtslage mit den Bestimmungen der §§ 303 ff ZPO macht das Zusammenspiel zwischen *Geheimnisschutz* und *Kooperationspflicht* deutlich: Die Frage des Geheimnisschutzes stellt sich erst dann, wenn eine Kooperationspflicht besteht. Die österreichischen Geheimhaltungsregelungen unterstreichen somit als Ausnahmen bzw Begrenzung der Mitwirkung den Umstand, dass die nicht beweisbelastete Partei im Allgemeinen zur Kooperation verpflichtet ist.

261

Der Geheimhaltungsschutz für den Fall des Unternehmensgeheimnisses (und auch bei anderen Weigerungsgründen) gilt nach der ZPO freilich nicht unbeschränkt. Die Urkundenvorlage kann (quasi als *Gegenausnahme*¹⁰⁰⁸) bei einer sogenannten »unbedingten Urkundenvorlagepflicht«¹⁰⁰⁹ nicht verweigert werden. Die Möglichkeit zur Verweigerung der Vorlage einer Urkunde gilt dann nicht, wenn einer der drei Gründe für eine unbedingte Vorlagepflicht vorliegt. Aus dem Zusammenspiel der §§ 303, 304 und 305 ZPO ergibt sich somit, dass die Vorlage des Gegners der beweisbelasteten Partei bei einer unbedingten Vorlagepflicht auch dann nicht verweigert werden darf, wenn dieser mit der Vorlage ein Geschäftsgeheimnis offenbaren würde, weil der Geheimnisschutz des § 305 ZPO nur die Vorlage »anderer Urkunden«, nicht aber die Fälle des § 304 ZPO umfasst.¹⁰¹⁰ Diese Außerachtlassung von Geheimhaltungsinteressen bei der unbedingten Vorlagepflicht ist jedenfalls (auch aus verfassungsrechtlicher Sicht) vertretbar.

262

Damit hat der österreichische Gesetzgeber ein *mehrstufiges Konzept* verwirklicht. Während § 303 ZPO eine *allgemeine Editionsspflicht* normiert, wird der Interessenswiderstreit zwischen den *Aufklärungsinteressen* des Beweisführers und den

263

1007 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 363.

1008 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 85, 98, 112 etc.

1009 Vgl etwa *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 860.

1010 *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 304 ZPO Rz 1 [»In den § 304 ZPO angeführten Fällen kommen Vorlageverweigerungsgründe nicht in Betracht«].

Geheimhaltungsinteressen des nicht beweisbelasteten Urkundeninhabers auf der Ebene des § 305 ZPO zugunsten des Urkundeninhabers gelöst, was allerdings bei einer unbedingten Vorlageverpflichtung im Sinne der Bestimmung des § 304 ZPO nicht gilt, die somit *jegliche Geheimhaltungsinteressen verdrängt*. Der Gesetzgeber hat dadurch die gebotene Interessensabwägung zwischen Aufklärungs- und Geheimhaltungsinteresse bereits vorweggenommen,¹⁰¹¹ somit besteht kein Spielraum für die Lösung des Konflikts zwischen dem Informationsinteresse und dem Geheimhaltungsinteresse in Gestalt einer Abwägungsentscheidung.¹⁰¹² Der Gegner der beweisbelasteten Partei hat außerhalb des Anwendungsbereichs des § 304 ZPO die Möglichkeit, der von ihm verlangten Vorlage die damit verbundene Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses entgegenzuhalten. Das Geschäftsgeheimnis erschwert in diesem Umfang die Rechtsdurchsetzung des Gegners. Das Gesetz gibt hier dem *Geheimnisschutz* der nicht beweisbelasteten Partei gegenüber dem Anspruch des Beweisführers auf *effektive Durchsetzung* seiner Rechtsposition (bzw der *materiellen Wahrheitsermittlung*) den Vorzug.¹⁰¹³ Der Gesetzgeber hat (im Gegensatz zur deutschen Rechtslage)¹⁰¹⁴ das Geschäftsgeheimnis damit (außerhalb der unbedingten Vorlagepflicht) quasi *absolut*¹⁰¹⁵ geschützt. Mit dieser *gesetzlichen Interessensabwägung* wird dem Richter die Möglichkeit abgeschnitten, die Vorlage etwa dann aufzutragen, wenn er die Interessen der geheimhaltungsberechtigten Partei im Anlassfall geringer einschätzt als die Interessen des Beweisführers auf umfassende Aufklärung. Für eine Ausweitung der Editionsspflicht im Einzelfall zugunsten der Rechtsdurchsetzung des Beweisführers bleibt aufgrund der gesetzlichen Konzeption in diesem Fall kein Raum; bei höher scheinenden Interessen

1011 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 359; *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 2.

1012 Zutreffend verweist *Götz* (Schutz 368) darauf, dass die Beseitigung von Restriktionen bei der Informationseinbringung (gemeint im Sinne einer geschützten Verwertung von vertraulichen Umständen) das Bestehen eines solchen Spielraums bzw die Verortung des Konflikts in der Verhandlungswürdigung voraussetzt.

1013 Ungeachtet dieser Einschränkung der Wahrheitsforschung muss neuerlich betont werden, dass die ZPO gegenüber der dZPO hier wesentlich aufklärungsfreundlicher ist, weil diese in einem solchen Fall überhaupt keine Vorlagepflicht kennt, ohne dass es auf Weigerungsgründe überhaupt ankäme.

1014 Vgl *Stadler*, Schutz 257. Diese Autorin betont auch zu Recht, dass bei der Zeugenvernehmung nach der dZPO ein Ausschluss beider Parteien im Sinne eines sonst von ihr favorisierten Geheimverfahrens nicht möglich ist, weil für den Schutz des Dritten mit §§ 383 Abs 1 Z 6, 384 Z 3 dZPO (wie in Österreich) eine eindeutige gesetzgeberische Lösung vorliegt. Diese Bestimmungen würden dem *absoluten Geheimnisschutz* den Vorzug gegenüber der *Wahrheitsermittlung* und damit dem *effektiven Rechtsschutz* geben.

1015 Damit ist gemeint, dass *das Gericht* keine Interessensabwägung vorzunehmen hat, sondern dem Unternehmensgeheimnis stets den Vorrang einräumen muss. Ungeachtet dieses verfahrensrechtlichen Schutzes bleibt das Unternehmensgeheimnis materiellrechtlich nur relativ geschützt. Erwirbt ein Dritter (oder auch der Gegner) auf lautere Art Kenntnis vom Geheimnis, ist dieser nicht daran gehindert, diese Kenntnis zu verwerfen. Die Partei dürfte das Geheimnis in einem solchen Fall ins Verfahren einführen. Vgl dazu Rz 464.

des Beweisführers sind die Verweigerungsgründe des § 305 ZPO daher nachrangig. Betrifft der Weigerungsgrund nur einen (abgrenzbaren) Teil der Urkunde, ermöglicht § 306 ZPO eine selektive Vorlage. Zur Frage, inwieweit § 298 Abs 2 ZPO bei der Vorlage der nicht beweisbelasteten Partei angewandt und damit die Parteiöffentlichkeit zugunsten des Geheimnisschutzes eingeschränkt werden kann, vgl Rz 678, 707, 740, 746 oder 821.

Dass die ZPO den Schutz zuwiderlaufender Interessen derart schematisch umsetzt, wird von *Bienert-Nießl* als »*problematisch*« qualifiziert.¹⁰¹⁶ Diese Regelung bringe den gravierenden Nachteil mit sich, dass auf die widerstreitenden Interessen *in concreto* oft Bedacht genommen werden könne.¹⁰¹⁷

Für ein besseres Verständnis der Regelung ist zu berücksichtigen, dass die Rechtslage auf einen gesetzgeberischen Kompromiss zurückgeht, in dem sich sowohl das damalige Verständnis von der *Verhandlungsmaxime* im Sinne der deutschen ZPO als auch das vor allem von *Franz Klein* befürwortete Ziel der *Wahrheitsforschung* widerspiegeln. Der historische Gesetzgeber sah sich dabei mit der – eine weite Vorlagepflicht normierenden – Bestimmung des § 38 Abs 1 BagatellG 1873¹⁰¹⁸ und dem sonstigen Prozessrecht konfrontiert, das keine Editionsspflicht vorsah.¹⁰¹⁹ Mit der neuen CPO sollte die Wahrheitsforschung durch die Normierung einer allgemeinen Vorlagepflicht außerhalb der Bagatellfälle gestärkt und die Verhandlungsmaxime (nach damaligen Verständnis, vgl Rz 74) deutlich abgeschwächt werden. Demnach sollte die Vorlagepflicht im Bereich des Urkundenbeweises im Vergleich zur bisherigen Rechtslage erweitert werden.¹⁰²⁰ Diese Stärkung sollte ursprünglich *noch deutlicher* ausfallen. In der Regierungsvorlage zur ZPO waren nämlich nur die heutigen Weigerungsgründe nach Z 3 (Schande oder Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung) und Z 4 (staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht, Kunst- und Geschäftsgeheimnis) des § 305 ZPO idgF vorgesehen, wobei der zuerst genannte Weigerungsgrund dabei deutlich enger formuliert war.¹⁰²¹ Erst der Permanenzausschuss¹⁰²² hat weitere Weigerungsgründe hinzugefügt und das ursprüngliche Konzept damit – vor allem durch den Auffangtatbestand nach Z 5 – deutlich abgeschwächt.

¹⁰¹⁶ *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 363 FN 127.

¹⁰¹⁷ *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 359 f.

¹⁰¹⁸ »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.«

¹⁰¹⁹ Mat I 310.

¹⁰²⁰ *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 15.

¹⁰²¹ Nach § 305 Z 3 ZPO sollte es allerdings nicht ausreichen, dass das Bekanntwerden der Urkunden irgendwelchen »dritten Personen« zur Schande gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Diese Personen mussten vielmehr in einem nahen Verhältnis (iSd § 321 Abs 1 Z 1 ZPO) zur Partei stehen.

¹⁰²² Mat I 785.

266

Betrachtet man in erster Linie die Geheimhaltungsproblematik, erscheint die klare Regelung, die jedenfalls zur Rechtssicherheit beiträgt,¹⁰²³ weil sie dem Entscheidungsorgan schwierige Interessensabwägungen abnimmt,¹⁰²⁴ wohl ausgewogen.¹⁰²⁵ Der eher dominanten Berücksichtigung von Geheimhaltungsinteressen in § 305 ZPO steht die *unbedingte Urkundenvorlagepflicht* nach § 304 ZPO und die Grundregel des § 303 ZPO entgegen, die beide die Wahrheitserforschung fördern. Schließlich wird zugunsten des Beweisführers der Geheimhaltungsschutz durch die Bestimmung des § 306 ZPO deutlich abgefedert. Die Geheimhaltungsinteressen werden demnach nur im gebotenen Umfang geschützt. Gerade bei Urkunden lassen sich oft die ein Geheimnis betreffenden Teile vom Rest der Urkunde leicht trennen. § 306 ZPO kann durchaus als eine gelungene Bestimmung im Sinne der Vereinbarkeit von Geheimhaltungsinteressen und Wahrheitsermittlung qualifiziert werden (dazu näher unten). Auch die Fälle der unbedingten Urkundenvorlagepflicht, die die Geheimhaltung wiederum verdrängen, sind jedenfalls ein zu billiges Ergebnis gesetzlicher Wertungen.

Es erscheint nicht unbillig, dass ein Weigerungsgrund dann nicht möglich ist, wenn sich der Inhaber *selbst auf die Urkunde berufen* hat (1. Fall). Die Materialien weisen hier zutreffend darauf hin, dass alle von einer Partei abgegebenen Erklärungen sowohl für und gegen die Partei wirken.¹⁰²⁶ Ebenso ist die an *materielle Ansprüche* geknüpfte unbedingte Vorlagepflicht (2. Fall) sachgerecht, zumal allfällige Unternehmensgeheimnisse bei einer zivilrechtlichen Pflicht zur Urkundenvorlage bereits indirekt mitberücksichtigt sind. Sind Geheimhaltungsinteressen aber nicht in der Lage, den zivilrechtlichen Informationsanspruch zu hindern, wäre es nicht einzusehen, warum dies im Prozess geschehen soll. Der Beweisführer wäre gezwungen, den prozessökonomisch sinnlosen Umweg über eine Editionsklage zu wählen (vgl. Rz 195, 199). Die ZPO will die damit verbundene Verzögerung gerade vermeiden, weshalb sie – im Sinne der Konzentration der Verhandlung – eine *»rasche und energische«* Realisierung der Vorlagepflicht im Auge hat.¹⁰²⁷ Der Urkundeninhaber, der mit gesonderter Klage zur Vorlage gezwungen werden kann, soll sich somit nicht auf Geheimhaltungsinteressen berufen können. Ähnliches gilt für die gemeinschaftliche Urkunde (3. Fall), weil deren Vorlage ebenfalls mit Klage nach Art XLIII EGZPO durchgesetzt werden kann.¹⁰²⁸ Zudem wäre es wenig einsichtig, wenn sich der Urkundeninhaber bei einer gemeinschaftlichen Urkunde, deren Inhalt beide Streitteile betrifft, auf Geheimhaltungsinteressen berufen könnte. Im Verhältnis zwischen den Streitteilen könnte man wahrscheinlich gar nicht von einem *Geheimnis* sprechen, wenn die Tatsachen eine Urkunde betreffen, die in deren Interesse errichtet wurde oder das gegenseitige Rechtsverhältnis dokumentieren soll.

1023 *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 3.

1024 Darin sieht auch *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 359) einen Vorteil.

1025 *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 3: »Die gesetzliche Regelung stellt mE grundsätzlich eine ausgewogene Lösung der beteiligten Interessen der Parteien dar.«

1026 Mat I 311.

1027 Mat I 309.

1028 *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 304 ZPO Rz 16.

Ungeachtet der unproblematischen Normen, ist es *insgesamt* fraglich, ob das System der §§ 303 ff ZPO die Anforderungen eines modernen Grundrechtsschutzes erreichen, die der EGMR und der EuGH im Zusammenhang mit Geheimhaltungsinteressen und dem Postulat einer effektiven Rechtsdurchsetzung aufgestellt hat (vgl dazu die Ausführungen im dritten Teil dieser Arbeit Rz 391 ff und Rz 416 ff). So kann der starre Vorrang des *Geschäftsgeheimnisses* nach § 305 Z 4 ZPO in Einzelfällen die effektive *Rechtsdurchsetzung* des Beweisführers durchaus unbillig einschränken.¹⁰²⁹ Einen anderen Weg ging der Gesetzgeber jüngst bei der Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL (dazu Rz 455 ff), indem er in § 37j KartellG 2005 die Vorlage zum einen von einer Interessensabwägung abhängig macht und zum anderen die Vorlage von den Beweismitteln, die die vertraulichen Informationen enthalten, außerhalb des § 304 ZPO ermöglicht – dies freilich unter der Auflage, dass wirksame Maßnahmen für den Schutz vertraulicher Informationen angeordnet werden. Eine derartige flexible Lösung ist der »*Entweder-oder*«-Regelung der ZPO vorzuziehen und entspricht den Anforderungen von EGMR und EuGH (dazu im 3. Teil).

267

B. Folgen bei Verstößen gegen die Kooperationspflicht

Das Gesetz normiert in § 307 Abs 2 ZPO deutlich, dass das Gericht die unterlassene Vorlage der Urkunde durch die nicht beweisbelastete Partei, also durch den »Gegner«, *frei würdigen* kann. In der Regierungsvorlage (vgl § 317 Abs 2 der RV) war nach der Intention von *Franz Klein*¹⁰³⁰ noch eine Geständnisfiktion dahingehend vorgesehen, dass die Angaben des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde *als erwiesen zu behandeln* sind,¹⁰³¹ was aber bekanntlich nicht verwirklicht wurde.¹⁰³² Der Permanenzausschuss sah eine solche Fiktion als viel zu

268

1029 Zu 1 Ob 242/62 wurde in einem Anfechtungsprozess der nicht beweisbelasteten beklagten Bank zugestanden, die Vorlage von Bonitätsprüfungsberichten zu verweigern, weil sie sonst Unternehmensgeheimnisse (über die Art der Durchführung ihrer Revisionen) preisgeben hätte müssen. Auf die Interessen des klagenden, beweisbelasteten Masseverwalters konnte dabei nicht Bedacht genommen werden, wobei der Prüfungsbericht der Bank über die Kreditwürdigkeit eines Kreditwerbers nicht als gemeinschaftliche Urkunde von Bank und Kreditwerber qualifiziert wurde.

1030 Pro futuro 48.

1031 Regierungsvorlage zu § 307 Abs 2 ZPO (= § 317 Abs 2 der RV). In diesem Sinne war bereits § 37 Satz 2 AHGB formuliert: »Geschieht die Vorlegung nicht, so wird zum Nachteil des Weigernden der behauptete Inhalt der Bücher für erwiesen angenommen.«

1032 Offenbar aA *Stürner* in FS-Stoll 700 FN 62, der die Geständnisfiktion freilich nur mit §§ 266, 267 ZPO begründet. § 267 Abs 1 ZPO normiert aber gerade ausdrücklich, dass das Gericht »*unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesamten Inhalts des gegnerischen Vorbringens zu beurteilen [hat]*« ob tatsächliche Behauptungen als zugestanden anzusehen seien. Bestreitet der Gegner ein Vorbringen nur unsubstantiiert (anstatt umfassend aufzuklären), *kann* darin ein Geständnis liegen, was unter Berücksichtigung des übrigen Vorbringens zu würdigen ist. Aus dem Gesetz ist aber nicht abzuleiten, dass das Verhalten der unkooperativen Partei mit einer Geständnisfiktion sanktioniert wird.

weitgehend an. »Der Richter wäre durch den Regierungsentwurf gezwungen, den Inhalt der Urkunde als erwiesen [...] zu behandeln, selbst wenn er trotz der unbegründeten Weigerung der Partei, sie vorzulegen, allen Grund hätte daran zu zweifeln, dass die Angaben der die Edition fordernden Partei bezüglich der fraglichen Urkunde im höchsten Maß unwahrscheinlich seien. Diese Bestimmung würde mit unserem Beweisrecht nicht im Einklang stehen [...]«.¹⁰³³ Der Ausschuss nahm daher fast wörtliche Anleihe bei § 38 Abs 3 BagatellG 1873¹⁰³⁴ und legte die freie Beweiswürdigung als Sanktion fest.

- 269 Teile des Schrifttums erachten die Beweiswürdigung als Sanktion als problematisch, wenn der Richter zu keinem für den Beweisführer positiven Ergebnis gelangt, etwa weil die Angaben der antragstellenden Partei so lückenhaft sind, dass bei Annahme ihrer Richtigkeit die Entscheidungsgrundlage für den Prozesserverfolg noch nicht ausreicht.¹⁰³⁵ Nach *Bajons* verhindere die fehlende Erzwingbarkeit ein für die beweisführende Partei positives Prozessergebnis, wobei sie den Fall anführt, dass ein Buchsachverständiger mangels Urkundenvorlage der nicht beweisbelasteten Partei weder die formelle Übereinstimmung der Parteienbehauptungen mit dem Buchinhalt überprüfen noch sich einen Eindruck von der Ordnungsgemäßheit der Buchführung verschaffen kann. Alternative Instrumente zur Abhilfe bei Informationslücken (§ 273 ZPO, Rechnungslegung und Stufenklage, Bucheinsicht und Beweissicherung) reichten nicht aus, den Eintritt einer für die beweisführende Partei nachteiligen Prozesslage wirksam zu verhindern oder diese doch zumindest nachträglich zu beheben. *Bajons* schlägt die *analoge Anwendung des § 308 ZPO* in allen Fällen vor, in denen das Verhalten des die Vorlage verweigernden Gegners keinen für den Beweisführer günstigen Schluss auf den Urkundeninhalt zulässt und das Urteil auf Beweislastregeln gegründet werden müsste.¹⁰³⁶ Diesem Ansatz folgte auch *Rechberger*.¹⁰³⁷ Demgegenüber kritisiert *Kodek* diese Ansicht als in hohem Maß systemwidrig und weist dabei auf den klaren Wortlaut und die Gesetzesmaterialien hin.¹⁰³⁸ Auch *Bienert-Nießl* lehnt die referierte Ansicht ab, die ihrer Meinung nach »in eine Sackgasse führt«, zumal der Richter schon mit dem Vorlageauftrag bekanntgeben müsste, ob er eine Weigerung negativ würdigen wird oder

1033 Vgl Mat I 786. Jüngst *Schumacher*, EvBl 2016/5, 40 [Entscheidungsanm].

1034 »Welchen Einfluß es auf die Beurteilung des Falles habe, wenn die Gegenpartei dem Auftrage zur Vorlage der Urkunde, deren Besitz sie leugnet, die eidliche Aussage verweigert oder wenn aus dieser Aussage hervorgeht, dass die Urkunde absichtlich beseitigt oder untauglich gemacht worden sei, ob insb in diesen Fällen die Angaben des Beweisführers über den Inhalt der Urkunde als erwiesen anzusehen seien, bleibt dem durch sorgfältige Würdigung aller Umstände geleiteten richterlichen Ermessen überlassen.«

1035 *Bajons*, NZ 1991, 54.

1036 *Bajons*, NZ 1991, 58.

1037 *Rechberger* in *Rechberger*⁴ [Vorauslage] § 307 ZPO Rz 3. Ähnlich auch *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 307 ZPO Rz 3.

1038 *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 307 ZPO Rz 23; vgl auch *Gitschthaler* in *Fasching/Konecny*³ § 369 ZPO Rz 3, wonach die Vorlagepflicht bei Urkunden nicht erzwungen werden kann.

das nicht kann und der Beschluss daher als vollstreckbar ausgestaltet ist. Da der Richter oft noch gar nicht wissen könne, ob er mit den anderen Beweismitteln zu einer Überzeugung gelangen wird, müsste er unzulässigerweise eine antizipierte Beweiswürdigung vornehmen.¹⁰³⁹

Der Meinung von *Kodek* und *Bienert-Nießl* ist beizutreten. Der klare Wortlaut des § 307 Abs 2 ZPO und die eindeutigen Äußerungen in der Regierungsvorlage sprechen deutlich dafür, dass *nur* die freie Beweiswürdigung als Reaktion auf die Verletzung der Vorlagepflicht in Betracht kommt. Zum einen liegt eine für die Analogie erforderliche planwidrige Lücke nicht allein deshalb vor, dass die freie Beweiswürdigung zu keinem Ergebnis führt. Es ist geradezu systemimmanent, dass das Gericht ungeachtet sorgfältiger Würdigung der Beweis- und Verfahrensergebnisse in vielen Fällen eben keine positiven Feststellungen treffen kann. Auch der Gesetzgeber ist von einer derartigen Möglichkeit ausgegangen. Es ist wohl unbestritten, dass die Beweislastregeln einem entscheidungslosen Zustand vorbeugen sollen. Der Gesetzgeber nimmt damit ein derartiges *non liquet* durchaus in Kauf, ohne dass eine Abschwächung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung im Gesetz im Ansatz erkennbar wäre, auch wenn sich diese bei Verweigerung der Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei nicht positiv für den Beweisführer auswirken kann. Zum anderen sieht das Prozessrecht auch sonst keine unmittelbaren Zwangsmaßnahmen gegen Parteien vor, die im Verfahren nicht ausreichend mitwirken.¹⁰⁴⁰ Lediglich für das Verfahren in Ehesachen kann das Erscheinen der Parteien nach § 87 GOG erzwungen werden (§ 460 Z 1 ZPO), was freilich eine Ausnahmebestimmung wegen des öffentlichen Interesses ist (zu § 37j KartellG 2005 siehe unten im Kleindruck). Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn im Bereich des Urkundenbeweises gegenüber einer nicht kooperierenden Partei Zwangsmaßnahmen angewendet werden. Zudem ist das ausdrücklich im Bereich der Parteienvernehmung in § 380 Abs 3 ZPO ausgesprochene *Verbot von Zwangsmaßnahmen* für die im Bereich der Urkundenvorlage nicht kooperierende Partei wohl einschlägiger als die vollstreckbaren Zwangsmaßnahmen gegen unbeteiligte Dritte nach § 308 Abs 1 ZPO. Anders als die Partei könnte ein außerhalb des Prozessrechtsverhältnisses stehender Dritter durch eine drohende Beweiswürdigung gar nicht zur Urkundenvorlage motiviert werden, weshalb der Gesetzgeber – ähnlich wie bei der Durchsetzung der Zeugenpflicht – lediglich auf Zwangsmaßnahmen zurückgreifen kann. Es bleibt beim Dritten nur der Rückgriff auf die zwangsweise Durchsetzung.¹⁰⁴¹ Die

270

1039 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 373.

1040 Zutreffend *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 307 ZPO Rz 23. Vgl idS auch *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 372), die darauf verweist, dass auch eine Vollstreckung eines Beschlusses nach § 359 Abs 2 ZPO nicht vorgesehen sei.

1041 Ein solcher Zwang muss auch deshalb vorgesehen werden, weil der Zeuge – anders als etwa der Sachverständige – nicht ersetzt werden kann (*Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor §§ 320 ZPO Rz 2: »[...] nicht ersetzbare Bedeutung für die Wahrheitsfindung«).

den Zwangsmaßnahmen des § 308 Abs 1 ZPO und des § 333 ZPO zugrundeliegenden Wertungen sind daher nicht auf den Fall einer nicht kooperierenden Partei anzuwenden.¹⁰⁴² Schließlich kann ein Dritter nach § 308 ZPO nur deshalb *im Prozess* zwangsweise zur Herausgabe einer Urkunde gezwungen werden, weil dies auch außerhalb des Prozesses möglich wäre. Sowohl eine Verpflichtung nach bürgerlichem Recht als auch eine Herausgabe einer gemeinschaftlichen Urkunde (vgl XLIII EGZPO) kann mit Klage gegen den Dritten durchgesetzt werden. § 308 Abs 1 ZPO kürzt diesen Weg aus verfahrensökonomischen Gründen ab. Die prozessuale Vorlagepflicht der nicht beweisbelasteten Partei kann hingegen dann bestehen, wenn diese außerhalb des Prozesses nicht durchsetzbar wäre. Liegen allerdings die Fälle des § 308 Abs 1 ZPO vor, bestünde für die Partei die alternative Möglichkeit, den Rechtsweg zu beschreiten und dadurch die Vorlagepflicht (*außerhalb* des Prozesses) durchzusetzen, sodass entgegen *Bajons* sehr wohl ein alternatives Instrument zur Behebung von Beweisproblemen besteht. Die Rechtsprechung verneint die Ansicht, dass gegen den Prozessgegner Zwangsmittel angewendet werden können.¹⁰⁴³

Einen anderen Weg ging der Gesetzgeber jüngst bei der Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL (dazu Rz 455 ff). Demnach kann die nicht beweisbelastete Partei im Prozess mit vollstreckbarem Beschluss gezwungen werden, Beweismittel (einschließlich solcher Beweismittel, die vertrauliche Informationen enthalten!) vorzulegen (§ 37j Abs 2 und 9 KartellG 2005). Diese Spezialbestimmung, die in einem eigenen Regelungssystem eingebettet ist, bei dem etwa im Anlassfall eine Interessensabwägung vorzunehmen ist, die Offenlegung zunächst nur gegenüber dem Gegner zu erfolgen hat, wirksame Maßnahmen für den Schutz vertraulicher Informationen angeordnet werden können und die Offenlegungsanordnung sofort vollstreckbar ist, beschränkt sich freilich auf die von § 37j KartellG 2005 umfassten Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben und ist schon wegen der zahlreichen Unterschiede nicht analogiefähig.

271 Entsprechendes gilt für die Vorlagepflicht nach § 82 ZPO, die hier der allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht außerhalb des Beweisverfahrens zugeordnet wird. Gegenteiliges vertreten *Lindinger/Öhlböck*,¹⁰⁴⁴ die aus der Rechtsprechung und Stimmen der Lehre ableiten, dass ein Vorlagebeschluss nach § 354 EO erzwingbar sei. Die dazu als Beleg herangezogene Entscheidung 3 Ob 77/95 beschäftigt sich allerdings nur damit, welche Exekutionsart bei *einem Exekutionstitel* zu wählen ist, nach dem eine Einsicht in Urkunden zu gewähren ist. Dem lag kein Beschluss nach § 82 ZPO, sondern ein zu exekutionsfähiges Urteil zugrunde! Auch bei

1042 Zutreffend wird im Zusammenhang mit § 380 ZPO vertreten, dass die Partei – im Gegensatz zum Zeugen – unmittelbar am Prozessausgang interessiert ist und daher selbst entscheiden kann, ob sie die möglichen negativen Auswirkungen der Verweigerung der Mitwirkung an der Wahrheitsfindung (freie Würdigung nach § 381 ZPO) in Kauf nimmt oder nicht (*Spelling in Fashing/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 10).

1043 3 Ob 142/06p; vgl auch 6 Ob 611/80 SZ 53/95.

1044 *Lindinger/Öhlböck*, AnwBl 2006, 9.

den von *Lindinger/Öhlböck* angeführten Lehrmeinungen von *Heller/Berger/Stix*,¹⁰⁴⁵ *Klicka*¹⁰⁴⁶ und *Feil*¹⁰⁴⁷ ging es nur um die allgemeine Frage, wie eine vollstreckbare Verpflichtung zur Urkundeneinsicht zu exekutieren ist. Von den erwähnten Autoren wurde nicht geprüft, ob ein Beschluss nach § 82 ZPO einen vollstreckbaren Titel bildet. Schließlich stützt die Entscheidung 4 Ob 44/05g nicht die Ansicht von *Lindinger/Öhlböck*, weil darin ausdrücklich von einer sanktionslosen Erfüllung von Informationspflichten die Rede ist. Dass dies nur »zunächst« der Fall ist, deckt die hier vertretene Ansicht, wonach die nicht kooperierende Partei später durchaus mit negativen Folgen (nämlich in der Beweiswürdigung) rechnen kann, wenn sie den Auftrag ignoriert. Mit *Schumacher*¹⁰⁴⁸ ist die Ansicht von *Lindinger/Öhlböck* vor allem aus systematischen Gründen abzulehnen. Denn: »Warum sollte denn auch, wenn die Vorlage der Urkunde nicht Beweiszwecken, sondern »nur« der Information des Gegners zur Erhebung geeigneter Behauptungen dient, der Vorlageauftrag exekutiv durchsetzbar sein?«

Zutreffend lehnte es der OGH daher in den Entscheidungen 3 Ob 142/06p und 3 Ob 143/06k ab, im Bereich des § 82 ZPO einen Exekutionstitel im Sinne des § 1 EO anzunehmen.¹⁰⁴⁹ Dabei wurde auf jene Lehre Bezug genommen, wonach die in einem Zivilprozess ergangenen Beschlüsse, mit denen der Streitrichter Aufträge erteilt, dann keine Exekutionstitel iSd § 1 Z 1 EO sind, wenn deren Nichtbefolgung bereits in diesem Verfahren bestimmte Rechtsfolgen wie etwa den Verlust von Beweismitteln oder Kostennachteile nach sich zieht oder einen Einfluss auf die Beweiswürdigung haben kann.¹⁰⁵⁰ Es sei »evident, dass eine in weiterer Folge auch auf das Beweisverfahren erstreckende Weigerung einer Prozesspartei, eine in ihrem Besitz befindliche Beweisurkunde vorzulegen, auf die sie sich selbst berufen hatte und deren Vorlage ihr der Streitrichter auftrag (§ 303 Abs 1 ZPO iVm § 304 Abs 1 Z 1 ZPO), die gerichtliche Beweiswürdigung nach § 307 Abs 2 EO [gemeint: ZPO] beeinflussen wird.« Die Linie wurde jüngst auch in der Entscheidung 1 Ob 80/18y fortgeschrieben (»Die Nichtbefolgung eines Auftrags gemäß § 82 ZPO ist im Prozess mit keiner unmittelbaren Sanktion verbunden«).

Damit die nicht beweisbelastete Partei zur Kooperation angehalten werden kann und sie sich der Gefahren einer Verweigerung bzw dessen bewusst wird, ob sie sich zu Recht (zB) auf ein Unternehmensgeheimnis beruft, bedarf es einer klarstellenden Zwischenentscheidung (siehe dazu Rz 360 ff).

1045 *Heller/Berger/Stix*⁴ 2569.

1046 In *Angst*, EO⁴ § 354 Rz 8 mwN.

1047 *Feil*⁴ § 354 EO Rz 8.

1048 JBl 2007, 253.

1049 Zustimmend auch *Konecny/Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 82 ZPO Rz 3.

1050 Vgl *Heller/Berger/Stix*⁴ 69 f; *Jakusch* in *Angst*¹ § 1 EO Rz 7; *Meinhart* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* (Vorausgabe) § 1 EO Rz 15.

C. Resümee

- 274 Der Gesetzgeber berücksichtigt bei der Urkundenvorlage durch die nicht beweisbelastete Partei deren Unternehmensgeheimnisse und die von ihr zu wahrenen Unternehmensgeheimnisse Dritter insoweit, als in § 305 Z 4 ZPO ein Vorlageverweigerungsgrund als Ausnahme der allgemeinen Vorlagepflicht des § 303 ZPO normiert wird. Geheimhaltungsinteressen schränken die prozessuale Kooperationspflicht damit wesentlich ein, ohne dass es dem Entscheidungsorgan in einem solchen Fall möglich wäre, auf dem widersprechende Informationsinteressen des Beweisführers Rücksicht zu nehmen. Quasi zum Ausgleich normiert das Gesetz in § 304 ZPO Gegenausnahmen, die es wiederum ausschließen, auf Unternehmensgeheimnisse Bedacht zu nehmen. Eine Vorlagepflicht des Urkundeninhabers kann nicht erzwungen werden, als Sanktion bleibt lediglich die freie Beweiswürdigung. Das gilt auch für den Auftrag nach § 82 ZPO. Für Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, sieht § 37j KartellG 2005 eine vollstreckbare Pflicht zur Vorlage von Beweismitteln (somit von Urkunden) vor, wobei diese Bestimmung nicht analogiefähig ist.

VI. Grenzen der Kooperationspflichten beim Augenschein und bei Auskunftssachen

- 275 Für den Augenschein ordnet § 369 ZPO die Anwendung der §§ 301, 303 bis 307 ZPO an; für die Vorlegung von Auskunftssachen gelten nach § 318 Abs 2 ZPO sinngemäß die Bestimmungen der §§ 303 bis 309 ZPO. Auch für diese Beweismittel lässt der Gesetzgeber einer Interessensabwägung im Einzelfall wenig Raum. Mit der (sinngemäßen) Anwendung des Regelwerks für den Urkundenbeweis wird im Bereich des Augenscheins und der Auskunftssachen eine grundsätzliche Mitwirkung normiert (*Grundregel*), die (ua) durch Unternehmensgeheimnisse eingeschränkt ist (*Ausnahme*), sofern nicht eine unbedingte Vorlage (Mitwirkung) geboten ist (*Gegenausnahme*).¹⁰⁵¹ Auf den ersten Blick verwundert im Bereich des Augenscheins

1051 Vgl zB OLG Wien 5 R 183/14i. Nach dieser Entscheidung sei die nicht beweisbelastete Partei nicht zur Herausgabe eines »Source-Codes« für ein Computerprogramm (= Quelltext, das ist der für Menschen lesbare, in einer Programmiersprache geschriebene Text eines Computerprogrammes, in dem man seine Funktionsweise studieren und Änderungen vornehmen kann) verpflichtet, wobei offengelassen wurde, ob es sich dabei um einen Augenscheinsgegenstand oder um eine Auskunftssache handelt. Es wurde das Vorliegen eines Unternehmensgeheimnisses bei einem Computerprogramm bejaht. Die Zumutbarkeit der Mitwirkungs- und Aufklärungspflicht sei zu verneinen, wenn die Partei dadurch ein Unternehmensgeheimnis offenbaren

freilich der Hinweis in § 369 ZPO, wonach diese Bestimmungen (nur) »mit der Maßgabe« anzuwenden sind, dass hier beweisverhindernde oder -vereitelnde Maßnahmen der freien Beweiswürdigung unterliegen, zumal die freie Beweiswürdigung ohnedies im Bereich der Verweigerung der Mitwirkung beim Urkundenbeweis als Sanktion anzuwenden ist (vgl § 307 Abs 2 ZPO). Daraus sind jedoch keine unterschiedlichen Rechtsfolgen abzuleiten. Vielmehr liegt dem der Umstand zugrunde, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf zu § 307 Abs 2 ZPO (nämlich § 317 der RV) eine Geständnisfiktion für die unberechtigte Verweigerung der Urkundenvorlage vorsah.¹⁰⁵² Erst der Permanenzausschuss änderte die entsprechende Norm dahingehend ab und verfügte nunmehr die freie Beweiswürdigung als Sanktion. Der Maßgabeverweis in § 369 ZPO blieb offenbar aus einem Redaktionsversehen indes unverändert und entspricht noch der Regierungsvorlage der § 382 der RV.¹⁰⁵³

Den Eintritt einer Geständnisfiktion beim Augenschein vertritt hingegen *Gitschthaler*,¹⁰⁵⁴ wobei er »eher eine analoge Anwendung der §§ 266, 267 ZPO« in Betracht zieht. Dabei hat er die von *Bajons* und *Rechberger* behandelte Konstellation (dazu Rz 269) vor Augen, wonach ohne Urkunde (bzw Augenscheinsgegenstand) keine Feststellungen getroffen werden können. Weigert sich der Prozessgegner, beim Augenscheinsbeweis mitzuwirken, geht es nach *Gitschthaler* gar nicht um die Durchführung des konkreten Augenscheins, um zu Feststellungen zu gelangen. Vielmehr gestehe der Gegner durch seine Verweigerung das diesbezügliche Vorbringen des Beweisführers zu, das der Augenschein beweisen hätte sollen.

Dieser Ansicht ist hier entgegenzuhalten, dass bei mangelnder Kooperation beim Urkundenbeweis ausdrücklich die freie Beweiswürdigung statt der ursprünglich geplanten Geständnisfiktion als Sanktion normiert wurde (vgl § 307 Abs 2 ZPO), worauf für den Bereich des Augenscheins eben § 369 ZPO verweist. Wegen dieser klaren Rechtslage kann hier von keiner mit Analogie zu schließenden Lücke die Rede sein. Der Umstand, dass die Beweiswürdigung in vielen Fällen nicht greifen kann, ändert daran nichts. Das Gleiche gilt freilich für die von *Gitschthaler* bevorzugte Geständnisfiktion, die dann scheitern muss, wenn die Angaben der antragstellenden Partei so lückenhaft sind, dass selbst bei Annahme ihrer Richtigkeit

müsste. Selbst ein Ausschluss der Volksöffentlichkeit zwingt die Partei nicht zur Preisgabe ihres Geheimnisses.

¹⁰⁵² Dazu Rz 268.

¹⁰⁵³ In den Materialien (323) heißt es dazu zu § 382 der RV: »Ein notwendiger Unterschied ergibt sich hinsichtlich der Sanktion der Editionspflicht, welche dem Proceßgegner obliegt, daraus, dass bei Augenscheinsgegenständen – anders als bei Urkunden – mit der Einführung einer Art poena confessi dem Beweisführer nur selten geholfen wäre, noch seltener aber damit ein halbwegs empfindlicher Druck auf den Vorweisungspflichtigen ausgeübt würde. Von der Recipirung des § 317 war deshalb abzusehen. Es wird vielmehr dem Gerichte anheimgestellt, aus dem Verhalten der die Augenscheinsvornahme hindernden Proceßpartei für seine Beweiswürdigung Schlüsse zu ziehen, [...]«

¹⁰⁵⁴ In *Fasching/Konecny*³ § 369 ZPO Rz 3.

von keiner ausreichenden Entscheidungsgrundlage ausgegangen werden könnte. Die hier vertretene Ansicht gewährleistet nicht, dass die Beweisnot des Beweisführers immer überwunden werden kann. Diese verbleibende »Beweislücke« bei Beweisschwierigkeiten ist aber noch nicht mit einer planwidrigen Lücke gleichzusetzen, die Voraussetzung der Analogie ist.

- 278 Somit sind die Fragen der Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei im Bereich der Auskunftssachen und des Augenscheins bei Unternehmensgeheimnissen wie beim Urkundenbeweis zu lösen, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann. Das betrifft das Gebot einer klarstellenden Zwischenentscheidung (vgl. dazu Rz 360 ff).

VII. Verallgemeinerung des Prüfschemas nach §§ 303 ff ZPO?

- 279 Im Folgenden soll untersucht werden, ob das für den Urkundenbeweis beschriebene Prüfschema von Regel (§ 303 ZPO), Ausnahme (§ 305 ZPO) und Gegenausnahme (§ 304 ZPO) verallgemeinerungsfähig und für die Mitwirkung im *gesamten* Beweisverfahren, insb für die Parteienvernehmung und für die Aufklärungspflicht außerhalb des Beweisverfahrens gilt. Für den hier interessierenden Aspekt des Unternehmensgeheimnisses ist daher zu fragen, ob der gebotene Geheimhaltungsschutz die nicht beweisbelastete Partei von der Kooperation stets befreit, sofern nicht ein Fall vorliegt, der § 304 ZPO (wertungsmäßig) entspricht. Von einem solchen Gedanken sind die Forschungen von *Riss* zur Gemeinschaftlichkeit und prozessualen Mitwirkung geprägt.

- 280 In seiner umfassenden Auseinandersetzung mit dem Kriterium der *Gemeinschaftlichkeit* der Beweismittel leitet *Riss* aus der ZPO ab, dass den Parteien unabhängig von der konkreten Beweislast eine Mitwirkungspflicht zum Zwecke der Wahrheitsforschung aufgetragen werde.¹⁰⁵⁵ Dabei kommt nach *Riss* dem Kriterium der Gemeinschaftlichkeit eine herausragende Bedeutung zu. Ausgehend von den historischen Wurzeln im römischen¹⁰⁵⁶ und gemeinen Recht¹⁰⁵⁷ und unter Hinweis auf die vor der ZPO erlassenen Partikularrechte bzw Kodifikationen¹⁰⁵⁸ sowie unter Heranziehung eines Rechtsvergleichs mit den Prozessordnungen der Schweiz und von Deutschland steckt *Riss* mit der Gemeinschaftlichkeit von Beweismitteln die

1055 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 31.

1056 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 51 ff.

1057 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 61 ff.

1058 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 74 ff.

Reichweite prozessualer Mitwirkungspflichten ab. Gleichzeitig betrachtet er die Gemeinschaftlichkeit aber auch als Kriterium, die Kooperationspflichten der Parteien überhaupt erst zu begründen, er spricht von einer »*Mitwirkungspflicht infolge Gemeinschaftlichkeit*«. ¹⁰⁵⁹ Besteht nämlich bereits eine generelle und weitreichende Mitwirkungspflicht, ¹⁰⁶⁰ bestünde gar kein Bedarf, das Gemeinschaftlichkeitskriterium ins Spiel zu bringen. ¹⁰⁶¹ Von einer solchen generellen Mitwirkungspflicht geht Riss für die ZPO freilich nicht aus und beurteilt die Frage, ob eine prozessuale Mitwirkungspflicht besteht, nach der vom Gesetzgeber beim Urkundenbeweis normierten Systematik von *Grundsatz-Ausnahme-Gegenausnahme* (siehe dazu Rz 258 ff). Im Sinne der von ihm postulierten *Kongruenz der Beweismittel*, ¹⁰⁶² wendet Riss dieses Prüfungsschema im Wesentlichen auf *alle Beweismittel* und auch den *Parteienvortrag* generell an. Das Gemeinschaftlichkeitskriterium komme nach diesem Prüfungsschema auf der Ebene der Gegenausnahme dahingehend zum Einsatz, dass eine unbedingte Mitwirkungspflicht infolge von Gemeinschaftlichkeit bestehe. Riss geht im Ergebnis davon aus, dass die Mitwirkungspflicht hinsichtlich *aller Beweismittel* und des *Parteienvortrags* im Wesentlichen im gleichen Umfang bestehe. Es sei darauf zu achten, dass zwischen *allen* Erscheinungsformen prozessualer Mitwirkungspflicht *Kongruenz* sichergestellt sei. ¹⁰⁶³

Dem genannten Autor ist es zu verdanken, dass er mit seiner Arbeit die Hintergründe der Gemeinschaftlichkeit plastisch beleuchtet und das entsprechende Prinzip nachvollziehbar geschärft hat. Es ist aber zu bezweifeln, ob der Aspekt der Gemeinschaftlichkeit einen derart prägenden Einfluss auf den Bestand und den Umfang der Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei hat. Bei der von Riss als zentrale These vertretenen Kongruenz *aller* Beweismittel gerät seine Argumentation in den Verdacht eines Zirkelschlusses. So geht der Autor davon aus, dass das von ihm bei den körperlichen Beweismitteln herausdestillierte Prüfungsschema *gleichermaßen* bei den persönlichen Beweismitteln »zur Anwendung gelangen muss, wenn man es mit dem Gebot der kongruenten Behandlung *aller* Beweismittel ernst meint«. ¹⁰⁶⁴ Die einheitliche Anwendung des Prüfungsschemas nach §§ 303 ZPO für alle Fragen der Mitwirkungspflicht steht hier quasi als fix vorgegebene Ausgangsthese im Raum, aus der Riss für die einzelnen Beweismittel Inhalt und Umfang der Mitwirkung ableitet. So steht etwa bei der allfälligen Pflicht einer Partei, einen Zeugen von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, am Beginn seiner Ausführungen die Überlegung, dass kein Grund ersichtlich sei, die Pflicht bei der Mitwirkung an der Wahrheitserforschung dort anders einzustufen als bei den

281

1059 Vgl etwa Riss, Gemeinschaftlichkeit 22, 106, 121, 155 etc.

1060 Dafür führt Riss als Beispiel die Schweizer ZPO an. Vgl Riss, Gemeinschaftlichkeit 95.

1061 Riss, Gemeinschaftlichkeit 95.

1062 Vgl beispielsweise Riss, Gemeinschaftlichkeit 28, 32, 151, 238 ff, 245, 247 f, 250, 252, 254, 305 f.

1063 Riss, Gemeinschaftlichkeit 31 f, 151 f und 252 f.

1064 Riss, Gemeinschaftlichkeit 240.

körperlichen Beweismitteln.¹⁰⁶⁵ Geboten sei vielmehr ein »*Gleichlauf zwischen der Mitwirkung bei körperlichen einerseits und persönlichen Beweismitteln andererseits*«. ¹⁰⁶⁶ Damit wird die behauptete *umfassende* Kongruenz aber bereits vorausgesetzt, die jedoch erst durch einen Vergleich der einzelnen Beweismittel und zwar durch Auslegung der dort geltenden Normen nachgewiesen werden müsste.

282 Betrachtet man die Normen bei den jeweiligen Beweismitteln, lässt sich das von *Riss* postulierte Gebot der *umfassenden* kongruenten Behandlung nur schwer begründen. Den Ausführungen von *Riss* ist freilich in Teilbereichen durchaus zuzustimmen. Für den Augenscheinsbeweis gelten §§ 303 bis 305 ZPO gemäß § 369 ZPO sinngemäß, sodass das von *Riss* richtig dargestellte Prüfschema des Urkundenbeweises im Bereich des Augenscheins entsprechend anzuwenden ist (vgl. Rz 275 ff.). Dieses Prüfschema gilt wegen § 319 ZPO auch im Bereich der Auskunftssachen. Gleiches wird hier gleich geregelt. Auch beim Fragerecht der Parteien zur Erörterung des Parteivorbringens (§ 184 ZPO) erscheint es naheliegend, die für den Bereich der Parteienvernehmung mögliche Aussageverweigerung bei »genügenden Gründen« (§ 381 ZPO) entsprechend anzuwenden. Bereits aus § 184 ZPO geht hervor, dass das Fragerecht nicht unbeschränkt ist, geht doch dessen Absatz 2 davon aus, dass eine »unangemessene oder unzulässige« Frage nicht beantwortet werden muss. Die Grenzen der prozessualen Aufklärungspflicht nach § 184 ZPO können dabei durchaus durch entsprechende Anwendung der – für die dazu (!) vergleichbare Parteienvernehmung geltenden – Bestimmung des § 381 ZPO gezogen werden (dazu Rz 353). *Bienert-Nießl* hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass es »geradezu widersinnig« wäre, der Partei während ihrer förmlichen Vernehmung als Partei ein Aussageverweigerungsrecht zuzubilligen, zugleich aber von ihr zu verlangen, dieselbe Tatsache bei ihrem Vortrag wahr und vollständig anzugeben, dies insb. auf Befragen des Richters und der Gegenpartei.¹⁰⁶⁷ Ähnliches vertrat bereits *Schumacher*, nach dessen Ansicht ein im Beweisverfahren anerkannter Schutz für ein Unternehmensgeheimnis auch auf der Behauptungsebene gelten müsse.¹⁰⁶⁸

283 Hingegen liegt es nicht klar auf der Hand, dass der Gesetzgeber die Mitwirkung bei den persönlichen Beweismitteln bzw. dem Parteivorbringen oder beim Sachverständigenbeweis mit den §§ 303 ff. ZPO *gänzlich* gleichgeschaltet hat. § 381 ZPO stellt bei der Parteienvernehmung lediglich darauf ab, ob eine Partei »ohne genügende Gründe« die Aussage oder die Beantwortung einzelner Fragen verweigert. Eine Kongruenz mit dem fein austarierten System bei der Urkundenvorlage ist daher alles andere als zwingend. Es wird hier noch aufgezeigt werden, dass nicht einmal eine Kongruenz der Aussageverweigerungsgründe einer Partei zu den in § 321

1065 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 240.

1066 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 240.

1067 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 364; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 191.

1068 *Schumacher*, ÖBl 1988, 92.

ZPO festgelegten Weigerungsgründen eines Zeugen besteht (Rz 316 ff). Umso weniger lässt sich die Anwendung des dreigliedrigen Prüfungsschemas des Urkundenbeweises auf die Parteienvernehmung begründen. Dazu sei beispielsweise § 304 Abs 1 Z 1 ZPO angeführt. Nimmt die nicht beweibelastete Partei zum Zwecke der Beweisführung im Prozess auf eine Urkunde Bezug, besteht eine unbedingte Urkundenvorlagepflicht. Bei einer umfassenden Kongruenz aller Beweismittel wäre eine Partei, ungeachtet allfälliger »genügender Gründe« iSd § 381 ZPO, bereits dann zur umfassenden Aussage verpflichtet, wenn sie – was der Regelfall jedes Prozesses ist – ihre eigene Parteienvernehmung beantragt hat, weil sie damit iSd § 304 Abs 1 Z 1 ZPO selbst auf das Beweismittel Bezug genommen hätte. Des Weiteren lässt sich die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde nach § 304 Abs 1 Z 3 und Abs 2 ZPO schwer auf das Beweismittel Parteienvernehmung übertragen.

Im Bereich des § 304 Abs 2 ZPO, wonach eine Urkunde für jene Personen als gemeinschaftlich gilt, in deren Interesse sie errichtet wurde, versucht *Riss* die Zweifel einer entsprechenden Anwendbarkeit auf den Bereich der Parteienvernehmung mit einem Beispiel zu widerlegen. Demnach sei etwa der als Erbe beklagte Testamentszeuge zugunsten des klagenden Legatars zur Mitwirkung und daher zur Aussage unbedingt verpflichtet und könne sich nicht auf den Aussageverweigerungsgrund des § 321 Abs 1 Z 1 ZPO stützen, weil er sich nach § 579 ABGB als Zeuge für die Errichtung des Legats im Interesse des klagenden Legatars zur Verfügung gestellt habe. Bei dieser Lösung ist *Riss* im Ergebnis zuzustimmen. Dazu bedarf es aber keines Rückgriffs auf die für Sachen (Urkunden, Augenschein, Auskunftssachen) aufgestellten Kriterien der Mitwirkung, zumal es wohl gekünstelt erscheint, die Zurverfügungstellung einer Person als Testamentszeuge mit der »Errichtung« einer Urkunde zu vergleichen. Bei der Aussageweigerung einer Partei ist auf das Vorliegen eines »genügenden Grundes« im Sinne des § 381 ZPO abzustellen. Ob ein solcher vorliegt, kann nur nach Vornahme einer umfassenden Interessensabwägung geklärt werden.¹⁰⁶⁹ Dabei sind die wechselseitigen Interessen der beweibelasteten Partei und ihres Gegners abzuwägen. Der Anspruch des Beweisführers auf effektiven Rechtsschutz, der die Mitwirkung seines Gegners erfordert und dem die Geheimhaltungsinteressen des Gegners gegenüberzustellen sind, wird hier durch den Umstand verstärkt, dass ein Testamentszeuge nach § 579 ABGB bewusst eine Zeugenpflicht übernimmt, deren uneingeschränkte Erfüllung im Interesse des Erblassers liegt, der ein formgültiges Testament errichten wollte.¹⁰⁷⁰ Die Entsprechung der Lösung mit dem Ansatz von *Riss* ist kein Indiz dafür, dass sich die Mitwirkungspflicht bei der Parteienvernehmung nach den Grundsätzen der

284

1069 Selbst im Bereich des Urkundenbeweises wird man – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 305 ZPO – ohne Interessensabwägung nicht auskommen, vgl *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 303 Rz 10.

1070 Vgl 2 Ob 61/13d.

§§ 303ff ZPO zu richten hat. Mit dem Regelwerk der §§ 303 bis 305 ZPO gibt der Gesetzgeber vielmehr die sonst im Bereich der Mitwirkungspflicht erforderliche Interessensabwägung starr bzw schematisch¹⁰⁷¹ vor (vgl Rz 263 ff). Der Spielraum des Rechtsanwenders ist dabei wesentlich eingeschränkter¹⁰⁷² als in jenen Bereichen, bei denen das Gesetz kaum¹⁰⁷³ oder gar keine Vorgaben zum Umfang bzw den Grenzen der Mitwirkungspflicht macht.¹⁰⁷⁴ Das schließt nicht aus, dass die Interessensabwägung des Rechtsanwenders im Ergebnis den Grundsätzen der §§ 303ff ZPO entsprechen kann.

285

Auch die von Riss herangezogenen Gesetzesmaterialien stützen die These der umfassenden Kongruenz nicht zwingend. Der von ihm zitierte Satz des historischen Gesetzgebers, wonach verhindert werden sollte, dass der Gegner »im Wege der Urkundenedition verhalten werden könne, behufs Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im weiteren Umfang Aufklärung geben zu müssen, als ihm dies im Wege der eidlichen Einvernehmung auferlegt werden kann« nimmt auf § 316 des Entwurfs Bezug, der die heutigen Regeln des § 304 und § 305 ZPO im Wesentlichen zusammenfasst. Die Materialien beziehen sich im erwähnten Satz aber nur auf die Einschränkungen der Mitwirkungspflicht (arg »aufgenommenen Vorbehalte«) – also die Weigerungsrechte iSd § 305 ZPO – und begründen die Beschränkung der Editionspflicht mit dem Hinweis, dass die Beschränkungen bei der eidlichen Vernehmung einer Partei nicht umgangen werden sollen. Hingegen betonen die Materialien anschließend bei der unbedingten Urkundenvorlagepflicht im Sinne des § 304 ZPO, dass »diese Beschränkungen« die Edition nicht hindern, ohne dass sich wiederum ableiten ließe, dass es für die (eidliche) Vernehmung einer Partei einen Bereich gibt, bei dem sie zur Aussage unbedingt verpflichtet ist. Aus der zitierten Stelle in den Materialien geht somit nur hervor, dass der Gesetzgeber für die Urkundenvorlage überhaupt Weigerungsgründe normieren wollte. Ein vollständiger Gleichklang zur Bestimmung des § 381 ZPO ist daraus aber noch nicht zwingend abzuleiten, zumal der Gesetzgeber schließlich bei der tatsächlich erfolgten normativen Umsetzung der Weigerungsgründe bei der gebotenen Interessensabwägung augenscheinlich differenziert hat. Während dem Rechtsanwender im Bereich der sachlichen Beweismittel (Urkunden, Augenschein, Auskunftssachen) weitgehend die Hände gebunden sind,¹⁰⁷⁵ lässt bei der Parteienvernehmung die Bezugnahme

1071 Kodek in Fasching/Konecny³ § 305 ZPO Rz 3.

1072 Kodek in Fasching/Konecny³ § 303 ZPO Rz 10 und § 305 ZPO Rz 3, der in diesem Zusammenhang auf die damit verbundene Rechtssicherheit hinweist.

1073 Vgl etwa zur Parteienvernehmung § 381 ZPO (»ohne genügende Gründe«) oder beim Fragerecht einer Partei nach § 184 ZPO (Abs 2 leg cit: »unangemessen«).

1074 Vgl etwa § 359 Abs 2 ZPO bei der Mitwirkung im Bereich des Sachverständigenbeweises.

1075 Sieht man von § 304 Z 5 ZPO ab, der aufgrund des Tatbestandselements »andere gleich wichtige Gründe« dem Richter einen Spielraum einräumt, in dem dieser widerstreitende Interessen abwägen kann.

auf »genügende Gründe« genug Raum um die widerstreitenden Interessen zwischen Aufklärungsinteresse der beweisbelasteten Partei und Geheimhaltungsinteresse des Gegners im Einzelfall auszuloten. Derartige unterschiedliche normative Konzepte des Gesetzgebers sind kein Systembruch, sondern ziehen sich im Bereich des Geheimhaltungsrechts durch die ZPO.¹⁰⁷⁶

Insoweit *Riss* den im *Interesse von zwei Parteien* tätigen *Vertragsverfasser* mit dem Fall einer gemeinschaftlichen Urkunde vergleicht und *daraus* im Sinne des von ihm generalisierten Fallprüfungsschemas der §§ 303 ZPO eine unbedingte Entbindungspflicht auch des nicht beweisbelasteten Geheimnisherrn ableitet, widerspricht dieser Ansatz der hA, dass in einem solchen Fall die Entbindung *einer* der Parteien (idR des Beweisführers) ausreicht.¹⁰⁷⁷ Bereits aufgrund dieser einen Entbindung ist der Zeuge zur Aussage verpflichtet, sodass es gar nicht mehr der Mitwirkung des Gegners durch eine Entbindung bedarf. *Riss* distanziert sich von diesem Ansatz insoweit, als er es für unbefriedigend erachtet, dass die Vertrauensperson nun auf eigenes Risiko selbst beurteilen müsse, ob die Voraussetzungen für den Wegfall – insb der gemeinsame Zweck – tatsächlich gegeben sind oder nicht. Dem ist aber zum einen entgegenzuhalten, dass ein Zeuge sehr oft selbständig (und auf eigenes Risiko!) beurteilen muss, ob eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht (etwa bei der Prüfung der Verschwiegenheitspflicht eines Anwalts oder bei der Beurteilung eines Umstands als Geheimnis), zumal die Verweigerungsgründe des § 321 ZPO nicht amtswegig wahrzunehmen sind.¹⁰⁷⁸ Zum anderen hat die Ansicht von *Riss*, der vom Beweisgegner die Entbindung fordert und dabei eine unbedingte Pflicht bejaht, den entscheidenden Nachteil gegenüber dem Ansatz der hA, dass ungeachtet der dem Gegner drohenden Nachteile (negative Beweiswürdigung) der Zeuge jedenfalls nicht vernommen werden dürfte, wenn der Beweisgegner gegen die Kooperationspflicht verstößt und die Entbindung unterlässt.

Auch rechtspolitisch bestehen Zweifel an der Sinnhaftigkeit daran, das standardisierte, vom Gesetzgeber fix vorgegebene Schema der Interessensabwägung auf alle Bereiche der Kooperationspflicht auszudehnen. *Riss* selbst erkennt die Problematik einer starren Festlegung einer unbedingten Kooperationspflicht etwa im Zusammenhang mit einer damit für die Partei verbundenen strafgerichtlichen

1076 So machen etwa § 75a ZPO (beim geheim gehaltenen Wohnort einer Partei) oder § 219 Abs 2 ZPO (bei der Akteneinsicht Dritter) Eingriffe in Geheimhaltungsinteressen ausdrücklich von einer Interessensabwägung durch das Gericht abhängig und räumen dem Richter damit einen großen Entscheidungsspielraum ein (entsprechendes gilt für die neuen Offenlegungspflichten des § 37j KartellG 2005), während der Spielraum des Gerichts im Bereich der Aussagepflicht eines Zeugen oder eben bei der Mitwirkungspflicht im Bereich des Urkundenbeweise gering ist.

1077 5 Ob 520/91; 6 Ob 128/07b; 4 Ob 228/14i; *Fichtenbauer*, AnwBl 1993, 69; *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 98 f; *Schumacher*, ZZZ 123 (2010) 300.

1078 *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 89 mwN.

Verfolgung, der er die schlecht fundamentierte Forderung eines strafprozessualen Verwertungsverbots entgegenhält.¹⁰⁷⁹

288 Schließlich relativiert *Riss* selbst durch seine Bezugnahme auf die Schweizer ZPO die Wichtigkeit des Kriteriums der Gemeinschaftlichkeit für die Mitwirkung und deren Umfang. *Riss* vertritt die Ansicht, das Kriterium der Gemeinschaftlichkeit spiele in der Schweizer ZPO für die Mitwirkungspflicht »*keinerlei Rolle*«. ¹⁰⁸⁰ Er hebt zur Erklärung hervor, dass die Schweizer ZPO der Wahrheitsforschung »*besonders hohen Stellenwert beimisst*«, weil die Beweisaufnahme meist amtswegig erfolgen könne, das Gericht bei unstreitigen Tatsachen Beweise erheben könne – wenn erhebliche Zweifel bestehen –, und die Partei eine »*ganz generelle Mitwirkungspflicht trifft*«. Eine Partei habe als Partei wahrheitsgemäß auszusagen und Urkunden herauszugeben, Ausnahmen bestünden nur bei der anwaltlichen Korrespondenz. Zudem könne die Partei die Mitwirkung in bestimmten Fällen verweigern (etwa bei strafgerichtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit, bei gesetzlich geschützten Geheimnissen oder wenn das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt). Das eben für das Schweizer Zivilprozessrecht Gesagte gilt freilich im Wesentlichen auch für die öZPO! Wie bereits ausgeführt (vgl Rz 78 ff), räumt das österreichische Zivilprozessrecht der Wahrheitsforschung einen besonders hohen Stellenwert ein und normiert eine allgemeine ¹⁰⁸¹ prozessuale Kooperationspflicht, die bei widerstreitenden Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden kann.

289 Insgesamt erscheint das Kriterium der Gemeinschaftlichkeit außerhalb des Anwendungsbereichs des § 304 ZPO nur in einem beschränkten Ausmaß geeignet zu sein, die Grenzen der prozessualen Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei zu bestimmen. Ein Richter wird sich bei Konstellationen, die sich wertungsmäßig mit den in § 304 ZPO genannten Fällen vergleichen lassen, bei der von ihm vorzunehmenden Interessensabwägung an der vom Gesetzgeber vorgenommenen standardisierten Interessensabwägung orientieren. Das bedeutet aber noch keine Anerkennung einer »Mitwirkung kraft Gemeinschaftlichkeit«, zumal nicht alle Fälle des § 304 ZPO dem Kriterium der Gemeinschaftlichkeit unterfallen. Entgegen *Riss* drängt sich die Übernahme des Fallprüfungsschemas der

1079 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 135, 197.

1080 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 95.

1081 Wenn *Riss* (Gemeinschaftlichkeit 95) aus Art 160 Abs 1 chZPO eine generelle Mitwirkungspflicht ableitet, ist ihm zuzustimmen. Die österreichische Rechtslage unterscheidet sich ungeachtet des Fehlens einer derartigen *ausdrücklichen* Mitwirkungsnorm hier nicht wesentlich vom Schweizer Prozessrecht. Dass man zur prozessualen Kooperationspflicht »nur« im Wege einer Gesamtanalogie kommt, kann keinen Unterschied machen, weil auch im Bereich der österreichischen Zivilprozessordnung eine allgemeine Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht zu bejahen ist, was im Übrigen auch *Riss* vertritt; vgl etwa *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 110 (»*Die Auffassung von einer generellen Mitwirkungspflicht [...] überzeugt.*«).

§§ 303 ff ZPO außerhalb seines eigentlichen Anwendungsbereiches (Urkunden, Augenschein und Auskunftssachen), etwa für die Frage der Kooperation im Rahmen des Parteivorbringens, beim Sachverständigenbeweis sowie bei der Vernehmung der Zeugen und der Parteien nicht auf.

VIII. Kooperation und Geheimhaltung beim Zeugenbeweis – Entbindungspflicht?

A. Allgemeines

Die Vernehmung durch Zeugen tangiert *prima vista* nicht die hier zu untersuchende Problematik, weil der Zeuge als Dritter kraft gesetzlicher Anordnung grundsätzlich erscheinen und aussagen muss, was mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann. Dennoch kommen beim Beweis durch Zeugen Konstellationen vor, bei denen sich die widerstreitenden Interessen des Beweisführers und des Gegners im Spannungsfeld zwischen *Informationsinteressen* und *Geheimnisschutz* besonders plastisch zeigen, was insb im Bereich von Unternehmensgeheimnissen aktuell werden kann. Ist die nicht beweisbelastete Partei nämlich der Herr eines Geheimnisses, zu dessen Wahrung der Zeuge verpflichtet ist, stellt sich die Frage, ob eine sanktionierbare Pflicht der Partei besteht, den Zeugen von der Pflicht zur Wahrung des Geheimnisses zu entbinden.¹⁰⁸² Weiters ist zu prüfen, ob die Verweigerungsgründe eines Zeugen die Partei berechtigen, im Rahmen ihrer Parteienvernehmung die Aussage zu verweigern, dazu Rz 316 ff.

290

Im Gesetz findet sich keine direkte Antwort auf die Frage, ob die von der Verschwiegenheitspflicht geschützte (und nicht beweisbelastete) Partei derart zur Mitwirkung verpflichtet ist, dass sie einen Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht entbinden muss. Besteht ein (unbedingtes) *Recht einer Partei* – ungeachtet der Beweisnot ihres Gegners –, den ihr gebührenden Geheimnisschutz zu nutzen und den Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht *nicht* zu entbinden? Die wohl hL in Österreich verneint eine Obliegenheit zur Entbindung, wobei mit der strafprozessualen Rechtsprechung argumentiert wird. Dazu im Gegensatz stehen eine Entscheidung des VwGH, die hA in Deutschland und Teile der jüngeren Lehre in Österreich. Der OGH musste sich im Bereich des Zivilprozesses mit der hier in Rede stehenden Frage erst einmal explizit auseinandersetzen, wobei wegen der speziellen Fallkonstellation eine abschließende Klärung der Rechtslage offenblieb. Die Ausführungen betreffen sowohl die gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflichten als

291

¹⁰⁸² Rassi, JBl 2016, 685.

auch Unternehmensgeheimnisse, die den Zeugen binden, weil der Berechtigte einen Zeugen von einem derartigen Geheimnis »entbinden« kann.¹⁰⁸³

B. Meinungsstand in Deutschland

292 Wie so oft, empfiehlt sich – insb wegen der vergleichbaren Rechtslage – ein Blick auf den deutschen Meinungsstand. Nach der dortigen Rechtsprechung und Lehre bleibt die Weigerung der nicht beweisbelasteten Partei, einen Zeugen ohne plausiblen Grund zu entbinden, nicht folgenlos.

293 Die dt Rechtsprechung behandelt diese Frage unter dem Gesichtspunkt der *Beweisvereitelung* (dazu Rz 188 ff). Eine solche wird bezüglich der hier zu prüfenden Frage dann bejaht, wenn die nicht beweisbelastete Partei die Wahrheitsfindung durch *ungerechtfertigte* Ausnutzung eines Geheimnisses oder einer Verschwiegenheitspflicht vereitelt.¹⁰⁸⁴ Nur ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten trage den mit beweisrechtlichen Nachteilen verbundenen Vorwurf der Beweisvereitelung.¹⁰⁸⁵ Derartiges sei dann erfüllt, wenn die Partei dem Gegner eine diesem obliegende Beweisführung durch ein Verhalten vereitelt, das wider Treu und Glauben verstoße und nach dem allgemeinen Rechtsempfinden als verwerflich erscheine.¹⁰⁸⁶ Eine Beweisvereitelung sei hingegen ausgeschlossen, wenn ein triftiger Grund für die Beharrung auf die Geheimhaltung vorliegt.¹⁰⁸⁷ Auch die dt Lehre verneint ein *absolutes Recht* der nicht beweisbelasteten Partei auf Nichtentbindung. Einhellig wird verneint, dass die Partei die Entbindung *ohne Grund* verweigern kann,¹⁰⁸⁸ wobei die dt Lehre die Thematik in erster Linie hinsichtlich der Beweisvereitelung behandelt.¹⁰⁸⁹

1083 Das Gesetz sieht bei einem Geheimnis zwar keine »Entbindung« vor, dennoch ergibt sich bereits aus der Definition des Unternehmensgeheimnisses, wonach der Berechtigte ein Interesse an seiner Wahrung haben muss, dass er dieses Interesse aufgeben und damit der Offenbarung zustimmen kann. Das Geschäftsgeheimnis ist kein Selbstzweck, sondern an den Interessen des Berechtigten orientiert. In diesem Sinn *Frauenberger in Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 52; *Garber, ÖJZ* 2012, 645; *Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*⁵ § 321 ZPO Rz 9; *Schumacher, ÖJZ* 1987, 676.

1084 BGH NJW 1967, 2012 (Bankgeheimnis).

1085 BGH NJW-RR 1996, 1534 (notarielle Verschwiegenheitspflicht).

1086 BGH NJW 1972, 1131 (ärztliche Verschwiegenheitspflicht) mwN.

1087 BGH NJW-RR 1996, 1534 (notarielle Verschwiegenheitspflicht).

1088 ZB: *Ahrens, Beweis*, Kap 8 Rz 147; *Bacher in BeckOK ZPO* § 284 Rz 90.2; *Foerste in Musielak/Voit*¹⁶ § 286 ZPO Rz 62 ff; *Gerhardt, AcP* 1169 (1969) 289; *Huber in Musielak/Voit*¹⁶ § 383 ZPO Rz 10; *Peters, ZZP* 82 (1969) 218; *Prütting in MünchKomm*⁵ § 286 ZPO Rz 81; *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR*¹⁷ § 115 Rz 21; *Stürmer, Aufklärungspflicht* 229.

1089 *Stürmer* (Aufklärungspflicht 229) zieht freilich auch Parallelen zur von ihm entwickelten *prozessualen Aufklärungspflicht* der nicht beweisbelasteten Partei und geht davon aus, dass diese im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht gehalten sei, Zeugen unter den gleichen Voraussetzungen und Bedingungen zu entbinden, die für ihren eigenen Aufklärungsbeitrag hinreichend wären.

Mit welchen Folgen muss eine Partei rechnen, wenn sie einen Zeugen beweiseriteilnd nicht entbindet? Die früher herrschende dt Rechtsprechung sanktionierte eine unbegründete Weigerung mit der *Beweislastumkehr*.¹⁰⁹⁰ Nunmehr ist wohl herrschende Rechtsprechung, dass das Verhalten der Partei vom Tatrichter (nur) *frei gewürdigt* werden kann.¹⁰⁹¹ Das Meinungsbild der deutschen Lehre ist hier wesentlich breiter.¹⁰⁹² Die wohl hL plädiert ebenfalls für die Beweiswürdigung als Sanktion.¹⁰⁹³

294

C. Meinungsstand in Österreich

1. Verfahrensübergreifende Diskussion

Die zu prüfende Frage war bereits vor der Entscheidung 1 Ob 254/99f (siehe unten) im Verwaltungsverfahren und im Strafprozess Gegenstand von höchstrichterlichen

295

-
- Das wäre zB bei einem Unternehmensgeheimnis dann der Fall, wenn das Geheimnis seiner Natur nach nicht zum Wettbewerbsmissbrauch durch die risikobelastete Partei taugt, wenn ihre Schadenersatzpflicht dem Grunde nach feststeht oder wenn die risikobelastete Partei – Stichwort »Geheimverfahren« – einer Einschränkung der Parteiöffentlichkeit zu ihren Lasten zustimmt. Die Pflicht zur Entbindung sei – ebenso wie die Pflicht zur Urkundenvorlage – Teil der prozessualen Pflicht der nicht beweisbelasteten Partei, ihr gesamtes Wissen und alle ihr verfügbaren Aufklärungsmittel in den Dienst der gegnerischen Risikobewältigung zu stellen.
- 1090 BGH NJW 1972, 1131 (ärztliche Verschwiegenheitspflicht) mwN; idS auch für sonstige Fälle der Beweisvereitelung: zB BGH NJW 1952, 867; BGH NJW 1976, 1315 oder bereits die Entscheidungen des Reichsgerichts 87, 440 = JW 1916, 407 oder JW 1933, 2393.
- 1091 BGH NJW 1967, 2012 (Bankgeheimnis); BGH MDR 1984, 48 (Verschwiegenheitspflicht des Steuerberaters); BGH III ZR 56/96 NJW-RR 1996, 1534 (notarielle Verschwiegenheitspflicht); OLG Frankfurt NJW 1980, 2758 (ärztliche Verschwiegenheitspflicht); OLG München NJW-RR 1987, 1021 (Verschwiegenheitspflicht des Notars); OLG Karlsruhe FGPrax 2006, 78 (anwaltliche Verschwiegenheitspflicht).
- 1092 Vgl etwa die Darstellung von *Prütting* (in MünchKomm⁵ § 286 ZPO Rz 85 ff) über die vertretenen Ansätze von Beweismaßreduzierung, Beweislastumkehr, bzw (quasi fließend) »Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast«, Beweiswürdigung und Fiktion. Die erwähnte Beweiserleichterung besteht hier darin, dass das von der beweisbelasteten Partei zu erbringende *Beweismaß* im Rahmen der freien Beweiswürdigung entsprechend dem Verschulden der vereitelnden Partei *reduziert* wird. Eine »Umkehr der Beweislast« sei erst geboten, wenn nach Ermessen des Gerichts der beweisbelasteten Partei die auch nur teilweise Beweisführungslast billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann (*Saenger* in *Saenger*⁷ § 286 Rz 97 mwN auf die Rechtsprechung). Dazu auch näher *Laumen*, NJW 2002, 3739.
- 1093 ZB *Ahrens*, Beweis, Kap 8 Rz 151; *Foerster* in *Musielak/Voit*⁶ § 286 ZPO Rz 62 ff; *Gerhardt*, AcP 1169 (1969) 289; *Peters*, ZZZ 82 (1969) 218; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR¹⁷ § 115 Rz 24. *Stürner* (Aufklärungspflicht 242 ff) sieht die Rechtsfolge der Beweisvereitelung (bzw der prozessualen Aufklärungspflichtverletzung) nicht in der Beweiswürdigung, die Partei treffe vielmehr eine ungünstige widerlegbare Fiktion. *Prütting* (in MünchKomm⁵ § 286 ZPO Rz 85 ff) kombiniert die Folgen. Da die Beweiswürdigung und die Unterstellung des Beweisergebnisses als Sanktion im Gesetz nebeneinander vorgesehen sind, sei klar, dass der Richter in jedem Falle zunächst zum Mittel der freien Beweiswürdigung greifen kann und muss. Eine Sanktion als Folge der Beweisvereitelung kommt nur dort in Betracht, wo die Beweiswürdigung nicht zum Ziele führt.

Entscheidungen. Nach der von der Lehre gebilligten Rechtsprechung in *Strafsachen* darf die Weigerung eines Angeklagten, einen Zeugen von der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht zu entbinden,¹⁰⁹⁴ ebenso wenig im Rahmen der Beweiswürdigung verwertet werden wie die Inanspruchnahme eines Entschlagungsrechts.¹⁰⁹⁵ Es widerspreche dem Gesetz, »den gesetzlich gestatteten Wegfall eines Beweisumstandes selbst zum Beweisumstand zu erheben«.¹⁰⁹⁶ In einer Entscheidung bejahte der *Verwaltungsgerichtshof* hingegen einen Verfahrensmangel, weil die Weigerung einer Partei, einen Zeugen von seiner anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, nicht gewürdigt wurde. Ein Verbot der Würdigung widerspreche »*offensichtlich dem Prinzip der freien Beweiswürdigung*«.¹⁰⁹⁷ Dem hielt *Moritz* kritisch entgegen, dass es der Behörde mangels Kenntnis der Gründe für die Nichtentbindung unmöglich sei, diese objektiv nachprüfbar zu würdigen. Der Sinn einer Verschwiegenheitspflicht würde in Frage gestellt, wenn die Gründe einer Nichtentbindung offengelegt werden müssten. Der Behörde würden durch die gesetzliche Verankerung einer Verschwiegenheitspflicht »*Beweismittel entzogen*«. Mangels Entbindung sei ein zur Verschwiegenheit verpflichteter Zeuge kein geeignetes Beweismittel.¹⁰⁹⁸ *Arnold* schloss sich dieser Kritik an und wies unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OGH in Strafsachen darauf hin, dass die Tatsache einer Zeugnisenstschlagung »*schon ihrem Sinn und Zweck nach*« kein für die Beweiswürdigung verwertbares Instrument sei.¹⁰⁹⁹ Das gelte gleichermaßen für die zur Nichtaussage führende Nichtentbindung durch den Herrn des Geheimnisses. Werde vom Berechtigten die Entbindung bei sonstiger (negativer) Würdigung verlangt, hätte es einer gesetzlichen Regelung zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen gar nicht bedurft.¹¹⁰⁰ Auch nach *Fasching* darf aus der Nichtentbindung insb nicht darauf geschlossen werden, der Zeuge hätte die der Partei nachteilige Tatsachenbehauptung bestätigt.¹¹⁰¹ Eine derartige Ansicht vertritt ebenso *Prohaska-Marchried*, wonach der Beweiswürdigung nur die aufgrund der Beweisaufnahme vorliegenden Beweisergebnisse unterlägen, nicht hingegen die Gründe, warum nicht noch mehr Beweismittel und Beweisergebnisse zur Verfügung stehen, wobei er sich auf das Verbot der antizipativen Beweiswürdigung beruft.¹¹⁰²

1094 12 Os 26/87 = RIS-Justiz RS0097450.

1095 Vgl RIS-Justiz RS0097552; *Kirchbacher* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 246 Rz 148; ähnlich auch zur Zeugnisenstschlagung 13 Os 54/75.

1096 12 Os 26/87 = RIS-Justiz RS0097450.

1097 86/05/0046 AnWB 1987, 144.

1098 *Moritz*, ÖGZ 1986/11, 20.

1099 *Arnold*, AnWB 1987, 144 [Entscheidungsanm]. Ähnlich *Arnold* auch in AnWB 1991, 738 [Entscheidungsanm] und bereits in AnWB 1983, 540 [Entscheidungsanm] und AnWB 1983, 543 [Entscheidungsanm].

1100 Für das Bankgeheimnis: *Arnold*, AnWB 1983, 543 [Entscheidungsanm].

1101 *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 984/1.

1102 *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz 66; *Österreichische Notariatskammer*, Verschwiegenheit, Rz C/44.

Schumacher zitiert die Meinungen von *Moritz* und *Arnold* als zutreffend und sieht grundsätzliche Bedenken darin, wenn jede Berufung auf Verweigerungsgründe potentiell freier, dann wohl mehr spekulativer Beweiswürdigung anheimfällt.¹¹⁰³ Gleichzeitig geht er aber davon aus, dass eine Partei, die einem Zeugen die Eröffnung eines Geheimnisses verbieten kann, auf ihr prozessuales Risiko darüber disponiert, ob der Zeuge im Prozess das Geheimnis offenlegen darf.¹¹⁰⁴ Der Autor warnt vor dem Hintergrund der Materialien, »als Partei einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Zeugen von dieser nicht zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zu entbinden«.¹¹⁰⁵

2. Die Entscheidung 1 Ob 254/99f

In der Entscheidung ging es in einem Arzthaftungsprozess um die Frage der ausreichenden ärztlichen Aufklärung. Die klagende Patientin weigerte sich, die vom beklagten Krankenträger als Zeugen beantragten Ärzte von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Die Vorinstanzen warfen der Klägerin vor, sie habe die beklagte Partei damit an der Erbringung des von dieser angestrebten Beweises gehindert. Daraus wurde eine Beweislastumkehr abgeleitet; die Klägerin hätte den Beweis der »mangelhaften Aufklärung« führen müssen. Für den OGH war diese Frage letztendlich nicht relevant. Das Höchstgericht ging nämlich davon aus, dass der Inhalt des Aufklärungsgesprächs im Allgemeinen gar nicht unter die ärztliche Verschwiegenheitspflicht fällt. Freilich seien jene Tatsachen, die von der Klägerin im Verfahren selbst offengelegt wurden, nicht mehr Gegenstand der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht, auch wenn sie ohne eine solche Aufdeckung gegebenenfalls vom Geheimnisschutz umfasst wären. Deshalb seien die beantragten Zeugen zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs zu vernehmen.

296

Interesse verdient der *obiter* geäußerte Standpunkt des OGH zu der hier untersuchten Frage. Durchaus iSd österreichischen hA vertrat der Senat die Auffassung, dass aus der verweigerten Entbindung *keine Rückschlüsse* in der *Beweiswürdigung* gezogen werden dürften. Sei die von einem Geheimnis geschützte Partei nämlich *berechtigt*, die Entbindung ohne Angabe von Gründen zu verweigern, würde durch die Darlegung der Motive für diese Entscheidung die Wahrung des Berufsgeheimnisses in vielen Fällen zunichtegemacht. Da der Geschützte nicht verpflichtet sei, seine Motive für eine solche Entscheidung preiszugeben, wäre das Gericht auf bloße Spekulationen angewiesen. Es würde dem Gesetz zuwiderlaufen, wollte man den gesetzlich gestatteten Wegfall eines Beweisumstands selbst zum Beweisumstand erheben. Allerdings wird in der Entscheidung eine *Beweislastumkehr* bei

297

¹¹⁰³ Vgl. *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

¹¹⁰⁴ *Schumacher*, ÖJZ 1987, 676.

¹¹⁰⁵ Vgl. *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

einer *missbräuchlichen Ausübung des Nichtentbindungsrechts* für möglich erachtet. Eine solche Verschiebung der Beweislast könnte bei einem *non liquet* nämlich aus »*Erwägungen der Beweishöhe bzw der Beweisvereitelung*« zulässig sein, wofür der OGH im Anlassfall die Voraussetzungen verneinte. Für die mögliche Beweisvereitelung ging die Entscheidung davon aus, dass ein beweisvereitelndes Verhalten nur (aber immerhin!) bei einem Missbrauch des vom Gesetz eingeräumten Rechts der Nichtentbindung vorliegen könnte. Ein solches Verhalten sei hier von der beweisbelasteten Partei weder behauptet noch bewiesen oder von den Vorinstanzen schlüssig begründet worden. Letztendlich konnte eine weitere Auseinandersetzung jedoch auf sich beruhen, betrachtete der Senat doch das in Rede stehende Beweisthema als gar nicht von der Verschwiegenheitspflicht umfasst.

3. Reaktion der Lehre

298 Die Rechtsansicht des OGH, dass eine unterlassene Entbindung in der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt werden dürfe, hat im Schrifttum geteilte Reaktionen ausgelöst. Während ua *Frauenberger*,¹¹⁰⁶ *Garber*¹¹⁰⁷ und *Manhart*¹¹⁰⁸ eine beweiswürdige Reaktion auf eine unterlassene Entbindung iSd Entscheidung für unzulässig erachten, mehren sich die Stimmen gegen den in dieser Absolutheit vertretenen Standpunkt, dass eine *Würdigung immer ausgeschlossen* sein soll. Nach *Jabornegg*, der die vom OGH für möglich erachtete *Beweislastumkehr* wegen Beweishöhe oder Beweisvereitelung strikt ablehnt, geht es allenfalls um Fragen der subjektiven Beweisführungslast mit der Folge, dass die dem Beweis näher stehende Partei (jedenfalls auch) an der Aufklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts mitzuwirken habe und eine allfällige Weigerung (sehr wohl) im Rahmen der *Beweiswürdigung* entsprechend zu beachten sein werde.¹¹⁰⁹ *Bienert-Nießl* stellt zwar eine unzulässige Umgehung gesetzlich anerkannter Verschwiegenheitspflichten in den Raum, betont andererseits aber auch, dass der Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts gewahrt bleibe, weil die geheimnisgeschützte Partei die Verfügungsgewalt über ihre Geheimsphäre behalte und der Zeuge bei unterlassener Entbindung nicht zur Aussage gezwungen werden könne. Es liege allein in der Macht der Partei, ob sie die Geheimsphäre öffnen will oder nicht (und dafür prozessuale Nachteile in Kauf nimmt).¹¹¹⁰ Auch der *Verfasser*¹¹¹¹ gibt zu bedenken, dass die Verweigerung der Entbindung in »*Extremfällen*« einen Rechtsmissbrauch oder eine schikanöse Rechtsausübung darstellen könne, sofern die Partei keine plausiblen Gründe für

1106 In *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 20.

1107 ÖJZ 2012, 645 f.

1108 AnwBl 2014, 165.

1109 *Jabornegg*, JBl 2000, 663 [Entscheidungsanm].

1110 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 366 FN 137.

1111 *Rassi*, ZZP 121 (2008) 194.

das Unterlassen der Entbindung anführt. Ähnliches vertreten auch *Rechberger und Klicka*.¹¹¹² In Anknüpfung an die Lehren von *Stürner* vertritt *Riss* die Ansicht, dass von der Partei im Rahmen der allgemeinen Mitwirkungspflicht die Entbindung des Zeugen zu fordern sei.¹¹¹³ Er zieht Parallelen zur Vorlagepflicht von Urkunden. Die Entbindungspflicht und Vorlagepflicht dürfe keine unterschiedliche Beurteilung nach sich ziehen. Er plädiert für einen Gleichlauf zwischen der Mitwirkung bei körperlichen und bei persönlichen Beweismitteln, wobei das System von Regel-Ausnahme-Gegenausnahme iSd §§ 303 ff bei der Entbindungspflicht anzuwenden sei;¹¹¹⁴ dazu Rz 279 ff.

4. Jüngere Rechtsprechung

Die Landes- und Oberlandesgerichte haben sich der Entscheidung 1 Ob 254/99f ohne nähere Begründung grundsätzlich angeschlossen.¹¹¹⁵ Durchwegs wird festgehalten, dass die unterlassene Entbindung nicht zu würdigen sei. Nach einer Entscheidung des OLG Wien wird das »Beweiswürdigungsverbot« auch im Fall der verweigerten Zustimmung zum Abspielen einer unerlaubten Tonbandaufnahme angewendet.¹¹¹⁶ Die vom OGH für möglich erachtete Beweislastumkehr wegen missbräuchlicher Inanspruchnahme findet in den Instanzentscheidungen keinen argumentativen Niederschlag.

Das LGZ Wien hielt hingegen in einer Entscheidung fest, dass es das Recht einer Partei sei, ihren Rechtsanwalt nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden – diese Tatsache dürfe aber gewürdigt werden.¹¹¹⁷ Der OGH wies die dagegen erhobene außerordentliche Revision zurück und ließ ausdrücklich offen, ob die Verweigerung einer Entbindung gewürdigt werden dürfe, weil »*dieser Umstand nämlich ohnedies nicht in die Beweiswürdigung der Vorinstanzen eingeflossen ist, sodass der in der gegenteiligen Rechtsansicht des Berufungsgerichts offenbar erblickte Verfahrensmangel für die Entscheidung nicht erheblich wäre.*«¹¹¹⁸

Auch sonst wurde die Problematik vom OGH bisher nicht mehr inhaltlich beleuchtet. In einer aktuellen Entscheidung griff der OGH¹¹¹⁹ die Frage, ob die nicht beweisbelastete Partei zugunsten ihres Gegners einen potentiellen Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht entbinden muss, um den Beweispflichtigen von

1112 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 321 ZPO Rz 9.

1113 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 239.

1114 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 240.

1115 ZB OLG Innsbruck 2 R 138/13f; LG Linz 15 R 499/14d EFSlg 143.973; OLG Wien 9 Ra 65/14s, 1 R 200/15m und 15 R 215/15w; OLG Linz 12 Ra 11/16y.

1116 OLG Wien 16 R 74/15t.

1117 LGZ Wien 43 R 845/08w.

1118 2 Ob 115/09i.

1119 2 Ob 35/16k.

Beweisschwierigkeiten zu befreien, nicht auf und wählte den Weg über die Figur der Beweisnähe.¹¹²⁰ Dabei war zu prüfen, ob ein Kaufvertrag mit einer AG wirksam zustande gekommen ist, was von der Genehmigung des Aufsichtsrats abhing. Es konnte nicht festgestellt werden, ob alle Aufsichtsratsmitglieder Kenntnis von einem (genehmigenden) Umlaufbeschluss hatten, wobei die Vernehmung der Aufsichtsratsmitglieder weder beantragt noch amtswegig durchgeführt wurde. Ungeachtet des Umstands, dass die Genehmigung des Aufsichtsrats eine *anspruchsbegründende Tatsache* ist, die der Käufer zu behaupten hat, erachtete der OGH die beklagte AG hier schon wegen ihrer Nähe zum Beweis als beweispflichtig, weil die relevanten Informationen über die Wirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses für den klagenden Käufer wegen der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder von ihm »nicht zu erlangen gewesen wären«, während die Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der beklagten AG reden müssten. Für die beklagte Partei sei es somit sehr leicht gewesen, sich die nötige Information zum Umlaufbeschluss zu besorgen, sodass diese wegen ihrer Beweisnähe beweispflichtig sei. Die Entscheidung zieht somit aus der Nähe zum Beweis die zu hinterfragende Schlussfolgerung einer Beweislastverschiebung.¹¹²¹ Abgesehen von den dogmatischen Einwänden gegen eine solche Beweislastumkehr, waren Beweiserleichterungen im Anlassfall auch nicht aus Gerechtigkeitsüberlegungen¹¹²² geboten. Die Entscheidung geht insofern zutreffend davon aus, es sei der beklagten AG »nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar [...], die erforderlichen Aufklärungen zu geben.« Damit ist es ihr aber wohl ebenso zumutbar, potentielle Zeugen zu diesem Beweisthema von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Die vorgenommene Beweislastumkehr sanierte hier die offenbare Säumnis der klagenden Partei, die entsprechenden Anträge zu stellen, um über die Zeugenvernehmung der Aufsichtsratsmitglieder (nach deren Entbindung) zu den für sie nötigen Informationen zu kommen.

D. Eigene Stellungnahme

1. Beweislastumkehr bei Nichtentbindung?

- 302 Die Ausführungen in 1 Ob 254/99f zu den Folgen der Verweigerung einer Entbindung sind nur als *obiter dictum* zu lesen. Wenngleich darin ausdrücklich verneint wurde, dass eine solche Weigerung *im Rahmen der Beweiswürdigung* verwertet werden dürfe, bedeutet das nicht, dass nach Ansicht des OGH jegliche Weigerung *gänzlich folgenlos*

1120 Dazu zuletzt *Rassi*, ÖJZ 2017, 297.

1121 S dazu die kritische Lehre in FN 122.

1122 Vgl zur Frage, ob aus Gründen der »Fairness« Beweiserleichterungen möglich sind 7 Ob 81/09a ÖJZ 2009/110 [*Rassi*].

bleiben muss, weil die Entscheidung bei Beweisnähe oder Beweisvereitelung eine Beweislastumkehr für möglich hält. Die Entscheidung erkennt richtigerweise, dass eine Nichtentbindung für die nicht beweisbelastete Partei *Folgen haben kann*, mit der *Beweislastumkehr* wird aber die falsche Konsequenz vertreten.

Von der Lehre wurde bereits mehrfach aufgezeigt, dass eine *Beweislastumkehr* wegen der *Nähe zum Beweis* dogmatisch nicht begründet werden kann.¹¹²³ Die Problematik hinsichtlich der Beweisnähe wurde unter Rz 19 ff geschildert, darauf wird verwiesen. Sie trifft auch auf die von manchen zu Unrecht für möglich gehaltene *Beweislastumkehr* wegen *Beweisvereitelung* zu. Die vom materiellen Recht vorgegebene Risikoverteilung kann nicht durch ein (wenngleich missbräuchliches) Verhalten der Parteien im Prozess verschoben¹¹²⁴ werden. Nach zutreffender Ansicht führt eine schuldhaftige Beweisvereitelung nicht zur Umkehr der Beweislast, sie kann vielmehr nur *frei gewürdigt* werden,¹¹²⁵ was für den Fall der Beweisvereitelung im Bereich des Urkundenbeweises (§ 307 Abs 2 ZPO), der Auskunftssachen (vgl § 318 ZPO) und des Augenscheins (§ 369 ZPO) sogar ausdrücklich angeordnet ist; quasi als Verdeutlichung des allgemeinen Grundsatzes nach § 272 ZPO. Droht der Partei die Sanktion über eine negative Beweiswürdigung für den Fall, dass sie einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Zeuge nicht entbindet?

303

2. Beweiswürdigungsverbot und Nichtentbindung

Entgegen der verbreiteten Meinung lässt sich aus dem Gesetz kein absolutes »Beweiswürdigungsverbot« für den Fall begründen, dass eine Partei einen Zeugen nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbindet. Gegen die in Österreich wohl noch herrschende Ansicht sind schon deshalb Zweifel angebracht, weil die freie Beweiswürdigung grundsätzlich nur solchen Einschränkungen unterliegt, die das Gesetz anordnet. § 272 ZPO nimmt unter den Verfahrensregeln eine herausragende und zentrale Rolle ein. Die Norm verpflichtet das Gericht – »sofern in diesem Gesetz nicht etwas anderes bestimmt ist« – nicht nur dazu, die Ergebnisse des Beweisverfahrens, sondern auch der ganzen Verhandlung zu würdigen (siehe »freie Verhandlungswürdigung«).¹¹²⁶ Dieser Grundsatz unterliegt nicht der Disposition

304

1123 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 289; *Dullinger*, JBl 1998, 15; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 884; *Jabornegg*, JBl 1996, 454 und JBl 2000, 663 (jeweils Entscheidungsanm); *Klicka*, *Beweislastverteilung* 65 ff; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 179; *Rebhahn*, Staatshaftung 513; *Rechberger* in FS-Mayer 609 ff; *Reischauer*, Entlastungsbeweis 87 ff; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1298 ABGB Rz 3a; *Welser*, Schadenersatz 68 f.

1124 Nach der von *Jabornegg* (JBl 2000, 662 [Entscheidungsanm]) schlüssig dargelegten Auffassung hat auch im Arzthaftungsprozess der Patient die unterlassene oder unzureichende Aufklärung nachzuweisen, sodass die Überlegungen zur Beweislastumkehr (zulasten der klagenden Patientin!) im Anlassfall nicht schlüssig erscheinen.

1125 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 900; *Jabornegg*, JBl 2000, 663 [Entscheidungsanm]; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 184 ZPO Rz 13; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 35.

1126 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 272 ZPO Rz 1.

der Parteien. Nicht Vereinbarungen,¹¹²⁷ sondern nur gesetzliche Bestimmungen können die Beweiswürdigung einschränken.

305 Es gibt nur wenige ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen, die die Beweiswürdigung einschränken. Zu den mittelbaren und unmittelbaren Einschränkungen, siehe Rz 79.

306 Für die hier zu beurteilende Problematik ist festzuhalten, dass die in der Parenthese in § 272 Abs 1 ZPO geforderte ausdrückliche Regel, etwa im Sinne, dass »ein Beweis nicht zulässig ist«, ein Vorbringen »für wahr zu halten« ist, ein Umstand »keines Beweises bedarf« oder ein Vorbringen »ungeprüft der Entscheidung zugrunde zu legen ist«, für den Fall der unterlassenen Entbindung eines Zeugen fehlt. Die Vertreter eines Beweiswürdigungsverbots führen indes verschiedene Begründungsansätze an, um ihre Ansicht zu stützen. Im Wesentlichen wird damit wie folgt argumentiert: 1. Die Beweiswürdigung habe sich auf das Beweisverfahren zu beschränken. 2. Die Motive für eine Nichtentbindung seien nicht offenzulegen und damit nicht nachprüfbar. 3. Der Gesetzgeber habe mit dem Weigerungsrecht auch den Wegfall eines Beweisumstands normiert.

307 Bereits der Wortlaut des § 272 ZPO widerlegt den Ansatz von *Prohaska-Marchried*, wonach sich die Beweiswürdigung »eng auf die vorliegenden Beweisergebnisse« zu beschränken habe. Gerade aus der Verhandlungswürdigung, dazu gehören etwa alle Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen einer Partei, somit die Verweigerung einer Antwort oder Auskunft sowie die Vorenthaltung von Beweismitteln,¹¹²⁸ lässt sich in vielen Fällen auf die tatsächlichen Grundlagen schließen. Oft ergibt sich aus dem Inhalt, Umfang und Zeitpunkt des Vorbringens (insb bei Klageänderungen, Einreden und Einwänden), dass (nur) ein rein prozesstaktisches Vorgehen vorliegt, um den eigenen Prozessstandpunkt mehrfach abzusichern oder schlicht das Verfahren zu verzögern. Auch das Beharren auf die Wahrung eines Geheimnisses kann einer reinen Prozesstaktik geschuldet sein und muss nicht mit der eigentlichen *ratio legis* des Aussageverweigerungsrechts im Zusammenhang stehen. Dieses wurde jedenfalls nicht deshalb geschaffen, um die Durchsetzung berechtigter Prozessziele der beweisbelasteten Partei zu verhindern.

308 Es überzeugt auch nicht, dass es (stets!) *unmöglich* sein soll, die Gründe für die Nichtentbindung objektiv nachprüfbar zu würdigen. Auch außerhalb der hier erörterten Problematik ist es oft schwer, die Motive einer Handlung oder Unterlassung festzustellen, um etwa das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs zu begründen. Ebenso wenig wie Beweisschwierigkeiten einer Partei eine erfolgreiche Beweisführung *per se* ausschließen, sind Begründungsschwierigkeiten keine absoluten Hindernisse für eine nachvollziehbare Beweiswürdigung durch das Gericht. Der

1127 Sogenannte Beweisverträge sind daher unwirksam: GIUNF 3221; GIUNF 6631; 5 Ob 360/61 SZ 34/183; 4 Ob 188/03f; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 823.

1128 BGH MDR 1984, 48 mwN.

behaupteten Unmöglichkeit, die Motive der unterlassenen Entbindung zu würdigen, liegt die Prämisse zugrunde, dass der vom Geheimnis oder der Verschwiegenheitspflicht Geschützte nicht verpflichtet sein soll, seine Motive für seine Entscheidung preiszugeben. Auch das vermag freilich nicht zu überzeugen. Ein Zeuge muss idR letztendlich seine »Motive« preisgeben, wenn er sich auf ein Aussageverweigerungsrecht beruft.¹¹²⁹ Im Hinblick auf die grundsätzlich zu bejahende Mitwirkungspflicht der Parteien obliegt es der Partei, jene Gründe anzuführen, die ihre Weigerung zur Entbindung berechtigt erscheinen lassen.¹¹³⁰ Nach richtiger Auffassung wird es das Gericht sehr wohl berücksichtigen dürfen, wenn die Partei jegliche plausible Erklärung für ihr Verhalten schuldig bleibt.

Wenig Strahlkraft hat das in 1 Ob 254/99f verwendete Argument, es würde den Wertungen des Gesetzes widersprechen, wenn der gestattete Wegfall eines Beweisumstands wieder zum Beweisumstand erhoben werde. Dieser Einwand ist der strafprozessualen Rechtsprechung entnommen,¹¹³¹ wobei sich das Strafprozessrecht wegen des dort dominierenden Schutzes vor Selbstbelastung¹¹³² nicht mit dem von der wechselseitigen Mitwirkungspflicht geprägten Zivilprozess vergleichen lässt.^{1133,1134}

309

1129 Dabei ist es durchaus sinnvoll und bereits *de lege lata* möglich, hier im Einzelfall die Einschränkung der Parteienöffentlichkeit zu erwägen (»geheimes Zwischenverfahren«). Dazu *Rassi*, ÖJZ 2014, 1050 und 1052 f.

1130 *Rassi*, ZJP 121 (2008) 194 [»wonach die Partei zumindest in Umrissen plausible Gründe für das Unterlassen der Entbindung anführen müsste«]. Ähnlich für die unterlassene Namhaftmachung eines Zeugen: BGH NJW 1960, 821.

1131 12 Os 26/87 mwN.

1132 Die Inanspruchnahme eines Entschlagungsrechts darf keinesfalls zum Nachteil des die Aussage Verweigernden verwertet werden, vgl 10 Os 155/85. Niemand ist verpflichtet, Zeugnis gegen sich selbst abzulegen (§ 7 Abs 2 StPO). Aufgrund einer Zusammenschau des Selbstbelastungsverbot mit anderen im Strafverfahren herrschenden Grundsätzen (Amtswegigkeit, Unschuldsvermutung, Anklagegrundsatz, Objektivitätsgebot) ist es dem Beschuldigten auch durch das Schweigerecht erlaubt, passiv zu bleiben (vgl RIS-Justiz RSO127962; 1 Ob 123/15t).

1133 Zutreffend *Kodek* (ÖJZ 2001, 292 FN 137), der darauf verweist, dass hier eben ein wichtiger Unterschied zwischen Zivil- und Strafverfahren liege. Im Strafprozess seien zwar Duldungspflichten des Beschuldigten bzw Verdächtigen normiert, aber keine aktiven Mitwirkungspflichten. Dazu, dass dem Grundsatz »*nemo tenetur se accusare*« im Zivilverfahren nicht die ihm vom BGH (zB JZ 1991, 630 mit Besprechungsaufsatz *Schlosser*; ebendort 599 ff) zugemessene Bedeutung zukommt, vgl *Lorenz*, ZJP 111 (1998) 63. Für das Strafverfahren hat bereits *Schmoller* RZ 2000, 169 FN 93 zu Recht betont, dass eine aktive Mitwirkung anders zu sehen ist als die bloße Zulässigkeit einer Beweisaufnahme ohne Mitwirkung.

Unter Herausarbeitung der Unterschiede zu anderen Verfahrensarten – im Anlassfall zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren – erteilte der BGH (3 StR 377/99 NJW 2000, 1661) einem *in camera*-Verfahren für den Bereich des deutschen Strafprozesses eine Absage. Er wies auf die unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze von Straf- und Verwaltungsgerichtsverfahren hin und darauf, dass ein derartiges Verfahren wohl in einem verwaltungsgerichtlichen, nicht aber in einem strafprozessualen Verfahren möglich erscheine. Während sich im Strafverfahren Geheimhaltungsinteressen der Exekutive nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* zugunsten des Angeklagten auswirkten und ein *in camera*-Vorgehen den Rechtsschutz des Angeklagten verschlechtern würden, wirke sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in dem der Grundsatz *in dubio pro reo* nicht gelte, Geheimhaltung regelmäßig zum Nachteil für den Rechtsschutzsuchenden aus.

Zudem lässt es sich nur schwer argumentieren, dass der Gesetzgeber mit *jedem* Weigerungsrecht *zwingend* einen *Wegfall* eines Beweisumstands normiert. Von einem solchen Wegfall kann nur dann ausgegangen werden, wenn das Gesetz keine Entbindung vorsieht, was etwa im Bereich des § 320 Z 4 ZPO (Verschwiegenheitspflicht des Mediators)¹¹³⁵ der Fall ist. Für den Fall des Amtsgeheimnisses nach § 320 Z 3 ZPO oder bei den (sonstigen) gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflichten nach § 321 Abs 1 Z 3 ZPO und bei einem Geheimnis nach Z 5 ist eine Entbindung hingegen stets möglich. Aus dem Gesetz ist somit nicht abzuleiten, dass die unterlassene Entbindung vor jeglicher Beweis- und Verhandlungswürdigung »immuniert« werden soll.¹¹³⁶ Mit der Bejahung von Geheimhaltungsinteressen, auf die der Berechtigte durch Entbindung verzichten kann, liegt jedenfalls keine Sonderregel vor, mit der iSd Parenthese in § 272 Abs 1 ZPO »etwas anderes« bestimmt und die Beweiswürdigung eingeschränkt würde. Wenn das Gesetz eine Entbindung den Parteien anheim stellt, bedeutet das gerade nicht, dass gleichzeitig das entsprechende Verhalten von der Verhandlungswürdigung ausgeschlossen werden soll.¹¹³⁷

Die Sperrung von Beweismitteln dürfe sich im Strafverfahren aber nicht nachteilig für einen Angeklagten auswirken. Zwar beeinträchte die Geheimhaltung eines Beweismittels zwangsläufig die Möglichkeiten der Verteidigung, durch den Antritt von Gegenbeweisen die Glaubwürdigkeit der anonymen Gewährsperson und die Unglaubhaftigkeit ihrer Angaben zu beweisen, doch könne und müsse diese Beeinträchtigung durch das Erfordernis einer besonders kritischen Prüfung der anonymen Angaben und ihres begrenzten Beweiswerts, wonach sie nicht alleinige Urteilsgrundlage sein dürfen, sondern durch andere aussagekräftige Beweismittel eine Bestätigung erfahren müssen, ausgeglichen werden. Dazu: »Durch die vorsichtige Bewertung und Heranziehung der anonymen Angaben nur zur Abrundung und Bestätigung des sonst gewonnenen Beweisergebnisses ist auch die Behinderung der Verteidigung durch die fehlende Möglichkeit einer Befragung kompensiert.«

- 1134 Hinzu kommt, dass die Entschlagungsgründe der StPO verfahrensrechtlich anders behandelt werden als die Aussageverweigerungsgründe der ZPO.
- 1135 102 ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 37; Frauenberger in *Fasching/Konecny*³ § 320 ZPO Rz 9; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 320 Rz 7 ZPO.
- 1136 Anders ist die Situation im Strafverfahren, in dem freilich der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* ein »Herzstück der Verfahrensfairness« ist (*Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 Rz 29 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR).
- 1137 Gegenteilig *Prunbauer-Glaser* (in *FS-Benn-Ibler* 295). Nach ihrer auf § 9 RAO gestützten Ansicht könne ein Rechtsanwalt ungeachtet der Entbindung seines Mandanten zur Aussage nicht gezwungen werden. Es handle sich nämlich um ein *eigenes* Aussageverweigerungsrecht des Rechtsanwalts. Einen derartigen Standpunkt vertraten im Ergebnis bereits *Arnold* (Berufsgewerheimnis 275 und ÖJZ 1982, 1 sowie AnwBl 1983, 540 [Entscheidungsanm]), *Herz* (ÖJZ 1970, 92) und *Kaan* (NBIRA 1965, 3) vor allem mit der Begründung, dass der Berechtigte die Konsequenz seiner Entbindung nicht überschauen könnte, was sich auch auf eine Entscheidung der OBDK Bkd 92/89 AnwBl 1993/4477 stützt (differenzierend *Harbich*, AnwBl 1983, 671, nur für Ausnahmefälle, wenn der Rechtsanwalt die Unüberschaubarkeit der Konsequenzen für den Entbindenden erkennt).

Das übersieht freilich die allgemeine Aussagepflicht von Zeugen, bei denen die gesetzlich anerkannte Ausnahme einer Verschwiegenheitspflicht eben nach einer Entbindung nicht mehr vorliegt (für die notarielle Verschwiegenheitspflicht: *Österreichische Notariatskammer*, Verschwiegenheit, Rz C/36). Für den *Zivilprozess* ist damit der Entfall des Aussageverweigerungs-

Vielmehr eröffnet erst das Wahlrecht des Berechtigten, einen Zeugen zu entbinden oder nicht, dem Richter die Möglichkeit, die entsprechende Unterlassung oder Handlung¹¹³⁸ umfassend zu würdigen.

Mit beachtlichen Argumenten postuliert *Riss* die *Kongruenz* zwischen allen Erscheinungsformen der Mitwirkungspflicht.¹¹³⁹ Die von ihm vorgeschlagene Anwendung des Prüfungsschemas der §§ 303 ff ZPO für Fragen der Entbindungspflicht¹¹⁴⁰ nimmt durchaus auf die Abwägung der widerstreitenden Interessen Bezug. Allerdings scheint es mehr als fraglich, ob die §§ 303 ZPO tatsächlich geeignet sind, die Grenzen der Mitwirkungspflichten bei der Entbindungspflicht sinnvoll zu ziehen (vgl dazu ausführlich Rz 290 ff). *Prima vista* stellt das fein austarierte System der §§ 303 ff ZPO nur auf die *körperlichen Beweismittel* (Urkunden, Augenschein, Auskunftssachen), somit darauf ab, dass *Sachen* in der Verfügungsgewalt einer der Parteien stehen, was sich strukturell stark vom Zeugenbeweis unterscheidet. Auch eine *gedankliche Anpassung* des »für Urkunden maßgeschneiderten«¹¹⁴¹ § 304 Abs 2 ZPO auf den Zeugen ist schwierig.¹¹⁴² Schließlich bliebe bei strenger Kongruenz etwa bei einem Unternehmensgeheimnis (*außerhalb* des auf den Zeugenbeweis schwer zu übertragenden § 304 ZPO) für eine sinnvolle prozessuale Mitwirkung kein Raum, wenn sich ein Zeuge auf das Geheimnis berufen muss. Billigt man der Partei bei der Prüfung der Entbindung die Gründe einer Vorlageverweigerung zu, wäre eine Entbindungspflicht dann wohl mit Blick auf § 305 Z 4 ZPO stets zu verneinen.¹¹⁴³

310

rechts nach erfolgter Entbindung ausdrücklich festgelegt (*Stricker*, ÖJZ 2015, 315; OLG Wien 15 R 135/01k AnwBl 2002/7822 [Entbindung eines Psychotherapeuten]). Zudem besteht in einem solchen Fall kein Grund mehr, die Interessen des Betroffenen zu wahren (*Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 19), zumal der Rechtsanwalt der Vertreter und nicht der Sachwalter der Partei ist (*Fasching*, Lehrbuch² Rz 984; 4 Ob 228/04i), weshalb auch das Argument nicht trägt, dass der Berechtigte die Konsequenz seiner Entbindung nicht überschauen könnte.

1138 Ob dabei die Entbindung als Prozesshandlung (idS *Fasching*⁴ III, 424) oder privatrechtliche Erklärung (*Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 19) zu qualifizieren ist, ist für die Frage des § 272 ZPO nicht entscheidend. Auch wenn man von einer privatrechtlichen Natur der Entbindung ausgeht, bezieht sie sich notwendigerweise auf den Prozess und gehört damit auch zum zu würdigenden Verhalten im Prozess. Zudem setzen privatrechtliche Regeln die freie Beweiswürdigung nicht außer Kraft; vgl das von *Rechberger* (in *Fasching/Konecny*³ § 272 ZPO Rz 5) erwähnte Beispiel des § 584 ABGB, der die Beweiswürdigung zur Glaubwürdigkeit von Testamentszeugen nicht einschränken kann (idS bereits *Fasching*, Lehrbuch² Rz 821).

1139 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 151.

1140 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 239 ff.

1141 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 241.

1142 Der Gesetzgeber hat die Regel wohl auch deshalb nur für auf den Augenschein (§ 369 ZPO) und die Auskunftssachen (§ 318 Abs 2 ZPO) ausgedehnt.

1143 Das dreiteilige System von Grundsatz-Ausnahmen-Gegenausnahmen der §§ 303 ff ZPO käme somit kaum zur Anwendung, weil die Entbindungspflicht des Zeugen bereits auf der Ebene der Ausnahme ansetzen müsste. Das wird deutlich, wenn *Riss* (Gemeinschaftlichkeit 305) die Entbindungspflicht dann verneint, wenn die Aussage des Zeugen Tatsachen offenbaren würde, »die – wären sie in einer Urkunde enthalten – den Gegner von der Mitwirkungspflicht befreien.« Das trifft aber gerade auf ein Unternehmensgeheimnis der Partei zu, das der daran gebundene Zeuge zu wahren hat.

Auch der offen formulierte § 305 Z 5 ZPO (»andere gleich wichtige Gründe«) würde die Mitwirkung stark entwerten.

3. Wie erfolgt eine Würdigung bei verweigerter Entbindung?

311 Von welchen Grundsätzen hat sich der Verhandlungsrichter bei der Würdigung einer Nichtentbindung leiten zu lassen? Das Beharren einer Partei auf eine Verschwiegenheitspflicht wird dann nicht negativ auszulegen sein, wenn dafür ein triftiger Grund vorliegt.¹¹⁴⁴ Liegt ein derartiger Grund vor, bleibt kein Raum, aus dem Verhalten der Partei im Wege der Beweiswürdigung etwas für das Ergebnis des Prozesses abzuleiten. Dabei muss die Beweiswürdigung (wie auch sonst) freilich nicht erst dann einsetzen, wenn eine Partei missbräuchlich oder in beweisvereitelnder Absicht handelt. Im Vordergrund sollte vielmehr stehen, ob die Partei den Zeugen nur (oder überwiegend) deshalb nicht entbindet, um im Verfahren zu obsiegen. In einem solchen Fall kann die Weigerung durchaus zu ihren Lasten ausschlagen, ist doch auch sonst anerkannt, dass Geheimhaltungsinteressen dann nicht schutzwürdig sind, wenn damit die Durchsetzung berechtigter Ansprüche Dritter verhindert werden soll.¹¹⁴⁵ Prozesstaktische Erwägungen, die sich auf den konkreten Rechtsstreit beschränken, reichen somit nicht aus, um einen triftigen Grund anzunehmen.¹¹⁴⁶ Oder anders formuliert: Der Schutz der Geheimhaltungssphäre im Prozess soll nicht dazu dienen, damit die Durchsetzung berechtigter Ansprüche zu verhindern. Dadurch geht aber der Vorwurf der Umgehung von Geheimhaltungsrechten ins Leere, wenn sich der Berechtigte angesichts eines drohenden Prozessverlustes genötigt sieht, die Entbindung zu erteilen. Von einem Umgehen könnte nur dann die Rede sein, wenn die Weigerung den vom Gesetz umfassten Schutzbereich betrifft. Das Ausnützen eines Unternehmensgeheimnisses, um im Prozess zu obsiegen, ist davon nicht umfasst.

1144 Ahrens, Beweis, Kap 8 Rz 147.

1145 9 ObA 50/03y; vgl auch 10 Ob 46/08z. Vgl § 37j KartellG 2005, der bei der Offenlegung von Beweismitteln in Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, ua auch den Umgang mit vertraulichen Informationen regelt. Dabei ist nach Abs 5 leg cit das Interesse von Unternehmen, Schadenersatzklagen aufgrund von Wettbewerbsverletzungen zu vermeiden, nicht schutzwürdig und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unbeachtet zu lassen.

Auch der EuGH (10.11.1993, Rs C-60/92, *Otto BV/Postbank*, Rn 21) hat bereits 1993 festgehalten, dass ein nationales Gericht gemeinschaftsrechtlich nicht gehalten sei, bei der Prüfung eines Antrags auf Anordnung einer vorgezogenen Zeugenvernehmung im Vorgriff auf einen Zivilprozess den Grundsatz anzuwenden, dass ein Unternehmen nicht zur Beantwortung von Fragen verpflichtet ist, wenn ihre Beantwortung das Eingeständnis einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsvorschriften beinhaltet. Vgl auch 16 Ok 14/13 EvBl 2014/111 [*Rittenauer*], wonach es sich bei einem Wettbewerbsverstoß niemals um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handeln könne. Abschwächend freilich BGH NJW-RR 1996, 1534, wonach auch prozesstaktische Überlegungen der verweigernden Partei ausreichen können.

Eine (negative) Würdigung der verweigerten Entbindung muss nicht bereits dann einsetzen, wenn der Partei die unterbliebene Zeugenaussage im Prozess nützt. Dieser »zufällige« prozessuale Nutzen schadet nicht, wenn darüber hinaus ein triftiger Grund die Weigerung gerechtfertigt erscheinen lässt. Ist ein solcher Grund zu bejahen, ist eine Interessensabwägung erforderlich. Müsste die verweigernde Partei mit der Entbindung dabei gegen ihre höherwertigen Interessen handeln, kann ihre Weigerung aus diesen Gründen gerechtfertigt erscheinen und darf deshalb nicht nachteilig gewürdigt werden.¹¹⁴⁷

312

Somit kommt es entscheidend darauf an, ob stichhaltige Weigerungsgründe vorliegen, die über den konkreten Rechtsstreit hinausgehen und im Normzweck der Verschwiegenheitspflicht Deckung finden.¹¹⁴⁸ Nach in Deutschland verbreiteter Ansicht kann aber eine befürchtete einseitige Aussage des Zeugen ein triftiger Grund sein.¹¹⁴⁹ Dem ist nicht zuzustimmen, muss es doch dem Richter überlassen bleiben, den Beweiswert einer Aussage zu würdigen. Die Verweigerung läuft darauf hinaus, die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Glaubhaftigkeit einer von ihm zu erwartenden Aussage zu bestreiten. Einer solchen *vorgreifenden Beweiswürdigung* sollte nicht unter der Flagge des Geheimnisschutzes Vorschub geleistet werden.¹¹⁵⁰

313

E. Resümee

Aus der prozessualen Mitwirkungspflicht kann die Pflicht zur Entbindung eines Zeugen durch die nicht beweisbelastete Partei folgen. Der hL und der vom OGH in 1 Ob 254/99f geäußerten Rechtsansicht, wonach die verweigerte Entbindung nicht einer Beweiswürdigung unterzogen werden darf, ist nicht zuzustimmen. Vielmehr haben die Tatsacheninstanzen im Rahmen einer Abwägung der widerstreitenden Interessen zu prüfen, ob die Weigerung im Einzelfall gerechtfertigt ist. Die Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei sind anhand des Zwecks der betroffenen Normen dem Recht der beweisbelasteten Partei auf

314

¹¹⁴⁷ BGH NJW 1967, 2012; OLG Frankfurt NJW 1980, 2758 (bestätigt durch unveröffentlichten Beschluss des BGH vom 1.7.1980 – VI ZR 261/79).

¹¹⁴⁸ Zutreffend wies etwa das OLG Frankfurt darauf hin, dass die ärztliche Verschwiegenheitspflicht dem Schutz der Persönlichkeitssphäre des Patienten dient und (von diesem) prozesstaktisch nicht missbraucht werden dürfte (OLG Frankfurt NJW 1980, 2758). Im Anlassfall rechtfertigte die nicht beweisbelastete Partei die unterlassene Entbindung der vom Gegner beantragten Zeugen damit, dass er nicht verpflichtet sei, dem Gegner die Beweisführung zu erleichtern, der Zeuge wegen seiner Abhängigkeit nicht wahrheitsgemäß aussagen und der Zeuge sich selbst einer gerichtlichen Inanspruchnahme aussetzen werde. Damit wurden ausschließlich innerprozessuale Gründe angeführt, die die *ratio legis* der Verschwiegenheitspflicht (Schutz der Privatsphäre der Partei) nicht tangierten.

¹¹⁴⁹ BGH NJW-RR 1996, 1534; idS auch Ahrens, Beweis, Kap 8 Rz 147.

¹¹⁵⁰ Vgl auch OLG Karlsruhe FGPrax 2006, 78.

effektive Rechtsdurchsetzung, dem auch die gegenseitige Mitwirkungspflicht zugrunde liegt, gegenüberzustellen und abzuwägen. Dabei ist zu prüfen, ob die Partei einen triftigen Grund zur Geheimhaltung plausibel machen kann oder ob sie Geheimhaltungsinteressen vortäuscht, um im Prozess zu obsiegen. Verweigert eine Partei ohne triftigen Grund die Entbindung eines Zeugen, kann dies vom Gericht entsprechend gewürdigt werden. Dass die Würdigung nicht immer geeignet ist, Lücken der Beweisführung zu schließen und die beweisbelastete Partei mangels näherer Kenntnisse oft daran scheitern wird, ein ausreichend substantiiertes Vorbringen zu erstatten, das wegen der Blockade des Gegners allenfalls zu ihren Gunsten in die Beweiswürdigung einfließen kann, wird hier nicht verkannt,¹¹⁵¹ zumal der Zeuge mangels Entbindung nicht aussagen darf, weil es für das Vorliegen eines Aussageverweigerungsgrunds für einen Zeugen nicht darauf ankommt, ob der Geheimnisträger eine Entbindung missbräuchlich verweigert oder nicht.¹¹⁵² Eine fehlende Kooperation im Prozess darf nicht mit einer Umkehr der Beweislast sanktioniert werden. Die Mitwirkungspflicht ist freilich nur eine von mehreren Möglichkeiten, Beweisschwierigkeiten zu überwinden. Daneben erscheinen eine aktive richterliche Verhandlungsführung mit dem Ziel der materiellen Wahrheitsfindung und (in erster Linie wohl *de lege ferenda*) weitere flankierende Maßnahmen in Richtung eines »Geheimverfahrens« erforderlich, um die Zumutbarkeit für die Parteien zu erhöhen, vertrauliche Beweismittel »geschützt« in das Verfahren einzuführen. Diese Problematik soll an anderer Stelle beleuchtet werden (vgl die Ausführungen im sechsten Teil dieser Arbeit).

315 Wie in anderen Bereichen der prozessualen Mitwirkungspflicht bedarf es bei der Frage, ob eine Partei im Rahmen ihrer Kooperationspflicht einen Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht oder etwa von der Wahrung eines Unternehmensgeheimnisses entbinden muss oder nicht, einer klarstellenden Entscheidung durch das Gericht. Wenn das Gericht der Auffassung ist, die Partei entbinde den Zeugen ohne triftigen Grund nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht bzw von der Pflicht zur Wahrung eines Geheimnisses, wird dies den Parteien gegenüber mit Beschluss klarzustellen sein, damit die Partei durch eine negative Beweiswürdigung nicht überrascht wird.¹¹⁵³ Dazu § 324 ZPO und Rz 360 ff.

1151 Ähnlich zum Verwaltungsverfahren: *Moritz*, ÖGZ 1986/11, 22.

1152 Mangels Entbindung ist der Zeuge an die ihn treffenden Verschwiegenheitspflichten nach Z 3 und Z 5 gebunden und muss die Aussage verweigern. Wird er hingegen von der Geheimhaltungspflicht entbunden, muss er aussagen. Die Entbindung durch den Dritten führt aber auch dann nicht zur Aussagepflicht, wenn es sich beim Geheimnis gleichzeitig um ein Geheimnis des Zeugen handelt. Ist etwa der Zeuge selbst (auch) der Berechtigte aus einem Unternehmensgeheimnis, bleibt es ihm überlassen, sich quasi »selbst zu entbinden« oder eben die Aussage zu verweigern. Vgl *Garber*, ÖJZ 2012, 645 mwN.

1153 Vgl *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

IX. Grenzen der Kooperationspflichten bei der Parteienvernehmung – Anwendung des § 321 ZPO

A. Allgemeines

Die Bestimmungen der §§ 371 ff ZPO ermöglichen die Parteienvernehmung als Beweismittel, wobei eine Partei sowohl ihre eigene Vernehmung als auch jene ihres Gegners beantragen kann. Die ZPO dokumentiert hier, dass sie von einer weiten prozessualen Mitwirkungspflicht der Parteien ausgeht, unabhängig von der Verteilung der Beweislast. Vor allem kann zB § 374 ZPO nicht entnommen werden, dass etwa nur die beweispflichtige Partei zu vernehmen ist¹¹⁵⁴ bzw sich die Vernehmung der Partei auf jene Aspekte zu beschränken hat, die von ihr zu beweisen sind. Damit dient die Vernehmung einer Partei *auch* dazu, dem Gegner die Erfüllung seiner Beweispflicht zu ermöglichen. Die Mitwirkungspflicht einer nicht beweisbelasteten Partei zeigt sich daher darin, im Beweisverfahren¹¹⁵⁵ als Partei über die vom Gegner zu beweisenden Umstände auszusagen.¹¹⁵⁶ Allein schon wegen anzuerkennender Geheimhaltungsinteressen geht das Gesetz freilich davon aus, dass die Mitwirkungspflicht nicht unbegrenzt ist, zumal die Partei die Aussage (bzw die Beantwortung einzelner Fragen) bei »genügenden Gründen« folgenlos verweigern kann (§ 381 ZPO). Verweigert hingegen die Partei die Aussage ohne solche Gründe, hat das Gericht diesen Umstand zu würdigen. Fraglich ist, wann solche genügenden Gründe für eine Aussageverweigerung vorliegen und ob die Beweiswürdigung *kategorisch* ausgeschlossen ist, wenn die Partei einen Verweigerungsgrund des Zeugen iSd § 321 ZPO geltend macht. Lässt sich aus dem Gesetz ableiten, dass es dem Richter (immer) schon dann untersagt ist, die Weigerung einer Partei der Beweiswürdigung zu unterziehen, wenn sich die Partei auf einen gesetzlichen Weigerungsgrund iSd § 321 ZPO beruft? Kommt damit der Partei jener Geheimhaltungsschutz zu, der dem Zeugen zusteht, wenn eine an ihn gerichtete Frage mit den in § 321 ZPO anerkannten Geheimhaltungsinteressen (etwa mit einem Unternehmensgeheimnis) kollidiert?¹¹⁵⁷

316

B. Bisherige Rechtsprechung

Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zu den eben genannten Fragen liegt nicht vor. Nach einer älteren Entscheidung aus dem Jahr 1906 können genügende

317

1154 Vgl 6 Ob 688/89.

1155 Außerhalb des Beweisverfahrens siehe vor allem das Fragerecht in § 184 ZPO.

1156 Vgl 6 Ob 688/89.

1157 Dazu *Rassi*, JBl 2016, 685.

Gründe, die eine negative Beweiswürdigung einer Aussageverweigerung verhindern, *auch* außerhalb von § 321 ZPO angenommen werden, während umgekehrt eine Berufung der Partei auf einen Weigerungsgrund eines Zeugen *nicht immer* ein genügender Grund iSd § 381 ZPO sein muss.¹¹⁵⁸ Ähnlich behandelt die jüngere Rechtsprechung die Frage, ob die Weigerung einer Partei, die sich auf das besondere Aussageverweigerungsrecht nach § 31 Abs 1 MedienG (Redaktionsgeheimnis) beruft, frei gewürdigt werden *kann*. Dieses Recht fällt zwar nicht unter § 321 ZPO, insb nicht unter die in § 321 Abs 1 Z 3 ZPO genannten staatlichen Verschwiegenheitspflichten, schafft aber ein gleichartiges Beweismittelverbot.¹¹⁵⁹ Die Konstellation könnte mit jener verglichen werden, bei der die Partei ihre Weigerung zu einem Parteiunternehmensgeheimnis¹¹⁶⁰ auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO stützt, weil sie – ungeachtet eines Weigerungsrechts – jedenfalls berechtigt wäre, auszusagen. Laut dieser Rechtsprechung ist das Gericht in seiner Beweiswürdigung der Aussageverweigerung nicht eingeschränkt, wenn sich die Partei auf § 31 MedienG beruft,¹¹⁶¹ wenngleich es »*durchaus nicht ausgeschlossen erscheint*«, hier einen genügenden Grund iSd § 381 ZPO zu sehen. Es bedürfe freilich einer Konkretisierung durch die Partei, um den Grund im Einzelfall beurteilen zu können.¹¹⁶² Diese Rechtsprechung betont, dass das Recht in § 31 MedienG auf Zeugen beschränkt sei, und geht davon aus, dass eine Partei in einem Zivilprozess – anders als ein Zeuge – nicht zur Aussage gezwungen werden könne, »*sodass insoweit eine Sonderregelung entbehrlich war*.« Daraus ist abzuleiten, dass nach dieser Rechtsprechung die Berufung auf das Redaktionsgeheimnis ein Grund iSd § 381 ZPO sein kann, aber nicht muss.

1158 GIUNF 3552. In der Entscheidung wurde geprüft, ob eine schwangere Partei ihre Beeidigung unter Berufung auf die damit verbundene Aufregung wegen drohender gesundheitlicher Folgen folgenlos verweigern darf. Das wurde von den Vorinstanzen verneint, weil der Zustand der Schwangerschaft nicht in § 321 ZPO angeführt sei. Demgegenüber erachtete der OGH das Aussageverweigerungsrecht einer Partei nicht erst dann als berechtigt, wenn einer der in § 321 Abs 1 Z 1, 2 oder 4 ZPO genannten Gründe vorliegt. Derartiges lasse sich aus § 380 ZPO nicht ableiten. Das Gesetz lasse auch andere Ablehnungsgründe zu. Die Prüfung der Beurteilung, ob die geltend gemachten Ablehnungsgründe, »*sei es der in § 321 Abs 1 Z 1, Z 3 und Z 4 ZPO angeführten, sei es anderer*«, erheblich seien, obliege der Beurteilung des Gerichts. Damit hat der OGH in dieser Entscheidung (ganz iSd Mat I 326) klar verneint, dass die Weigerungsgründe eines Zeugen denen der Partei entsprechen.

1159 Rechberger/Klicka in Rechberger⁵ § 321 ZPO Rz 5.

1160 Zu diesem Begriff Schumacher, ÖBl 1988, 89.

1161 1 Ob 15/91; zust Spenling in Fasching/Konecny³ § 380 ZPO Rz 4; krit Korn, MR 1991, 235 [Entscheidungsanm].

1162 6 Ob 130/06w. Die Rechtsprechung teilt somit nicht die Ansicht von Korn (MR 1991, 235), wonach ein genügender Grund iSd § 381 ZPO schon (*immer*) dann vorliegt, wenn eine Partei im Zivilverfahren die Aussage aus Gründen verweigert, die sie als Zeuge zur Berufung auf das Redaktionsgeheimnis berechtigten würden.

C. Herrschende Lehre

Die hL erachtet das Vorliegen eines Aussageverweigerungsgrunds für einen Zeugen nach § 321 ZPO *jedenfalls* als einen genügenden Grund iSd § 381 ZPO. Die Weigerungsgründe des Zeugen würden – mit Ausnahme von § 321 Abs 1 Z 2 ZPO (§ 380 Abs 1 ZPO) – demnach auch der Partei »zur Verfügung stehen«, ¹¹⁶³ für diese »auch gelten«, ¹¹⁶⁴ die Gründe seien für die Partei »anerkannt«, ¹¹⁶⁵ das Aussageverweigerungsrecht der Partei »entspricht« ¹¹⁶⁶ »grundsätzlich« ¹¹⁶⁷ dem des Zeugen. Liegt ein derartiger Grund iSd § 321 ZPO vor, dürfe die Verweigerung demnach nicht negativ gewürdigt werden. ¹¹⁶⁸ Beispielsweise würde einer Partei bei einem allfälligen Geschäftsgeheimnis der Verweis in § 380 Abs 1 Satz 1 ZPO die Möglichkeit bieten, unter Berufung auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO die Beantwortung jener Fragen zu verweigern, die ihr Geschäftsgeheimnis betreffen, ohne dass sie in diesem Zusammenhang eine negative Beweiswürdigung zu befürchten hätte. ¹¹⁶⁹ 318

Die hL stützt sich im Wesentlichen auf einen Umkehrschluss aus § 380 Abs 1 Satz 2 ZPO. ¹¹⁷⁰ Nach § 380 Abs 1 Satz 1 ZPO finden die Bestimmungen über den Zeugenbeweis auf die Parteienvernehmung Anwendung, soweit keine abweichenden Regeln festgelegt sind. Eine derartige Ausnahme normiert § 380 Abs 1 Satz 2 ZPO, wonach eine Weigerung im Fall des § 321 Z 2 ZPO nicht gerechtfertigt ist. Abseits dieser Ausnahme soll es nach der hL unzulässig sein, die Weigerung iSd § 381 ZPO frei und damit idR zum Nachteil der verweigernden Partei zu würdigen, wenn sich diese auf § 321 ZPO stützt. ¹¹⁷¹ 319

Innerhalb der Verfechter einer Ausdehnung des § 321 ZPO auf die Parteienvernehmung besteht allerdings Uneinigkeit über die Frage, ob eine Weigerung *außerhalb* der in § 321 ZPO genannten Gründe als genügender Grund iSd § 380 ZPO 320

1163 *Schumacher*, ÖBl 1988, 89. An anderer Stelle betont *Schumacher* (ÖJZ 1987, 676) freilich noch, dass Parteigeschäftsgeheimnisse im Ergebnis bloß relativen prozessualen Schutz genießen würden, »weil die Sanktion freier Beweiswürdigung im Fall der Nichtoffenbarung durch die Partei nachteilige richterliche Schlussfolgerungen auslösen kann.«

1164 *Wolff*, Grundriss² 325.

1165 *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

1166 *Fasching*⁴ III, 517.

1167 *Spenling* in *Fasching/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 2.

1168 Allgemein: *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1024; *Fasching*⁴ III, 517; *Neumann*, Kommentar⁴ II, 1102; *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 336; *Spenling* in *Fasching/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 7; *Wolff*, Grundriss² 325. Für das Unternehmensgeheimnis: *Dolinar*, in *FS-Fasching* 142; *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel 113 f; *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 ff. IdS auch *Garber*, ÖJZ 2012, 648 mwN, wobei sich *Garber* zu Unrecht auf die Entscheidung GIUNF 3552 beruft, die gerade nicht die hM deckt. Offengelassen: *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 852 (»kann die Aussage aus ähnlichen Gründen wie der Zeuge verweigern«).

1169 *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 288.

1170 *Garber*, ÖJZ 2012, 647; *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 und ZJP 123 (2010) 288; *Spenling* in *Fasching/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 2.

1171 *Spenling* in *Fasching/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 7.

gilt und damit der freien Würdigung des Gerichts entzogen werden kann. Von der überwiegenden Lehre wird das Gesetz in aller Regel dahingehend interpretiert, dass es die Partei nicht auf die Weigerungsgründe iSd §§ 321, 322 ZPO beschränkt, sondern lediglich die Bezugnahme auf § 321 Abs 1 Z 2 ZPO ausschließt.¹¹⁷² Nach *Schumacher*¹¹⁷³ und *Spending*¹¹⁷⁴ ist das Weigerungsrecht der Partei auf die in §§ 321, 322 ZPO genannten Gründe beschränkt.

D. Gegenmeinungen in der Lehre

- 321 Gegen die referierte hL spricht sich ein Teil der Lehre aus und hinterfragt dabei die Ansicht, dass bereits dann ein genügender Grund zur Aussageverweigerung einer Partei vorliegen soll, wenn sie sich auf einen gesetzlichen Weigerungsgrund des Zeugen berufen kann. Nach der von *Fürstl*,¹¹⁷⁵ *Holzhammer*,¹¹⁷⁶ *Oberhammer*,¹¹⁷⁷ *Bienert-Nießl*¹¹⁷⁸ und *Riss*¹¹⁷⁹ vertretenen Ansicht besteht für das Gericht die Möglichkeit, aus der Weigerung einer Partei dann (negative) Schlüsse im Rahmen der Beweiswürdigung zu ziehen, wenn sich die Partei auf einen Weigerungsgrund iSd § 321 ZPO beruft. *Holzhammer*, der erkennbar auf § 446 dZPO¹¹⁸⁰ Bezug nimmt, weist darauf hin, dass auf die Partei kein Zwang ausgeübt wird und eine Verweigerung der Aussage frei gewürdigt werden könne, wobei (dabei) vorgebrachte Gründe zu berücksichtigen seien. Nach *Oberhammer*, der sich vor allem auf die Materialien¹¹⁸¹ beruft, seien die Weigerungsgründe nicht als Beweiswürdigungsregeln konzipiert. Sie würden dazu inhaltlich nicht taugen, weshalb die Gründe des § 321 ZPO für die Parteienvernehmung gänzlich funktionslos wären. *Oberhammer*¹¹⁸² erwägt, dass der Katalog der Weigerungsgründe als Begrenzung der prozessualen Aufklärungspflicht herangezogen werden könnte. Während bei einem anerkannten Weigerungsgrund »nur« die freie Beweiswürdigung erlaubt sei, sei es denkbar, dass der Richter ohne Weigerungsgrund die Behauptung des Gegners für wahr zu halten

1172 *Fasching*⁴ III, 517 (aA offenbar aber im Lehrbuch³ Rz 959); *Korn*, MR 1991, 235 [Entscheidungsanm]; *Neumann*, Kommentar⁴ II, 1102; *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 336.

1173 ÖBl 1988, 89 (»sonstige Aussageverweigerung möglicherweise nicht genügend begründet«).

1174 In *Fasching/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 3.

1175 Zivilprozessgesetze I § 381 ZPO Anm 1.

1176 Zivilprozessrecht² 274.

1177 ZZZ 113 (2000) 325 FN 109.

1178 Auskunftspflichten 365f.

1179 Gemeinschaftlichkeit 248 ff.

1180 »Lehnt der Gegner ab, sich vernehmen zu lassen, oder gibt er auf Verlangen des Gerichts keine Erklärung ab, so hat das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage, insb der für die Weigerung vorgebrachten Gründe, nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will.«

1181 Mat I 326.

1182 ZZZ 113 (2000) 325 FN 109.

habe. Es sei freilich nicht zu verkennen, dass die Zeugnisverweigerungsgründe einem anderen Zweck dienten und für die Bestimmung der Grenzen der Aufklärungspflicht zu weit und zu unflexibel seien. Zudem sei der von *Franz Klein* favorisierte Gedanke einer Geständnisfunktion nicht in das Gesetz aufgenommen worden.¹¹⁸³ *Bienert-Nießl*¹¹⁸⁴ schließt sich diesen Ausführungen im Wesentlichen an und argumentiert, »die freie Würdigung einer gerechtfertigten Weigerung« könnte darin eine Rechtfertigung finden, dass die Partei (anders als der Zeuge) unmittelbar am Streitausgang interessiert sei und mehr einsetzen müsse als ein unbeteiligter Zeuge. Die absolute Wirkung der Weigerungsgründe passe für einen Zeugen, nicht aber für die Partei, um deren Sache es geht. Daher könne sowohl bei Bestehen als auch bei Fehlen eines gesetzlichen Weigerungsgrunds die Verweigerung der Aussage gewürdigt werden. Die Aussageverweigerungsgründe seien für die Parteienvernehmung mangels der Möglichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung in der Tat funktionslos. *Bienert-Nießl* erachtet es aber als problematisch, wenn das Gericht zu würdigen beginnt, welcher Aussagewert einer »an sich gerechtfertigten Weigerung« zukommt. Noch komplexer sei die Situation, wenn die Partei nicht selbst der Geheimhaltungsberechtigte, sondern Dritten gegenüber geheimhaltungspflichtig ist. Ein Ausweg könnte darin liegen, dass die Offenlegung zumutbar gemacht werde, etwa durch ein Geheimverfahren, wobei ein solches wegen der Beschneidung des rechtlichen Gehörs »mehr als heikel« sei.¹¹⁸⁵ *Riss* billigt der Partei zwar zu, sich auf § 321 ZPO zu stützen¹¹⁸⁶ geht aber von dem Ansatz aus, dass die Reichweite der Mitwirkungspflicht zwischen den einzelnen Beweismittelarten, insb zwischen der Urkundenvorlagepflicht und der Parteienvernehmung, kongruent anzulegen sei.¹¹⁸⁷ Er unterwirft die Parteienvernehmung dem Regime von Grundsatz-Ausnahmen-Gegenausnahmen für die Vorlagepflicht bei Urkunden. Demnach sei die negative Würdigung der Aussageverweigerung durch die Partei nur dann systematisch zulässig, wenn ein Gegenausnahmetatbestand verwirklicht ist.¹¹⁸⁸ Die verweigerte Mitwirkung sei trotz eines Weigerungsgrunds negativ zu würdigen, wenn eine zu § 304 Abs 2 ZPO wertungsmäßig gleichzuhaltende Situation vorliege.¹¹⁸⁹

1183 Die Weigerung, auf bestimmte Fragen zu antworten, kann Anlass für den Tatrichter sein, bestimmte Prozessbehauptungen des Gegners für wahr zu halten. Freilich hat die unbegründete Aussageverweigerung nicht zwingend zur Folge, dass die Behauptungen der Gegenseite für wahr zu halten sind. Vgl *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 341; *Garber*, ÖJZ 2012, 648; *Rassi*, ZJP 121 (2008) 198 ff; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 381 ZPO Rz 5; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 881; *Spentling* in *Fasching/Konecny*³ § 381 ZPO Rz 14; 9 Ob 12/05p; 7 Ob 268/08z.

1184 Auskunftspflichten 365 f.

1185 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 366.

1186 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 251.

1187 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 247.

1188 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 250.

1189 Auch *Schumacher* (ÖBl 1988, 90) argumentiert mit der Kongruenz, zieht aber den Vorlageverweigerungsgrund § 305 Z 4 ZPO und die Materialien (I 310) heran, wonach der Prozessgegner nicht »im Wege der Urkundenedition verhalten werden könne, behufs Ermittlung und Feststellung des

E. Eigene Stellungnahme

1. Zum Umkehrschluss

322 Der von der herrschenden Meinung aus § 380 Abs 1 Satz 2 ZPO abgeleiteten *Gleichstellung* der *Weigerungsgründe* der Zeugen mit jenen der Parteien ist entgegenzuhalten, dass Satz 2 leg cit gesichert »nur« eine Bezugnahme auf einen drohenden Vermögensnachteil durch die Partei ausschließt. Derartiges ist *jedenfalls* kein ausreichender Grund, eine Aussage zu verweigern, weshalb der Richter die Verweigerung der Partei stets frei würdigen kann und muss, wenn die Partei »nur« die Gefährdung ihres Vermögens ins Spiel bringt. Diese Regel geht von der Selbstverständlichkeit aus, dass geradezu jeder Prozess für die Partei (wegen des drohenden Unterliegens) die mögliche Gefahr eines »vermögensrechtlichen Nachteils« mit sich bringen kann,¹¹⁹⁰ sei es in der Hauptsache, sei es nur in der Kostensache, sodass der Anwendungsbereich einer derartigen Aussageverweigerung wohl uferlos wäre.¹¹⁹¹ Damit wird allerdings die freie Beweiswürdigung nicht eingeschränkt. Im Gegenteil: Der Beweiswürdigung wird hier gerade nicht vorgegriffen; durch § 380 Abs 1 Satz 2 iVm § 381 ZPO wird vielmehr – ganz iSd § 272 ZPO – die freie Würdigung sichergestellt, weil der Richter gerade dann frei würdigen soll, wenn die Partei die Aussage »ohne genügende Gründe« verweigert.¹¹⁹² Das Gesetz normiert hier somit keine Beweiswürdigungsregel, sondern stellt nur klar, wann die Partei die Aussage *jedenfalls* zu Unrecht verweigert.

323 Kann diese geradezu selbstverständliche Klarstellung nun dazu führen, im *Umkehrschluss* auf eine Einschränkung des Spielraums zu schließen, der dem Richter nach § 272 ZPO zukommt? Dass sich eine Beweiswürdigungsregel auf einen Umkehrschluss gründet, wäre dafür an sich kein Hindernis, denkt man daran, dass bei der formellen Beweiskraft öffentlicher Urkunden der Beweis der Unrichtigkeit der Verfügung oder der Erklärung aufgrund eines Umkehrschlusses aus § 292 Abs 2 ZPO ausgeschlossen ist.¹¹⁹³ Ein Umkehrschluss ist freilich allein dann begründet, wenn Zweck bzw Wertung des Gesetzes nur auf den ausdrücklich vom Gesetz erfassten Tatbestandsbereich zutreffen.¹¹⁹⁴ Liegt in der Formulierung des § 380 Abs 1 ZPO aber tatsächlich ein »beredtes« Schweigen des Gesetzgebers vor,¹¹⁹⁵ dass diesem

Sachverhalts im weiteren Umfange Aufklärung geben zu müssen, als ihm dies im Wege der eidlichen Einvernehmung auferlegt werden kann.«

1190 ZB Wolff, Grundriss² 325 [»[...] denn sonst könnte die Partei wegen Gefahr des Prozessverlustes die Aussage verweigern.«].

1191 Für den Zeugen wird das Aussageverweigerungsrecht wegen eines drohenden unmittelbaren Vermögensnachteils durch § 322 ZPO weitgehend eingeschränkt. Vgl dazu auch Frauenberger in Fasching/Konecny³ § 322 ZPO Rz 1 ff.

1192 IdS für das Nichterscheinen: 2 Ob 212/61 EvBl 1996/437.

1193 Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ § 292 ZPO Rz 1.

1194 RIS-Justiz RS0008850.

1195 Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 7 ABGB Rz 27.

der Wille unterstellt werden kann, er schließe einen genügenden Grund nur im Fall des § 321 Abs 1 Z 2 ZPO aus? Treffen also Zweck und Wertung des Gesetzes, dass bei Vorliegen eines Weigerungsgrundes *für einen Zeugen* die entsprechende Weigerung *der Partei* ungenügend sein kann, *nur* auf den ausdrücklich vom Gesetz erfassten Tatbestandsbereich (also auf § 321 Abs 1 Z 2 ZPO) zu?¹¹⁹⁶

Die von *Oberhammer* erwähnten Materialien sprechen indes im Bereich des §§ 380f ZPO gerade gegen einen solchen Umkehrschluss.¹¹⁹⁷ Die Kernaussage der Materialien geht dahin, dass eine Aussageverweigerung einer Partei nicht auf die Gründe des § 321 ZPO Bezug nehmen muss. Weder kann eine Partei die Aussage schon deshalb verweigern, weil ein Grund nach § 321 ZPO gegeben ist, noch schließt das Fehlen eines solchen Grunds nach § 321 ZPO aus, dass die Partei allein deshalb ohne genügende Gründe aussagt. Demnach lasse sich mit Sicherheit nur aussprechen, dass der Hinweis auf einen zu besorgenden vermögensrechtlichen Nachteil nicht imstande sei, die Verweigerung der Parteiaussage zu rechtfertigen, »alles übrige muss der gewissenhaften Beurtheilung des Gerichtes überlassen werden.« Dem Gericht könne nicht verwehrt werden, bei der Beweiswürdigung einer Aussageverweigerung »die durch die Verhältnisse gerechtfertigten Schlüsse zu ziehen«, die Berufung auf die dem Zeugen zur Verfügung stehenden Weigerungsgründe schütze die Partei keineswegs »stets vor nachtheiligen Folgerungen«. Das weist deutlich darauf hin, dass der Richter die Verweigerung eben auch dann gewissenhaft zu prüfen hat, wenn die Partei sich auf einen anderen Weigerungsgrund beruft. Ein solcher wäre etwa die Bezugnahme auf ein Unternehmensgeheimnis.

324

Um den Umkehrschluss zu untermauern, gehen Vertreter der jüngeren Lehre von einem Wertungswiderspruch aus, wenn eine Bezugnahme auf § 321 ZPO negativ gewürdigt werden könnte. *Schumacher* argumentiert im Bereich von Unternehmensgeheimnissen etwa, es wäre »unverständlich«, einerseits ein Weigerungsrecht bei Geschäftsgeheimnissen anzuerkennen, andererseits aber gleichzeitig eine negative Würdigung dieser Weigerung zuzulassen.¹¹⁹⁸ Ähnliches vertritt *Garber*, wonach es »wenig überzeugend« wäre, wenn eine Partei »die Aussage zu Recht verweigert«, diese Ausübung der Weigerung allerdings negative Auswirkungen auf sie hätte.¹¹⁹⁹ Selbst *Bienert-Nießl* – eine Vertreterin der Gegenmeinung – erachtet es als »problematisch«, wenn das Gericht zu würdigen beginnt, welcher Aussagewert einer »an sich gerechtfertigten Weigerung« zukommt, wenngleich sie eine Rechtfertigung einer freien Würdigung »einer gerechtfertigten Weigerung« für möglich hält.

325

Diese Argumentation steht im Verdacht eines Zirkelschlusses, weil sie das Vorliegen des (erst zu beweisenden) Aussageverweigerungsrechts der Partei voraus-

326

1196 Vgl *F. Bydliński*, Methodenlehre² 476 f; *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 7 ABGB Rz 16.

1197 Mat I 326.

1198 *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 f mwN; vgl auch *Gottwald*, ZZP 92 (1979) 369 [Entscheidungsanm].

1199 *Garber*, ÖJZ 2012, 648 mwN.

setzt, um daraus einen Wertungswiderspruch (oder ein Problem) zu konstatieren, wenn ein von der Rechtsordnung anerkanntes Verhalten einer Partei frei gewürdigt wird. Bei dieser Kritik wird zu Unrecht davon ausgegangen, es stünde eine negative Würdigung eines *Weigerungsrechts der Partei* zur Diskussion. Nach richtiger Auffassung erfüllt ein Weigerungsrecht der Partei jedenfalls den erforderlichen genügenden Grund iSd § 381 ZPO – insoweit ist *Schumacher* zuzustimmen –, weshalb eine negative Beweiswürdigung nach der Konzeption des § 381 ZPO in einem solchen Fall nicht möglich ist.¹²⁰⁰ Erst durch die Weigerung *ohne genügenden Grund* kann die Beweiswürdigung eintreten.¹²⁰¹ Es geht somit nicht darum, dass eine Beweiswürdigung zulasten jener Partei erfolgen darf, die sich auf ein *ihr zustehendes Weigerungsrecht* beruft.¹²⁰² Ein derartiger Rechtsstandpunkt fände keine Deckung in den Materialien.¹²⁰³ Fraglich ist vielmehr, wann überhaupt ein solches Weigerungsrecht für die Partei vorliegt und ob sie etwa die Aussage stets unter Hinweis auf die Weigerungsgründe *des Zeugen* verweigern darf. Der Problematik kann hier somit nicht unterstellt werden, dass die Partei »an sich« berechtigt ist, die Aussage zu verweigern, um in weiterer Folge wegen eines daraus möglichen Wertungswiderspruchs bei negativer Würdigung den Umkehrschluss abzusichern. Oder anders: Die hier zu prüfende Frage ist nicht die Würdigung eines Weigerungsrechts, sondern das Vorliegen eines Rechts zur Aussageverweigerung, von der wiederum die in § 381 ZPO vorgesehenen Konsequenzen abhängen. Die Richtigkeit der hM hängt somit entscheidend davon ab, ob die Partei tatsächlich *immer* ein Weigerungsrecht hat, wenn ein Zeuge in der gleichen Situation nicht aussagen müsste.

2. Strukturunterschiede beim Personalbeweis

327 Mit *Oberhammer* und *Bienert-Nießl* ist hier auf die unterschiedliche Situation von Zeugen- und Parteienvernehmung hinzuweisen, die es zumindest zweifelhaft erscheinen lässt, dass jeder Grund nach § 321 ZPO zwingend ein genügender Grund nach § 380 ZPO ist. Partei- und Zeugenaussage unterscheiden sich stark durch die Interessenslage der aussagenden Personen.¹²⁰⁴ Die exekutiv durchsetzbare

1200 Vgl auch *Schneider*, Geheimnisschutz 169; *Schneider*, EF-Z 2016/112; *Rassi*, SV 2014 H 1, 8; *Spending* in *Fasching/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 7.

1201 Vgl für das Nichterscheinen: 2 Ob 212/61 EvBl 1961/437.

1202 In diesem Sinn auch *Rechberger* (SV Sonderausgabe 2012, 30), der in einem anderen Zusammenhang, nämlich bei der Mitwirkung beim Sachverständigenbeweis, plastisch davon spricht, dass der Umstand einer gerechtfertigten Verweigerung der Mitwirkung in der Beweiswürdigung »natürlich keine negativen Folgen haben [darf]«.

1203 Dort wird eben nur konstatiert, dass auch die Partei mit der Berufung auf die dem Zeugen zur Verfügung stehenden Entschlagungsgründe keinesfalls immer vor nachteiligen Folgen geschützt ist. Den Materialien (I 326) ist aber nicht die Aussage zu entnehmen, dass eine Beweiswürdigung auch dann möglich wäre, wenn die Partei ihre Aussage zu Recht verweigert.

1204 *Klein/Engel*, Zivilprozess 368.

Zeugenpflicht gewährleistet, dass eine am Verfahren desinteressierte Person zur Wahrheitsfindung beitragen muss. Die möglichen Folgen einer ungerechtfertigten Aussageverweigerung sind durchaus beachtlich: Zum einen sind gerichtliche Zwangsmaßnahmen von Geldstrafen bis zur Haft denkbar (§ 325 Abs 1 ZPO), zum anderen haftet der Zeuge den Parteien gegenüber für den Schaden, den er durch seine ungerechtfertigte Weigerung verursacht hat (§ 326 Abs 2 ZPO). Im Hinblick auf das einem »ungehorsamen Zeugen« drohende Ungemach muss schon aus verfassungsrechtlichen Gründen klar geregelt sein,¹²⁰⁵ wann ein Zeuge die Aussage (un)gerechtfertigt verweigert. Den Umfang der Aussagepflicht legen die Weigerungsgründe fest.¹²⁰⁶ Gerade weil ein Zeuge idR kein Interesse am Verfahrensausgang hat und ihm massive Konsequenzen drohen, wenn er die Aussage zu Unrecht verweigert, muss klar festgelegt sein, in welchen Fällen die Aussage von einem Zeugen verweigert werden darf. Der Umstand, dass das Gesetz die Gründe taxativ regelt,¹²⁰⁷ erleichtert dem Gericht die Entscheidung und gibt den Beteiligten mehr Sicherheit im Vergleich zu einem offen formulierten Gesetz (iSd § 380 ZPO).

Anders ist die Situation bei der Partei. Die Anwendung von Zwang ist bei der Partei ausgeschlossen (§ 380 Abs 3 ZPO). Eine zu Unrecht erfolgte Verweigerung der Parteiaussage kann daher nur indirekte Folgen dahingehend haben, dass die Partei mit dem Prozessverlust rechnen muss. Zum einen droht der nicht beweisbelasteten Partei wegen der Unterlassung der gebotenen Mitwirkung eine negative Beweiswürdigung iSd § 381 ZPO. Zum anderen kann die grundlose Aussageverweigerung einer beweisbelasteten Partei – auch ohne Rückgriff auf § 381 ZPO – schlicht dazu führen, dass für ihren Prozessstandpunkt keine ausreichenden Beweisergebnisse vorliegen und sie den Prozess deshalb verliert. Derartige innerprozessuale Folgen sind beim außenstehenden Zeugen (naturgemäß) ausgeschlossen. Mangels

328

1205 Der »normunterworfenen« Zeuge, dem Strafen drohen, muss die Möglichkeit haben, sich dem Recht gemäß zu verhalten. Die Gesetzgebung hat daher klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen, wo gestraft werden soll (vgl VfSlg 11.520; 11.776; 14.606; 19.592; 16.926 uva). Diesem Determinierungsgebot würde die ZPO nicht nachkommen, wenn sie auch beim Zeugen nur allgemein darauf abstellt, ob es genügende Gründe für eine Aussageverweigerung gibt.

1206 Dieser Beschränkung der Zeugnispflicht liegen zwei Aspekte zugrunde: Zum einen werden damit jene Interessen berücksichtigt, die der Gesetzgeber höherwertiger einschätzt als die Notwendigkeit des umfassenden Beitrags eines Zeugen zu einer funktionierenden Rechtspflege. Eine Regelung, die einen Zeugen ausnahmslos zur umfassenden Aussage verpflichtet, stünde auch unter dem Verdacht der Unsachlichkeit bzw Verfassungswidrigkeit. Zum anderen wird die materielle Wahrheitsfindung auch durch die Weigerungsrechte geschützt (Frauenberger in Fasching/Konecny³ § 321 ZPO Rz 2 und 6; Moritz, ÖGZ 1986/11, 20; Simotta, ÖJZ 1997, 487; 8 Ob 23/15p). Zeugen, die ungeachtet relevanter Geheimhaltungspflichten bzw -interessen nur unter dem drohenden Einfluss von Sanktionen stets aussagen müssten, werden in vielen Fällen zu verzerrten bis hin zu falschen Aussagen tendieren und durch diese »Kontaminierung« des Beweisverfahrens die Gefahr erhöhen, dass der Richter Unrichtiges feststellt.

1207 Fasching, Lehrbuch² Rz 985; Frauenberger in Fasching/Konecny³ § 321 ZPO Rz 2; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ § 321 ZPO Rz 3; Schumacher, ZZP 123 (2010) 286; 8 Ob 23/15p.

unmittelbarer und exekutiv durchsetzbarer Pflicht zur Aussage ist der Spielraum der Partei, ob sie (umfassend) aussagt oder nicht, daher ungleich größer als bei einem Zeugen. Allein die unterschiedlichen Konsequenzen einer Aussageverweigerung sprechen bereits dagegen, die »genügenden Gründe« des § 381 ZPO mit den Weigerungsgründen eines Zeugen 1:1 gleichzustellen. Wegen dieser strukturellen Unterschiede sind die Gründe des § 321 ZPO nicht tauglich, das Tatbestandsmerkmal »ohne genügende Gründe« abschließend zu klären.

329 Die zu § 31 MedienG für den Zivilprozess herangezogenen Entscheidungen gehen in diesem Sinn deutlich davon aus, dass das entsprechende Aussageverweigerungsrecht *für den Zeugen* konzipiert ist.¹²⁰⁸ In dieser Hinsicht unterscheidet sich diese Norm aber gerade nicht von § 321 ZPO. Ungeachtet des Umstands, dass § 321 ZPO (auch, aber nicht nur) Aussageverweigerungspflichten regelt, § 31 MedienG aber »nur« ein Aussageverweigerungsrecht, betreffen beide Bestimmungen den Zeugenbeweis. Sollte aus einem Umkehrschluss nach § 380 Abs 1 Satz 2 ZPO tatsächlich folgen, dass *alle* Zeugen-Aussageverweigerungsgründe 1:1 für die Partei gelten sollen, wäre es nicht nachvollziehbar, warum das gerade für § 31 Abs 1 MedienG nicht der Fall sein soll.¹²⁰⁹ Die Vertreter eines Beweisminderungsverbots der Aussageverweigerung einer Partei bei Vorliegen eines Grundes im Sinne von § 321 ZPO begründen ihre Auffassung (auch) mit dem Verweis auf die Regeln des Zeugenbeweises in § 380 Abs 1 Satz 1 ZPO (vgl Rz 318). Der historische Gesetzgeber verweist damit wohl zunächst nur intern auf ZPO-Regeln (und naturgemäß nicht auf das MedienG). Das Gesetz nimmt aber gerade im Geheimhaltungsrecht auf Gesetze außerhalb der ZPO Bezug, etwa wenn es um den Begriff der staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht iSd § 321 Abs 1 Z 3 ZPO geht, der nur sinnvoll unter Bedachtnahme auf andere Gesetze angewendet werden kann. Es kann für die Aussageverweigerung eines Zeugen nun keinen Unterschied machen, wenn ein im Zivilprozess geltendes Aussageverweigerungsrecht in einem anderen Gesetz geregelt ist. Die (zu begrüßende) Ablehnung eines Gleichlaufs der Weigerungsrechte von Partei und Zeugen bei einem Redaktionsgeheimnis widerspricht aber der hier kritisierten Auffassung, dass die Weigerungsgründe des Zeugen (sonst) 1:1 für Parteien gelten müssten. Für die Frage, ob die Weigerungsgründe einer Partei mit jenen des Zeugen nach § 321 ZPO gleichzustellen sind, kann es nicht darauf ankom-

1208 1 Ob 15/91 [»[...] zu beachten haben, dass das Recht, im Rahmen des im § 31 MedienG verankerten Redaktionsgeheimnisses die Aussage im Verfahren vor Gericht oder einer Verwaltungsbehörde zu verweigern, ausschließlich auf die Zeugenaussage beschränkt ist.«].

1209 Eine unterschiedliche Handhabung vertritt freilich *Spending*, nach dem die Aussageverweigerung einer Partei zu würdigen ist, wenn sie sich auf § 31 MedienG beruft, nicht aber dann, wenn einer der Tatbestände des § 321 vorliegt; *Spending* in *Fasching/Konecny*³ § 380 ZPO Rz 4 und Rz 5. Insoweit konsequent ist die Meinung von *Korn* (MR 1991, 235 [Entscheidungsanm]), wonach sich *auch die Partei* auf § 31 MedienG berufen könne und die entsprechende Weigerung nicht gewürdigt werden dürfe.

men, ob sich die Partei auf ein Verweigerungsrecht oder eine Verweigerungspflicht beruft, zumal § 321 ZPO beides umfasst.¹²¹⁰

Gegen eine Gleichstellung der Weigerungsgründe für einen Zeugen, der sich etwa auf Unternehmensgeheimnisse beruft, und die Partei spricht auch Folgendes: Ein Zeuge darf nur dann die Aussage verweigern, wenn ein im Gesetz genannter Verweigerungsgrund vorliegt. Die Aussageverweigerungsgründe des Zeugen bilden somit ein geschlossenes System. Ein allgemein formulierter Auffangtatbestand, der eine Verweigerung neben den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen ermöglicht, kann nicht herangezogen werden. Demgegenüber indiziert gerade die offene Formulierung in § 381 ZPO (»genügende Gründe«), dass das Gesetz die Aussageverweigerung bei der Partei nicht dahingehend regeln wollte, dass jedenfalls einer der Gründe des § 321 ZPO vorliegen muss. Das entspricht der zu § 31 Abs 1 MedienG ergangenen Rechtsprechung, wonach das Vorliegen eines Weigerungsgrunds für einen Zeugen für die Partei ein genügender Grund sein kann,¹²¹¹ die Aussage zu verweigern. Der Lehre *Neumanns* und *Faschings* ist somit insoweit zustimmen, als das Gesetz die Partei nicht auf die Aussageverweigerungsgründe nach §§ 321, 322 ZPO beschränkt,¹²¹² zumal die Anknüpfung an »genügende Gründe« eine flexible Handhabung nahelegt, sodass die These der Gleichstellung auch deshalb nicht zu teilen ist.¹²¹³ Die unterschiedliche Regelungstechnik zeigt den strukturellen Unterschied zwischen den (flexibel zu handhabenden) prozessualen Mitwirkungspflichten einer Partei und den (starr anzuwendenden) prozessualen Pflichten eines unbeteiligten Dritten. Das entspricht der Situation bei der Urkundenvorlage: Während ein unbeteiligter Dritter eine Urkunde nur dann vorlegen muss, wenn die beiden dafür im Gesetz genannten Gründe (vgl § 308 Abs 1 ZPO) erfüllt sind, bietet § 305 Z 5 ZPO (abseits der unbedingten Urkundenvorlagepflicht) eine flexiblere Handhabung, weil das Gesetz der Partei eine Verweigerung neben den Weigerungsgründen des § 305 Z 1 bis 4 ZPO dann zubilligt, wenn »andere gleich wichtige Gründe vorhanden sind.« Entsprechendes ist aus der Formulierung »ohne genügende Gründe« in § 381 ZPO abzuleiten. Die Anordnung eines derart offenen, flexibel zu handhabenden Weigerungsgrunds ist weder beim Dritten iSd § 308 ZPO noch beim Zeugen gemäß § 321 ZPO notwendig bzw vorgesehen, weil deren Pflichten klar abgegrenzt

330

1210 So normiert das Gesetz in § 321 Abs 1 Z 1 und Z 2 ZPO durchwegs Aussageverweigerungsrechte. Ein solches ist auch nach Z 5 möglich. Ist der Zeuge nämlich selbst der Berechtigte aus einem Unternehmensgeheimnis, bleibt es ihm überlassen, sich quasi »selbst zu entbinden« oder eben die Aussage zu verweigern. Entsprechendes gilt, wenn zwar ein dritter »Geheimnisherr« den Zeugen entbindet, es sich beim Geheimnis aber gleichzeitig um ein Geheimnis des Zeugen handelt. Hier führt die Entbindung durch den Dritten nicht zur Aussagepflicht des Zeugen. Vgl *Garber*, ÖJZ 2012, 645.

1211 »Erscheint dabei durchaus nicht ausgeschlossen«.

1212 *Fasching*⁴ III, 517. In diesem Sinn auch *Korn*, MR 1991, 235 [Entscheidungsanm] und *GIUNF* 3552.

1213 Vgl auch den offen formulierten Standpunkt von *Rechberger/Klicka* (in *Rechberger/Klicka*⁵ § 380 ZPO Rz 1), wonach – bis auf Z 2 – alle Aussageverweigerungsgründe in Frage kommen können.

sind. Schließlich zeigen die Vorlagepflichten eine weitere Parallele auf, die gegen die hM von der Gleichsetzung der Aussageverweigerungsgründe des Zeugen mit jenen der Partei sprechen: Der unbeteiligte Dritte kann nur in den beiden Ausnahmefällen des § 308 Abs 1 ZPO zur Vorlage verhalten werden (dann aber mit Zwang), während die Partei (bei sonstiger Gefahr einer negativen Beweiswürdigung) in den Fällen des § 304 ZPO die Urkunde unbedingt, aber auch sonst – abgesehen von den in § 305 ZPO angeführten Ausnahmen – grundsätzlich immer (s § 303 ZPO) vorlegen muss. Schließlich stützt § 353 Abs 2 ZPO die hier vertretene Ansicht. Auch die Stellung eines Sachverständigen als unbeteiligter Dritter ist eher mit der eines Zeugen als mit der einer Partei zu vergleichen, weshalb es folgerichtig ist, wenn ihm das Gesetz zubilligt, die Enthebung aus *denselben Gründen* zu begehren, die einen Zeugen zur Aussageverweigerung berechtigen. Eine derartige klare Formulierung einer Gleichstellung der Weigerungsgründe fehlt aber bei der Partei.

331 Auch eine systematischen Interpretation spricht gegen die hL zu §§ 380 f ZPO.¹²¹⁴ Die aufgezeigten strukturellen Unterschiede der Parteienvernehmung zum Zeugenbeweis stützen die hier vertretene These, dass ein genügender Grund im Sinne des § 381 ZPO unabhängig von § 321 ZPO zu beurteilen ist. Das Gesetz fasst hier die Mitwirkungspflichten der Partei weiter als die Pflichten Dritter. Gleichzeitig ist es aber möglich, dass sich Parteien weitergehend als Zeugen entschlagen können. Der Zweck der offen formulierten Norm des § 381 ZPO kann hier durchaus darin gesehen werden, dass das bereits vom Gesetzgeber 1895 erkannte Spannungsfeld von Geheimhaltungsinteressen und Kooperation zur Vermeidung einer Beweisnot besser und flexibler aufgelöst werden kann. Im Sinne eines beweglichen Systems wird die Kooperation der Partei eher zu erwarten sein, je größer die Beweisnot des Gegners ist, während bei Überwiegen der Geheimhaltungsinteressen einer Partei eine weitergehende Verweigerung vertretbar erscheint. Das kann dazu führen, dass das Vorliegen eines Unternehmensgeheimnisses kein Grund ist, die Aussage zu verweigern (vgl §§ 304 und 305 ZPO). Andererseits kann das Vorliegen eines anderen (nicht im Gesetz genannten) Grundes (vgl § 305 Z 5 ZPO) die Weigerung rechtfertigen, wenn zB die Rechtsdurchsetzung einer Partei nicht von einer Kooperation des verweigernden Prozessgegners abhängt.

1214 Insoweit *Bienert-Nießl* (Auskunftspflichten 366), die Weigerungsgründe bei der Beweismittelvorlage (also nach § 305) mit der Situation bei der Parteiaussage vergleicht und davon ausgeht, dass (auch) bei der Beweismittelvorlage die Weigerungsgründe »funktionslos« seien, ist ihr nicht zuzustimmen. Liegt ein Grund des § 305 ZPO vor, ist die Partei von der Vorlage einer Urkunde befreit, ein Vorlageauftrag kommt somit überhaupt nicht in Betracht. Für eine negative Würdigung nach § 307 Abs 2 ZPO bleibt daher kein Raum, setzt eine solche doch eine Weigerung trotz Auftrags voraus. Die Weigerungsgründe des § 305 ZPO legen somit fest, wann eine Partei vorlegen muss und wann nicht, wenngleich § 305 Z 5 ZPO Platz für eine flexible Anwendung und Abwägungsentscheidungen lässt (vgl dazu *Schumacher*, ÖBA 2007, 203). Anders als im Bereich des § 380 ZPO ist aus dem Gesetz klar abzuleiten, dass es sich hier um *Weigerungsgründe der Partei* handelt, denen insoweit eine klare Funktion zukommt.

Wertungsmäßig liegt somit eher eine Anlehnung an die Vorschriften zum Urkundenbeweis als zur Zeugenvernehmung nahe. Eine starre Übernahme der Regeln der §§ 303 bis 305 ZPO ist aber abzulehnen. Dem Ansatz von *Riss*, den Umfang der Mitwirkung bei der Parteienvernehmung mit einem System von Regel-Ausnahme-Gegenausnahme zu klären, ist insoweit zuzustimmen, als er damit die Weigerung der Partei unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen abwägt. Es bestehen aber Bedenken, ob der offen formulierte § 380 ZPO mit dem mehrstufigen System der §§ 303 ff ZPO *und* gleichzeitig mit dem eng formulierten § 321 ZPO »gleichgeschaltet« werden soll.¹²¹⁵ Die normativen Unterschiede in den drei Bereichen erscheinen zu stark, um bei der Parteienvernehmung einen Gleichklang der Mitwirkungspflichten zu erreichen.¹²¹⁶ Dazu ausführlich Rz 279 ff.

332

Der Argumentation von *Oberhammer*, dass die Gründe des § 321 ZPO für die Parteienvernehmung als *funktionslos* zu qualifizieren seien, ist zuzustimmen, weil die Weigerungsgründe nicht als starres Abgrenzungskriterium für die Frage fungieren können, wann ein genügender Grund vorliegt. Davon abgesehen erfüllen sie aber eine wichtige praktische Funktion, weil ihr Vorliegen zumindest einen genügenden Grund *nahelegt*. Der gesetzlichen Normierung von Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflichten (bzw -rechten) liegen Wertungen des Gesetzgebers zugrunde, die in aller Regel einem genügenden Grund nach § 381 ZPO gleichkommen. An diesen Wertungen kann sich das Gericht orientieren, wenn es zu entscheiden hat, ob eine Partei die Aussage ohne genügende Gründe verweigert. *Prima vista* wird ein solcher genügender Grund zu bejahen sein, wenn der Gesetzgeber das entsprechende Beweisthema unter Schutz gestellt hat, wenngleich – wie oben ausgeführt – eine solche Annahme nicht zwingend ist. Ein genügender Grund kann durchaus auch dann verneint werden, wenn ein Zeuge in der gleichen Situation die Aussage verweigern könnte oder müsste. Das bedeutet, dass – wie bereits erwähnt – ein Unternehmensgeheimnis kein genügender Grund zur Verweigerung der Aussage sein muss. Damit hat das Gericht bei der Parteienvernehmung einen wesentlich größeren Spielraum als bei der Prüfung der Weigerungsgründe des Zeugen oder beim Sachbeweis. Dadurch hat das Gericht ausreichenden Spielraum, um widerstreitende Interessen gegenseitig abzuwägen.

333

1215 Das bedeutet nicht, dass nicht ähnliche Ergebnisse erzielt werden können. Wenn etwa der Gesetzgeber bei der Parteienvernehmung im Gegensatz zum Urkundenbeweis »keinen Gleichklang mit dem materiellen Recht hergestellt [hat]« (vgl dazu *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 256) macht das noch keine durchgehende Angleichung der Aussageverweigerungsgründe an die Vorlageverweigerungsgründe des Urkundenbeweises im Wege der teleologischen Reduktion erforderlich (in diesem Sinn aber *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 257). Ist eine Partei bereits nach bürgerlichem Recht zur Aussage gegenüber dem Prozessgegner verpflichtet, besteht wenig Anlass, eine Aussageverweigerung mit einem »genügenden Grund« im Sinne des § 381 ZPO zu rechtfertigen.

1216 Ein Beispiel: Der Zeuge kann sich *nur* auf die im Gesetz genannten Gründe berufen, nicht aber auf »andere gleich wichtige Gründe« iSd § 305 Z 5 ZPO.

334 Bei der Beurteilung, wann nun *in concreto* (k) ein ausreichender Grund zur Aussageverweigerung vorliegt, muss idR dahingehend unterschieden werden, ob die Partei (alleinige) Herrin des Geheimnisses ist oder ob sie (auch) gegenüber einem Dritten zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.¹²¹⁷ Das Problem dabei, ob eine verweigerte Parteiaussage zu würdigen ist, wenn sich die Partei auf gesetzlich anerkannte (eigene) Geheimhaltungsinteressen beruft, ist strukturell ähnlich gelagert wie die bereits behandelte Frage der Entbindung eines Zeugen.¹²¹⁸ Eine Parallele ist zB dann zu ziehen, wenn die Partei über ein Unternehmensgeheimnis verfügbungsbefugt ist und somit ein Parteiengeheimnis¹²¹⁹ und nicht ein Geheimnis zugunsten eines Unbeteiligten vorliegt. Abzustellen ist auch hier darauf, ob die Partei die vom Gesetz anerkannten Geheimhaltungsinteressen geltend macht oder das Geheimnis nur dazu nützt, um im Prozess Vorteile zu erlangen oder die Durchsetzung eines zu Recht bestehenden Anspruchs ihres Gegners zu verhindern. Es kann auf die obigen Ausführungen zur Frage verwiesen werden, welche Folgen die Nichtentbindung eines Zeugen für die Partei haben kann. Eine unterschiedliche Behandlung des Verhaltens der Partei danach, ob sie unter Berufung auf ihr eigenes Geheimnis die Aussage selbst verweigert oder einen Zeugen vom Unternehmensgeheimnis nicht »entbindet«,¹²²⁰ sodass dieser verpflichtet ist,¹²²¹ die Aussage nach § 321 Abs 1 Z 5 ZPO zu verweigern, wäre nämlich schwer argumentierbar. Eine entsprechende Regelung im Gesetz stünde zudem unter dem Verdacht der Unsachlichkeit und damit der Verfassungswidrigkeit.

335 Bei einer Bindung der Partei an eine (an sich bestehende) Verschwiegenheitspflicht zugunsten eines Dritten oder an ein fremdes Geheimnis stünde die Partei in einem Dilemma hinsichtlich der Frage, ob sie gegen die Verschwiegenheitspflicht oder die Kooperationspflicht verstößt. Im Regelfall wird in einer solchen Konstellation von einem genügenden Grund auszugehen sein. Die prozessuale Kooperationspflicht rechtfertigt nicht jeden Verstoß gegen Geheimhaltungspflichten. Dennoch ist auch in diesem Bereich eine Verneinung genügender Gründe iSd § 381 ZPO nicht kategorisch ausgeschlossen. So anerkennt die Rechtsprechung¹²²²

1217 Etwa wenn die Partei einem Dritten gegenüber zur Verschwiegenheit deshalb verpflichtet ist, weil sie Trägerin eines fremden Unternehmensgeheimnisses ist oder gegenüber dem Dritten eine Pflicht iSd § 321 Abs 1 Z 3 vorliegt.

1218 Diese Parallele zogen bereits *Schumacher* (ÖBl 1988, 90) und *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 365 FN 137.

1219 Vgl *Schumacher*, ÖJZ 1987, 676.

1220 S Rz 545.

1221 *Garber*, ÖJZ 2012, 645.

1222 10 Ob 91/00f; 5 Ob 67/10d; 7 Ob 50/12x; 4 Ob 138/16x; vgl auch OBDK 9 Bkd 2/10.

Vgl auch die in einer Verwaltungsstrafsache ergangene Entscheidung des VwGH zu 83/03/0202 AnwBl 1985, 598, wonach ein Arzt nicht an die ärztliche Verschwiegenheit gebunden sei, wenn die Bekanntgabe des Namens und der Adresse des Patienten (zu dem der Arzt wegen einer Notstandssituation mit überhöhter Geschwindigkeit fahren musste) einen Schuldaußschließungsgrund für das ihm vorgeworfene Verkehrsdelikt nachweisen kann.

in Übereinstimmung mit der hL¹²²³ etwa bei den gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten, dass der daran Gebundene »in eigener Sache« alle unumgänglich notwendigen Angaben machen kann, um seine berechtigten Ansprüche durchzusetzen oder die gegen ihn erhobenen unberechtigten Ansprüche abzuwehren. Das ist davon unabhängig, ob der Partei im Prozess der aus der Verschwiegenheitspflicht Berechtigte als Gegner gegenübersteht.¹²²⁴ Im Gegensatz zum Zeugen, der mangels Entbindung nicht aussagen darf, sind für die Partei somit Konstellationen denkbar, erlaubterweise ohne Entbindung auszusagen. In erster Linie wird die Partei damit jene vertraulichen Umstände vorbringen und mit ihrer Aussage zu beweisen versuchen, die ihren Standpunkt stärken. Es würde nun aber seltsam anmuten, wenn es ihr gleichzeitig zusteht, die Beantwortung von Fragen unter Hinweis auf die ihr obliegende Verschwiegenheitspflicht zu verweigern. Gerade ein derartiges Verhalten legt nahe, dass die Partei nur jene vertraulichen Umstände preisgeben will, die für sie günstig erscheinen, was einer Beweiswürdigung unterzogen werden sollte. Ein derartiges selektives Preisgeben von Verschwiegenheitspflichten darf die Schlussfolgerung nicht verwehren, dass keine genügenden Gründe für die Aussageverweigerung vorliegen.

3. Zwischenentscheidung über Weigerungsgrund

Schumacher verteidigt die These der hM, mit dem Hinweis, es wäre grundsätzlich bedenklich, wenn jede Berufung auf Verweigerungsgründe potentiell freier – seiner Meinung nach dann wohl mehr spekulativer – Beweiswürdigung anheimfällt. Nicht kalkulierbare, möglicherweise zu nachteiligen Urteilsfeststellungen führende richterliche Schlussfolgerungen für die auf den Geheimnisschutz angewiesene Partei wären problematische Folgerungen einer »auffallenden Ablehnung jeglicher normativer Einschränkung der subjektiven Würdigungsvorgänge des Richters«. Effektiver Schutz von Unternehmensgeheimnissen müsse präventiv eingreifen und verlange daher *ex ante*, dass die Partei vor der Ergreifung der Option des Geheimnisschutzes relative Gewissheit über allenfalls drohende Prozessnachteile habe, wobei *Schumacher* auf die Situation bei der Urkundenedition verweist. Daraus folgt für ihn, dass

336

Arnold (AnwBl 1985, 598) hat diese Entscheidung kritisiert und auf den Umstand verwiesen, dass der gegen den Arzt gerichtete Vorwurf eines Bagatelldelikts die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht nicht rechtfertigt. Selbst wenn man freilich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit hier entgegen der Entscheidung bejaht, stellt sich die Frage, wie die behauptete Notstandssituation festgestellt werden könnte. Für *Arnold* wäre es denkbar, dass sich hier die Ärztekammer nach Überprüfung und ohne Namensnennung gutachterlich äußern könnte. Damit bringt der Glossator die Idee des Wirtschaftsprüfervorbehalts ins Spiel (mehr dazu im 6. Teil dieser Arbeit).

1223 Vgl etwa *Arnold*, Berufungsgeheimnis 279; *Arnold*, ÖJZ 1982, 4; *Csoklich/Scheuba*, Ständesrecht² 58; *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁸ § 9 RAO Rz 20; *Herz*, AnwBl 1957, 23; *Österreichische Notariatskammer*, Verschwiegenheit Rz H/15 und 20; *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz 45.

1224 4 Ob 138/16x.

die Partei von einem »genügenden«, die Gefahr nachteiliger Schlussfolgerungen ausschließenden Aussageverweigerungsgrund ausgehen können dürfe, wenn das Vorhandensein eines Geschäftsgeheimnisses feststeht – worüber nötigenfalls inzidenter mit anfechtbarem Beschluss entschieden werden kann.¹²²⁵ Neumann¹²²⁶ hat die Notwendigkeit einer besonderen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung ausdrücklich verneint, erst im Urteil müsse die Aussageverweigerung beurteilt werden.¹²²⁷

337 Der Forderung *Schumachers* zu einer beschlussmäßigen Klärung der Weigerungsrechte¹²²⁸ durch eine Zwischenentscheidung ist zuzustimmen. Dazu Rz 360 ff.

338 Dieser Aspekt behandelt aber ausschließlich den *verfahrensrechtlichen* Umgang mit den behaupteten Aussageverweigerungsgründen. Aus dieser Bejahung einer Zwischenentscheidung über Geheimhaltungsinteressen allein kann aber nicht abgeleitet werden, ob ein in § 321 ZPO genannter Aussageverweigerungsgrund – iSd hM – inhaltlich immer als genügender Grund gilt, die Aussage zu verweigern. Mit der Pflicht zur Zwischenentscheidung bzw Offenlegung des Gerichts, ob es einen Grund als ausreichend erachtet, hat die hier in Rede stehende Frage somit wenig zu tun. Wird die Notwendigkeit einer Klarstellung durch das Gericht vor Urteilsfällung verneint, liegt das von *Schumacher* zu Recht erkannte,¹²²⁹ schwer zu kalkulierende *Risiko* der die Aussage verweigernden Partei vor (vgl Rz 361, 366). Dieses Risiko liegt aber in der *fehlenden Zwischenentscheidung* und ist davon unabhängig, ob man alle Aussageverweigerungsgründe des Zeugen der Partei zubilligt. Verweigert nämlich etwa eine Partei die Aussage unter Geltendmachung eines Unternehmensgeheimnisses, kann sie mangels Zwischenentscheidung auch dann eine negative Würdigung ihrer Weigerung nicht ausschließen, wenn das Gericht iSd hL agiert. Auch wenn der Richter § 321 Abs 1 Z 5 ZPO nämlich an sich für die Partei anwendbar hält, ist es nicht auszuschließen, dass er *in casu* ein Unternehmensgeheimnis verneint und deshalb zulasten der Partei würdigt.

1225 *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

1226 Kommentar⁴ II, 1102.

1227 Auch nach den Mat (I 326) würde bei »*Ungehorsam*« einer Partei für das Gericht jeder Anlass entfallen, über die Zulässigkeit der Weigerung Beschluss zu fassen, weil gegen eine Partei ein Zwang zur Aussage nicht ausgeübt werden könne. Dabei wird freilich übersehen, dass das Gesetz selbst Anlass für eine derartige Zwischenentscheidung gibt, nämlich die in § 381 ZPO iVm § 272 ZPO vorgesehenen Folgen einer (negativen) Beweismwürdigung, wenn die Aussage ohne genügende Gründe verweigert wird.

1228 Vgl auch für die Frage, wenn ein Geschäftsgeheimnis einem Gegenbeweis entgegensteht: *Schumacher*, *ecolex* 1990, 38.

1229 Vgl *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

F. Resümee

Die Mitwirkungspflicht kann sich in einer Pflicht zur Parteiaussage zeigen. Bei genügenden Gründen kann die Partei die Aussage sanktionslos verweigern. Geheimhaltungsinteressen können die Kooperation der Partei entsprechend einschränken. Ein für einen Zeugen anerkannter Aussageverweigerungsgrund erfüllt nicht zwingend einen genügenden Grund iSd § 381 ZPO. Das Vorliegen bzw das Nichtvorliegen eines Grundes nach § 321 ZPO entscheidet somit nicht allein, ob die Partei ihre Aussage wegen eines genügenden Grundes verweigert. Dadurch wird dem Gericht ausreichend Raum gegeben, um widerstreitende Interessen abzuwägen. 339

Wenngleich die Beweiswürdigung als Sanktion bei einer unbegründeten Aussageverweigerung einer Partei die Informationsdefizite und Beweisprobleme des Gegners nicht unbeschränkt überwinden kann,¹²³⁰ ist sie eines jener tauglichen Instrumente, um die Parteien zur Mitwirkung zu motivieren. 340

X. Grenzen der Kooperationspflicht beim Sachverständigenbeweis

Wie bereits ausgeführt, wurde erst durch die ZVN 2002 mit § 359 Abs 2 ZPO die Mitwirkungspflicht der Parteien auch beim Sachverständigenbeweis *ausdrücklich* normiert.¹²³¹ Dazu Rz 114 f. Es überrascht freilich der Umstand, dass der relativ »modernen« Norm *keinerlei Einschränkungen* und *Grenzen* für die gebotene Mitwirkung zu entnehmen sind und nicht erkennbar ist, dass eine solche von einer Interessensabwägung abhängt. 341

Auch die sonstigen Bestimmungen über den Sachverständigenbeweis sagen wenig darüber aus, inwieweit die Kooperationspflicht eingeschränkt werden kann, etwa wenn dadurch Unternehmensgeheimnisse betroffen sind. 342

Das Gesetz knüpft nämlich nur bei der Pflicht zur Übernahme der Funktion als Sachverständiger bzw der Enthebung an den Geheimnisschutz an. Nach § 353 Abs 2 ZPO kann ein Sachverständiger »aus denselben Gründen, welche einen Zeugen zur Verweigerung der Aussage berechtigen« seine Enthebung von der Bestellung begehren. Aus der Norm ergibt sich, dass ein Sachverständiger seine Enthebung dann erwirken könnte, wenn er ein Unternehmensgeheimnis offenbaren müsste (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO). *Rechberger* bewertet dies als einen praktischen Anwendungsfall;

1230 Vgl oben die abschließenden Äußerungen zur Entbindungsproblematik.

1231 Offenbar, ohne dass es dem Gesetzgeber bewusst war, »*welcher überaus strittigen Problematik er sich hier annimmt*«. In diesem Sinn – auf fehlende Erläuterungen in den Materialien anspielend – *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190.

»der Sachverständige soll keinesfalls gehalten sein, im Zuge der Gutachtenserstattung derartige Geheimnisse offen zu legen.«¹²³² Ihm folgt Garber, der ausführt, dass das Unternehmensgeheimnis nicht das Unternehmen des Sachverständigen betreffen müsse. Aus dem Verweis auf § 321 ZPO folge, dass Unternehmensgeheimnisse eines Dritten geschützt würden.¹²³³

§ 353 Abs 2 ZPO betrifft den Fall, dass der Sachverständige selbst seine Enthaltung beantragt.¹²³⁴ Daraus ist für die Kooperationspflicht der Parteien und ihre auf ein Unternehmensgeheimnis gestützte Einschränkung nichts abzuleiten.

343 Ungeachtet fehlender ausdrücklicher Ausnahmeregeln der prozessualen Kooperation im Bereich des Sachverständigengutachtens wäre es ein Wertungswiderspruch, wenn die nicht beweisbelastete Partei *bedingungslos* kooperieren müsste. Plastisch betont Klicka, dass sich die Partei ohne Abwägung mit anderen Interessen auch einer lebensgefährlichen Untersuchung durch einen Sachverständigen unterziehen müsste und ebenso substanzgefährdende bzw nicht rückführbare Eingriffe an ihren Sachen dulden müsste.¹²³⁵ Auch Rechberger führt zutreffend aus, dass sich der Wortlaut der Bestimmung, der die Partei ohne jede Einschränkung zur Mitwirkung verpflichtet, mit dem »Altbestand« der ZPO in Widerspruch setze.¹²³⁶ Die Mitwirkungspflicht der Parteien bestehe daher nur in dem Ausmaß, wie es in der ZPO sonst vorgegeben sei.¹²³⁷ Wie M. Bydlinski zutreffend hervorhebt, hat das Gericht »selbstverständlich nicht als bloßes ›Vollzugsorgan‹ des Sachverständigen zu fungieren, sondern im Einzelfall zu klären, ob die betreffende Partei zu der vom Sachverständigen geforderten Mitwirkung verhalten werden kann.«¹²³⁸ Schneider postuliert zu Recht, dass sich diese Bestimmung in das System der Beweismittel einfügen müsse, bei denen durchwegs Verweigerungsgründe vorgesehen seien.¹²³⁹

344 Nach zutreffender Auffassung ist die Mitwirkung hier daher nur unter Rücksichtnahme auf widerstreitende Interessen geboten, was im Wege einer teleologischen Reduktion zu erzielen ist,¹²⁴⁰ dies unter Heranziehung der Wertungen, die den Mitwirkungsnormen im Beweisverfahren zugrunde liegen. In den Gesetzesmaterialien zur ZVN 2002¹²⁴¹ ist zumindest davon die Rede, dass das Gericht »unge-

1232 Rechberger in Fasching/Konecny² [Vorauslage] § 353 ZPO Rz 6; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ § 353 ZPO Rz 2. IdS auch Schneider in Fasching/Konecny³ § 353 ZPO Rz 5.

1233 Garber, ÖJZ 2012, 652.

1234 Vgl Neumann, Kommentar⁴ II, 1077 [»Einschränkung des Zwanges, der Berufung als Sachverständiger nachzukommen«].

1235 Klicka, ZZPInt 7 (2002) 190.

1236 Rechberger in Fasching/Konecny² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 4.

1237 Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ § 359 ZPO Rz 3.

1238 M. Bydlinski, ZPO 206.

1239 Schneider, ÖJZ 2013, 150.

1240 Rechberger in Fasching/Konecny² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 4; Rechberger, SV Sonderausgabe 2012, 30; Schneider, ÖJZ 2013, 150.

1241 ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 37.

rechtfertigte Verweigerungen der Parteien mit Beschluss sanktionieren kann«. Daraus geht hervor, dass es eine ungerechtfertigte und eine gerechtfertigte Verweigerung geben kann. Ob die Weigerung gerechtfertigt ist oder nicht, bezieht sich erkennbar aber nicht auf die eigentlichen Voraussetzungen für einen Beschluss. Dieser ergeht deshalb, weil der Sachverständige die ihm von den Parteien verweigerte Mitwirkung auch tatsächlich benötigt. In den Materialien ist davon die Rede, dass überzogene Anforderungen des Sachverständigen im Beschwerdefall zu reduzieren seien.¹²⁴² Eine »gerechtfertigte Verweigerung« als Gegenstück zu der von den Materialien genannten »ungerechtfertigte Verweigerung der Parteien« liegt wohl dann nicht vor, wenn die Parteien der Mitwirkungsaufforderung (faktisch) gar nicht entsprechen könnten, sondern nur dann, wenn widerstreitende Interessen die Mitwirkung unzumutbar machen. Aufgrund der teleologischen Reduktion einer unbeschränkt normierten Mitwirkungspflicht kann im Wege einer Interessensabwägung auf widerstreitende Interessen Bedacht genommen werden, die die Parteien auch sonst (also außerhalb des Sachverständigenbeweises) dazu berechtigen würden, die Kooperation zu verweigern.¹²⁴³

Ungeachtet des Umstands, dass das Gesetz keine Gründe anführt, bei denen eine Kooperation unterlassen werden kann, hat sich daher das Ausmaß dieser Mitwirkungspflicht nach den in der ZPO anerkannten Geheimhaltungsinteressen zu bestimmen. Das gilt auch für den Schutz des Unternehmensgeheimnisses, soll sich doch nach den Gesetzesmaterialien der gerichtliche Mitwirkungsauftrag gerade nicht darauf beschränken, den Unterstützungswunsch des Sachverständigen einfach – unüberprüft – in Beschlussform zu kleiden. Diesen Ansatz vertritt die hL, wengleich sich die Lösungsvorschläge im Detail unterscheiden. Höllwerth zieht etwa im Bereich der Mitwirkung beim Sachverständigen generell (nur) § 305 ZPO analog heran.¹²⁴⁴ Dies erscheine wegen der in diesem Punkt durchaus vergleichbaren Interessenslage sachgerecht. Ein gerichtlicher Auftrag werde also unter anderem dann zu unterlassen sein, wenn die Partei durch die Mitwirkung ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis verletzt. Der Autor lässt aber offen, ob er eine unbedingte Mitwirkung im Sinne des § 304 ZPO für möglich hält oder ob der Maßstab des § 381 ZPO (»ohne genügende Gründe«) herangezogen werden kann. M. Bydlinski wiederum zieht lediglich § 381 ZPO als Maßstab für die Beweiswürdigung heran.¹²⁴⁵

345

1242 ErläutRV 962 BlgNR 21.GP 37.

1243 Dass das Unternehmensgeheimnis beim Sachverständigenbeweis völlig ungeschützt sein soll, widerlegt auch § 353 Abs 2 ZPO, der dem Sachverständigen die Möglichkeit gibt (ua) wegen eines Unternehmensgeheimnisses die Enthebung von seiner Bestellung zu verlangen. In seiner Untersuchung über den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen geht Garber im Abschnitt über den zivilprozessualen Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nur auf den Schutz der Geheimnisse des Sachverständigen ein (Garber, ÖJZ 2012, 653).

1244 Höllwerth, ÖJZ 2004, 257.

1245 M. Bydlinski, ZPO 206.

Rechberger differenziert hingegen nach der gebotenen Art der Mitwirkung: Geht es um eine Befragung durch den Sachverständigen, billigt er einer Partei zu, die Mitwirkung dann zu verweigern, wenn ein Aussageverweigerungsgrund (§§ 321, 380 ZPO) vorliegt. Geht es um die Herausgabe von Urkunden oder die Duldung eines Augenscheins, könnten sich die Partei auf das Fehlen der Gründe nach § 304 ZPO oder die Weigerungsgründe des § 305 ZPO berufen.¹²⁴⁶ Dieser Ansicht haben sich der *Verfasser*¹²⁴⁷ und *Schneider* angeschlossen,¹²⁴⁸ Auch *Riss* geht davon aus, dass sich der Umfang der Mitwirkungspflichten beim Sachverständigenbeweis nach den einschlägigen Regeln für das jeweilige Beweismittel zu richten habe,¹²⁴⁹ wobei diese differenzierte Haltung in gewisser Spannung zu der sonst von ihm vertretenen Kongruenz *aller* Erscheinungsformen der Mitwirkung steht.¹²⁵⁰

346 Der wohl herrschenden Ansicht im Sinne von *Rechberger* ist grundsätzlich zuzustimmen, sodass anhand der gebotenen Mitwirkungshandlung der Umfang und die Begrenzung der Mitwirkung zu bestimmen ist. Ob das Gericht einen Sachverständigen bestellt oder (zunächst) die Beweise selbst erhebt, also etwa einen Augenschein durchführt, Gegenstände und Urkunden abverlangt oder die Parteien vernimmt, ist oft zufällig und kann daher keinen Einfluss auf die Wahrung von Geheimnissen haben. Besonders deutlich wird das bei einer Befundaufnahme des Sachverständigen in Anwesenheit des Richters, bei der sich Richter und Gutachter bei der Befragung der Partei oft abwechseln. Ob nun eine Aussage dem Richter gegenüber oder eine Mitwirkung im Rahmen der Begutachtung zu erfolgen hat oder ob genügende Geheimhaltungsinteressen vorliegen, kann keinen Unterschied machen. Bei einer Befragung durch den Sachverständigen ist freilich nur auf § 380 ZPO, nicht aber auf § 321 ZPO abzustellen (vgl. diesbezüglich die Ausführungen bei Rz 316 ff).

347 Abzulehnen ist die Ansicht *Schoibls*, der *de lege lata* für eine vollstreckbare Sanktion eintritt.¹²⁵¹ Ebenso wie bei den sonstigen Kooperationspflichten muss die

1246 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 4; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 359 ZPO Rz 3; *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30.

1247 *Rassi*, ZZP 121 (2008) 195.

1248 *Schneider*, ÖJZ 2013, 150 [»Je nach nötiger Information stehen der Partei die entsprechenden Verweigerungsrechte des passenden Beweismittels zur Verfügung.«].

1249 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 23.

1250 Vgl. *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 32, 151 oder 247. Dazu Rz 279 ff.

Riss geht bei der Mitwirkung beim Sachverständigen nur näher auf die (in der Praxis wohl eher seltene) Konstellation ein, dass *dieser* gegenüber der nicht beweisbelasteten Partei zur Verschwiegenheit verpflichtet ist (vgl. *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 237).

1251 *Schoibl*, JAP I 2003/2004, 17, der der Vollstreckbarkeit des § 359 Abs 2 ZPO das Wort redet, »um nicht als sanktions- und damit sinnlose Norm eingestuft zu werden«. AA etwa *M. Bydliński*, ZPO 206; *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 258 f.; *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190; *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 5. Zutreffend hat *Höllwerth* (aaO 259 FN 81) der Ansicht von *Schoibl* entgegnet, es sei zum einen grundsätzlich fraglich, ob jede sanktionslose Norm gleich sinnlos sein muss; zum anderen könne der nicht befolgte Mitwirkungsauftrag selbst bei fehlender Vollstreckbarkeit erhebliche Folgen für die Beweiswürdigung und die Tragung der Verfahrenskosten haben, sodass er insofern auch nicht sanktionslos sei.

Partei beim Sachverständigenbeweis nur mit (negativen) Folgen in der Beweiswürdigung rechnen,¹²⁵² was freilich nicht im Gesetz explizit angeordnet ist, sondern sich erst aufgrund der Materialien ergibt.¹²⁵³ Es liegt die Analogie zu den ausdrücklichen Regelungen des § 307 Abs 2 bzw § 380 ZPO auf der Hand, zumal es nach § 272 Abs 2 ZPO zulässig ist, verweigernte Antworten einer Parteien frei zu würdigen. Darin zeigt sich wohl ein verallgemeinerungsfähiger Gedanke für den gesamten Bereich der Kooperationspflichten. Damit ist die Nichtbefolgung des gerichtlichen Auftrags durch Kostenfolgen und die Gefahr einer für die nicht kooperierende Partei nachteiligen freien Beweiswürdigung abschließend sanktioniert.¹²⁵⁴

Insoweit ist der Ansicht *Klickas*,¹²⁵⁵ dass die Regelung – abgesehen von den Kostenfolgen – »keine Sanktion«¹²⁵⁶ anordnet, nicht beizutreten, weil die freie Beweiswürdigung hier – entsprechend dem sonstigen Konzept bei den Kooperationspflichten¹²⁵⁷ – durchaus als Sanktion zu qualifizieren ist.¹²⁵⁸ In aller Regel wird dabei die Nichtbefolgung eines Auftrags zur Kooperation zum Nachteil der sich weigernden Partei ausschlagen,¹²⁵⁹ während die gerechtfertigte Verweigerung keine negativen Folgen haben darf.¹²⁶⁰ *Klicka* kritisiert indes, dass die Kostenregelung des § 359 Abs 2 ZPO kontraproduktiv sei und – entgegen den Äußerungen in den Materialien – keine wirksame Sanktion bilde.¹²⁶¹ Das vor allem für den Fall, wenn die nicht mitwirkende Partei, die die »Nerven behält«, weil sie von ihrer Weigerung dann profitiere, wenn das Gutachten ohne die fehlende Teile zu erstatten ist, »was aber in der Regel wiederum negativ für den gegnerischen Beweisführer ausfallen bzw zu einem non liquet führen wird.« Die Regelung des § 359 Abs 2 ZPO »ist in der derzeitigen Form sinnlos«. Ihm ist in dieser Absolutheit nicht zuzustimmen. Ungeachtet der Problematik der Kostenersatzregel des § 359 ZPO¹²⁶² ist es zum einen nicht zwingend, dass das Gutachten stets ohne die fehlenden Teile zu erstatten ist, wenn eine Partei die erforderliche Mitwirkung verweigert. Die unterlassene Mitwirkung führt nicht zwingend zur Erstattung eines Gutachtens. Der Gutachtens-

348

1252 IdS auch *M. Bydlinki*, ZPO 205.

1253 ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 37.

1254 Vgl auch für die verweigernte Kooperation bei § 82 ZPO: *Schumacher*, JBl 2007, 253.

1255 *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190.

1256 Wobei *Klicka* offenbar – wie *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 5 – eine zwangsweise durchsetzbare Sanktion vor Augen hat, was aber bei den prozessualen Kooperationspflichten auch sonst nicht vorgesehen ist.

1257 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 5; *Schumacher*, JBl 2007, 253; *Schumacher*, ÖBA 2007, 197.

1258 Offengelassen 3 Ob 156/12f [»Welche Konsequenzen eine allfällige zukünftige Verletzung der dem Kläger gemäß § 359 Abs 2 ZPO obliegenden Mitwirkungspflicht nach sich ziehen könnte, ist nicht in diesem Verfahrensstadium zu beurteilen.«].

1259 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30.

1260 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30.

1261 *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190; ihm zustimmend *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30.

1262 Dazu *Beran et al*, RZ 2003, 8.

auftrag ist nämlich dann zu widerrufen, wenn dem Sachverständigen mangels Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei jegliche Grundlage fehlt und er daher kein sinnvolles Gutachten erstatten kann.¹²⁶³ Von der Erstattung eines »Rumpfgutachtens« wird daher dann Abstand zu nehmen sein, wenn dieses nichts zur Wahrheitsfindung beitragen kann, was letztendlich die freie Beweiswürdigung wegen der fehlenden Grundlagen durchaus einschränken kann, ohne dass dies aber eine negative Würdigung zulasten der nicht kooperierenden Partei kategorisch verhindert.¹²⁶⁴ Insoweit kann die Kostenersatzregelung nicht *per se* als abschreckend qualifiziert werden,¹²⁶⁵ sondern gilt (jedenfalls auch) als motivierend, weil viele Parteien dadurch dazu bewegt werden, sofort (bzw zumindest bis zur Fertigstellung des Gutachtens) zu kooperieren, um sich später nicht zwischen dem drohenden Prozessverlust bzw Mehrkosten entscheiden zu müssen.¹²⁶⁶ Es wird zumindest unsicher sein, dass die nicht kooperierende Partei tatsächlich »mit dem Prozesssieg belohnt wird.«¹²⁶⁷ bzw »von der Verweigerung profitiert.«¹²⁶⁸

349 Zum verallgemeinerungsfähigen Gedanken, dass die kooperationspflichtige Partei vor Abschluss des Verfahrens vom Gericht darüber in Kenntnis gesetzt werden muss, ob die von ihr geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen sie berechtigen, die Mitwirkung zu verweigern, siehe Rz 360 ff und § 359 Abs 2 Satz 2 ZPO.

350 Zusammenfassend ist hervorzuheben, dass den Kooperationspflichten beim Sachverständigenbeweis Grenzen gesetzt sind, wobei § 359 Abs 2 ZPO entsprechend teleologisch zu reduzieren ist. Nach zutreffender Ansicht ist bei einer verweigerten Mitwirkung zu differenzieren und auf die gebotene Mitwirkungshandlung abzustellen. Geht es um die Herausgabe von Urkunden oder die Duldung eines Augenscheins, könnte sich die Partei auf das Fehlen der Gründe nach § 304 ZPO oder die Weigerungsgründe des § 305 ZPO berufen. Bei einer Befragung durch den Sachverständigen sind die Aussageverweigerungsgründe bei der Parteienvernehmung heranzuziehen. Das bedeutet, dass auch Unternehmensgeheimnisse zur Verweigerung der Mitwirkung beim Sachverständigenbeweis berechtigen können.

1263 Beran et al, RZ 2003, 7; Rassi, ZZP 121 (2008) 195; Rechberger in Fasching/Konecny² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 5.

1264 Wenn etwa der Beklagte dem gegen ihn geltend gemachten Werklohnanspruch entgegenhält, dass der klagende Unternehmer keinerlei Werkleistung erbracht hat, dem Sachverständigen, der das angebliche Werk begutachten soll, aber den Zutritt in sein Haus grundlos verweigert, sodass dieser kein Gutachten über die behauptete Arbeit erstatten kann, ist das Gericht nicht daran gehindert, die Weigerung dahin zu würdigen, dass die behaupteten Arbeiten erbracht wurden.

1265 IdS aber Klicka, ZZPInt 7 (2002) 190.

1266 Vgl ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 37: »Die vorgeschlagene Regelung berücksichtigt, dass gerade Kostenregelungen zu den großen, bislang vielleicht zu spärlich eingesetzten Motivationsfaktoren zählen, die erforderliche Verfahrenskonzentration zu verbessern.«

1267 Rechberger in Fasching/Konecny² [Vorauslage] § 359 ZPO Rz 5.

1268 Klicka, ZZPInt 7 (2002) 190.

Ein Auftrag zur Mitwirkung ist nicht vollstreckbar, eine Verweigerung der Kooperation kann Niederschlag in einer negativen Beweiswürdigung finden.

XI. Grenzen der Kooperation außerhalb des Beweisverfahrens

Es wurde bereits geklärt, dass sich die Kooperationspflicht nicht auf das eigentliche Beweisverfahren beschränkt. Auch im Rahmen des wechselseitigen Vorbringens sind die Parteien verpflichtet, mit dem Gegner zu kooperieren. Außerhalb des Beweisverfahrens betrifft das die Aufklärung wesentlicher und für die erfolgreiche Durchsetzung notwendiger Umstände, aber auch die Aufklärung über die Existenz von Beweismitteln. Eine derartige *allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht* lässt sich insb auf §§ 178, 184 ZPO stützen und wird durch weitere Bestimmungen (zB §§ 77, 82 und § 258 Abs 2 ZPO) abgesichert; vgl oben Rz 93 ff. Zu Recht ist von einer »*korrespondierenden Mitwirkungspflicht außerhalb des Beweisrechts*« die Rede.¹²⁶⁹ Insoweit das Gesetz bei der Kooperation im Beweisverfahren das Ziel der materiellen Wahrheitsfindung in den Vordergrund stellt, sind diese Wertungen für die Frage der prozessualen Aufklärungspflicht außerhalb des Beweisverfahrens ebenfalls maßgebend.¹²⁷⁰ Dazu bereits im ersten Teil dieser Arbeit.

351

Das Gesetz normiert den *Umfang* der prozessualen Aufklärungspflicht außerhalb des Beweisverfahrens im Allgemeinen aber nur sehr oberflächlich, es findet sich etwa kein (direkter) Hinweis auf eine diesbezügliche Einschränkung wegen eines zu schützenden Unternehmensgeheimnisses. Insoweit ist das Gesetz lückenhaft,¹²⁷¹ liegt es doch auf der Hand, dass der prozessualen Aufklärungspflicht Grenzen gesetzt werden müssen, was auch im Bereich der Unternehmensgeheimnisse gilt.¹²⁷² Die Rechtsprechung hat in diesem Sinn anerkannt, dass der Geheimnisschutz die Verweigerung der Aufklärung rechtfertigen kann,¹²⁷³ sodass es dem Gericht in einem solchen Fall verwehrt sein kann, in seiner Beweiswürdigung der nicht beweisbelasteten Partei vorzuwerfen, sie habe nicht aufgeklärt. Eine Absage an eine grenzlose Kooperation kommt freilich in § 184 Abs 2 ZPO – wenngleich

352

¹²⁶⁹ Riss, Gemeinschaftlichkeit 217.

¹²⁷⁰ Klicka, JBl 1991, 231, 233 f; Riss, Gemeinschaftlichkeit 29.

¹²⁷¹ In diesem Sinn auch McGuire, Schutz 5 f, die darauf verweist, dass die Regelungen zum Schutz von Geschäfts- und Kunstgeheimnissen nur die spezifische Prozesssituation des Beweisverfahrens abdecken.

¹²⁷² Vgl Schumacher, ÖBl 1988, 92 [»Auch das Geschäftsgeheimnis ist [...] eine Ausnahme von der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht«].

¹²⁷³ 4 Ob 105/90.

sehr schwach – durch die Regel zum Ausdruck, dass »unangemessene« Fragen vom Gericht zurückzuweisen sind bzw der befragte Gegner eine gerichtliche Entscheidung begehren kann, wenn er die *Zulässigkeit* einer Frage bestreitet. Weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus den Materialien geht die Bedeutung dieser Einschränkung hervor. Es bleibt unklar, ob eine Frage bereits zulässig ist, wenn sie den Streitgegenstand betrifft (somit *relevant* ist) und noch unbeantwortet ist, oder ob etwa unter »Zulässigkeit« die sonst im Beweisverfahren anerkannten Weigerungsrechte subsumiert werden können.

353

Die Rolle der Partei als *Beweismittel* im Rahmen der Parteienvernehmung ist zwar nicht mit ihrer Funktion als *Rechtssubjekt* des Verfahrens *gleichgesetzt*, in dem sie Vorbringen zu erstatten hat. Demgemäß ist es konsequent, dass die erforderlichen Prozessbehauptungen nicht durch Angaben in der Parteiaussage ersetzt werden können.¹²⁷⁴ Dessen ungeachtet bestehen aber unübersehbare Parallelen zwischen diesen beiden Rollen, weil das Gesetz sowohl für das Vorbringen (§ 178 ZPO) als auch für die Parteienvernehmung (§ 377 Abs 3 ZPO) die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Angabe normiert. Es würde nun seltsam anmuten, wenn eine Partei in ihrer förmlichen Parteienvernehmung (als *Beweismittel*) die Beantwortung einzelner Fragen verweigern könnte (etwa bei einem genügenden Grund iSd § 381 ZPO), bei der gemeinsamen Erörterung des Prozessvorbringens im Rahmen der prozessualen Aufklärungspflicht nach § 184 ZPO als *Prozesssubjekt Partei* aber verpflichtet wäre, *unbeschränkt* Auskunft zu geben.¹²⁷⁵ Dieser Wertungswiderspruch ist durch eine Analogie zu den Bestimmungen aufzulösen, die die Mitwirkungspflicht im Beweisverfahren einschränken. Deren Existenz (vgl insb § 305, § 369 iVm § 305 und § 380 iVm § 321 ZPO¹²⁷⁶) schränkt (auch sonst) die Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei ein.¹²⁷⁷ Die dabei durchaus gebotene *Kongruenz* besteht freilich nicht generell zwischen der Aufklärungspflicht außerhalb des Beweisverfahrens und der Mitwirkungspflicht im Beweisverfahren, weil Letztere – wie oben aufgezeigt – durchaus vielschichtig gestaltet ist. Eine Kongruenz zwischen *allen* Erscheinungsformen prozessualer Mitwirkung kann schon aus diesen Gründen nicht sichergestellt werden (vgl dazu Rz 279 ff). Vielmehr ist der Gleichklang zwischen jenen Normen herzustellen, die einander wertungsmäßig am ehestens entsprechen.

1274 RIS-Justiz RS0038037.

1275 Zutreffend *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 364 [»geradezu widersinnig«]; *Rassi*, ZZZ 121 (2008) 191; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 184 ZPO Rz 12; *Schumacher*, ÖBl 1988, 92. IdS auch *Riss* (Gemeinschaftlichkeit 31 f), der allerdings *auch* die Urkundenvorlageverweigerungsgründe heranzieht, um damit die prozessuale Aufklärung zu begrenzen. Mit dieser kumulativen Anwendung der Vorlage- und Aussageverweigerungsgründe kann aber gerade nicht die von *Riss* postulierte *umfassende Kongruenz* (siehe dazu Rz 280 ff) sichergestellt werden, weil sich die Vorlage- und Aussageverweigerungsgründe inhaltlich unterscheiden.

1276 Zur Frage, ob sich eine Partei auf die dem Zeugen zur Verfügung stehenden Weigerungsgründe berufen kann, vgl Rz 316 ff.

1277 *Brenn* in *Fasching/Konecny*³ § 178 ZPO Rz 27.

Für den Bereich der prozessualen Aufklärungspflicht außerhalb des eigentlichen Beweisverfahrens stellt sich daher im Wesentlichen die Frage, ob hier auf die Systematik des Urkundenbeweises (mit der gesetzlich vorgegeben Interessensabwägung nach dem Schema der §§ 303 ff ZPO: *Regel-Ausnahme-Gegenausnahme*, siehe Rz 258 ff) oder auf das bei der Parteienvernehmung herrschende System (Prüfung eines *genügenden Grundes*) abzustellen ist. Berücksichtigt man den Umstand, dass im Beweisverfahren die Ausübung des Fragerechts durch die Parteien »mit den Bestimmungen über die bei einer mündlichen Verhandlung stattfindende Ausübung dieses Rechts in Einklang gebracht« wurde,¹²⁷⁸ liegt die Antwort auf der Hand. In der Tat erinnert die Formulierung des § 184 ZPO an § 289 ZPO bzw §§ 341 f ZPO, die auch im Bereich der Parteienvernehmung anzuwenden sind (vgl § 375 Abs 1 ZPO). Es liegt daher nahe, den Schutz von Geheimhaltungsinteressen im Allgemeinen und von Unternehmensgeheimnissen im Besonderen entsprechend gleich zu behandeln. Somit entspricht der Umfang der prozessualen Aufklärungspflicht gemäß §§ 178, 184 ZPO den Mitwirkungspflichten im Rahmen der Parteienvernehmung (§§ 380 f ZPO). Grenzen der Auskunftspflicht der Partei (als Prozesssubjekt) ergeben sich dann, wenn eine Partei in ihrer Parteienvernehmung (als Beweismittel) die Aussage verweigern könnte.¹²⁷⁹ »Demnach müssen etwa die für die Parteienvernehmung anerkannten Weigerungsgründe auch im Rahmen der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht (§ 178 Abs 1 ZPO) sowie des Fragerechts (§ 184 ZPO) eingreifen.«¹²⁸⁰ Hingegen sind bei der Vorlagepflicht nach § 82 ZPO, die ebenfalls wie § 184 ZPO der prozessualen Aufklärungspflicht außerhalb des eigentlichen Beweisverfahrens zuzuordnen ist, wiederum die Weigerungsrechte des § 305 ZPO bzw die Gegenausnahmen des § 304 ZPO analog heranzuziehen.¹²⁸¹

Der Umstand, dass damit die Begrenzung der Kooperationspflicht außerhalb des Beweisverfahrens im Ergebnis ebenso schwach determiniert ist, wie bei der Parteienvernehmung, räumt dem Gericht einen großen Ermessensspielraum ein, weil dieses nur darauf abstellen muss, ob »genügende Gründe« (vgl § 381 ZPO) für eine Weigerung vorliegen. Dadurch ist das Gericht ausreichend in der Lage, widerstreitende Interessen gegenseitig abzuwägen.

Für die Mitwirkungspflicht im Beweisverfahren wurde bereits hinreichend nachgewiesen, dass ein Verstoß gegen die prozessuale Kooperationspflicht nicht zur Beweislastumkehr oder dazu führt, dass das Vorbringen des Beweisführers zwingend als richtig anzunehmen ist. Die mangelnde Kooperation findet hier vielmehr Niederschlag in der *freien Beweiswürdigung* (dazu zB Rz 268 ff oder 304 ff).¹²⁸²

1278 Mat I 319.

1279 Vgl in diesem Sinne auch *Brenn* in *Fasching/Konecny*³ § 178 ZPO Rz 27.

1280 *Riss*, Gemeinschaftlichkeit 219.

1281 IdS auch *Konecny/Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 82 ZPO Rz 2.

1282 *Prankl/Seeber*, ÖJZ 2017, 112; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 184 ZPO Rz 13 ff mwN.

Entsprechendes vertritt auch die Rechtsprechung in Deutschland. Der BGH anerkennt, dass der Tatrichter aus der Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, nur ihr bekannte Zeugen

Entsprechendes gilt für den Fall einer ungerechtfertigten Verweigerung der prozessualen Aufklärung (siehe dazu zB Rz 60 ff). Das zeigt sich gerade durch § 272 Abs 2 ZPO für das Fragerecht des § 184 ZPO besonders plastisch, weil nach dieser Norm die freie Beweiswürdigung auch für den Fall zu gelten hat, dass eine Partei die *Beantwortung von Fragen* verweigert. Gemeint sind damit Fragen des Gerichts, aber auch Fragen, die der Gegner (arg »mit Zustimmung des Senats oder des Vorsitzenden«) stellt, was sowohl das Beweisverfahren (vgl §§ 289, 342 iVm § 380 ZPO) aber auch das Fragerecht im Rahmen des § 184 ZPO betrifft, zumal – wie bereits erwähnt – die Ausübung des Fragerechts im Beweisverfahren durch die Parteien »mit den Bestimmungen über die bei einer mündlichen Verhandlung stattfindende Ausübung dieses Rechts in Einklang gebracht wurde«. ¹²⁸³

Der Meinung von *Schrägel*, der eine von der Beweisaufnahme durch Parteienvernehmung *unabhängige Würdigung* einer Antwortverweigerung durch die befragte Partei ebenso (wie eine auf § 184 ZPO gestützte prozessuale Aufklärungspflicht) ablehnt, ist daher nicht zu folgen. *Schrägel* begründet seine Ansicht im Wesentlichen mit dem Hinweis, dass § 184 Abs 1 ZPO nur eine Klarstellung des Standpunkts der (befragten) Partei erreichen solle. ¹²⁸⁴ Dem ist freilich bereits der Wortlaut der Norm entgegenzuhalten, die ein *weites Auskunftsrecht* normiert, das *alle* erheblichen Umstände des Rechtsstreits, einschließlich die Beweismittel umfasst. Seine Aussage, dass die Parteien nicht verpflichtet seien, Fragen der Gegenseite zu beantworten, ist schlicht unhaltbar.

- 357 Die Lösung der freien Verhandlungs- und Beweiswürdigung erweist sich als am ehesten geeignet, um auf die Besonderheiten des Einzelfalls abzustellen, zumal es darin zu einer *Abwägung* der jeweils *widerstreitenden Interessen* kommen kann. § 272 Abs 1 ZPO trägt dem Gericht auf, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten ist oder nicht. Die Würdigung einer unterbliebenen Aufklärung wird wohl in vielen Fällen zulasten der nicht beweisbelasteten Partei zu jenem billig erscheinenden Ergebnis führen, dass die Behauptungen ihres Gegners für wahr gehalten werden. Das ist aber freilich nicht zwingend. Das Gericht muss sich bei einem Verstoß gegen die gebotene Aufklärung konkret damit auseinandersetzen, inwieweit das verpönte Verhalten Rückschlüsse auf die Ermittlung der Wahrheit hat; die schlichte Berufung auf den Wortlaut des § 272 ZPO iVm den jeweiligen Sonderbestimmungen (zB § 381 ZPO) wäre eine bloße Scheinbegründung, die dafür allein nicht ausreicht. ¹²⁸⁵ Selbst wenn im Einzelfall die Nichterfüllung der Aufklärungspflicht einer – schuldhaften – Be-

namhaft zu machen, in der Sache selbst Schlüsse zu ihrem Nachteil ziehen kann; vgl zB BGH VI ZR 220/58 NJW 1960, 821.

1283 Mat I 319.

1284 *Schrägel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 184 ZPO Rz 4.

1285 *Höhlwerth*, ÖJZ 2004, 259.

weisvereitelung gleichkommen kann, lässt sich in vielen Fällen daraus allein nicht viel gewinnen. Jedes derartige Verhalten erfordert nämlich eine einzelfallbezogene Bewertung im Rahmen der Beweiswürdigung. Dabei hat die sorgfältige Würdigung aller Umstände iSd § 272 ZPO nicht nur die Passivität der nicht beweisbelasteten Partei, sondern alle anderen (gegebenenfalls aus dem Akt ersichtlichen) Umstände zu umfassen. Beweisen bedeutet nämlich, das Gericht von der Richtigkeit einer Behauptung zu überzeugen. Gelangt man als Ergebnis der Beweiswürdigung (zunächst) zur Schlussfolgerung, den Behauptungen der nicht beweisbelasteten Partei in einem bestimmten Punkt nicht folgen zu können, weil sie in dieser Tatfrage an der Sachverhaltsermittlung nicht mitwirken oder diese gar hintertreiben wollte, müssen deshalb nicht schon zugleich die Argumente der Gegenseite überzeugend sein.¹²⁸⁶ Von einer bemühten Beweiswürdigung ist also das Gericht im Falle einer unterbliebenen Aufklärung nicht entbunden.

Dabei kann das Gericht im Rahmen des Vorbringens der behauptungs- und beweispflichtigen Partei zu Alternativfeststellungen gelangen. Führen alle Alternativen rechtlich zu dem von der behauptungs- und beweispflichtigen Partei angestrebten Ergebnis, ist in ihrem Sinne zu entscheiden, andernfalls iSd gegnerischen Sachantrags. Letzteres gilt auch, wenn eine Negativfeststellung getroffen wird; dann ist der beweisbelasteten Partei der Beweis eben nicht gelungen. Das ist vor allem dann der Fall, wenn von der Verweigerung der Aufklärung kein logischer Schluss auf das tatsächliche Vorliegen der relevanten Tatsachen gezogen werden kann. Um dieses »Restrisiko« abzuschwächen, zieht die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang die Anwendung der Bestimmung des § 273 ZPO in Betracht.¹²⁸⁷ Die Festsetzung einer strittigen Forderung durch richterliches Ermessen nach § 273 ZPO findet nach der Rechtsprechung nämlich bei einer mutwilligen Erschwerung der Forderungsfestsetzung durch die nicht beweisbelastete Partei Anwendung.¹²⁸⁸ Hier erscheint der Anwendungsbereich des § 273 ZPO in vielen Fällen freilich deutlich überschritten. Schließlich kann das richterliche Ermessen kaum angewendet werden, wenn der Richter gar keine Anhaltspunkte hat.¹²⁸⁹ Diese Vorgangsweise ist *de lege lata* ebenso abzulehnen, wie Tendenzen der Rechtsprechung,¹²⁹⁰ wonach von den Angaben der behauptungs- und beweisbelasteten Partei ausgehen sei. Es wird hier nicht verkannt, dass mit der geltenden Rechtslage, die nur die Beweiswürdigung als Sanktion kennt, auch Nachteile dahingehend verbunden sind, dass uU eine nicht schützenswerte Partei von den Informationsdefiziten profitiert. Diese Härtefälle sind freilich im Zivilverfahrensrecht nie auszuschließen. Die *Dominanz der freien Beweis- und Verhandlungswürdigung* als einzige Folge einer Verletzung der hier beschriebenen Pflichten dürfte historisch begründet sein, weil der Gesetzgeber

1286 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 368.

1287 Vgl auch *Klicka*, JBl 1992, 234.

1288 8 Ob 152/66 EvBl 1966/454 (Verweigerung der Vorlage der Handelsbücher zwecks Feststellung der betragsmäßigen Umsatzbeteiligung des Klägers); dazu krit: *Bajons*, NZ 1991, 54 f und *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 369.

1289 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 369.

1290 RIS-Justiz RS0040249.

der ZPO das neu gewonnene Gut gegen die Intentionen von *Klein* möglichst wenig einschränken wollte.¹²⁹¹

358 Weil die nicht beweisbelastete Partei zur prozessualen Aufklärung eben gerade nicht voraussetzungslos verpflichtet ist, ihr aber bei einem Verstoß gegen Kooperationspflichten Sanktionen (negative Beweiswürdigung) drohen, bedarf es einer ausreichenden Klarstellung durch das Gericht vor der Sachentscheidung, damit die Partei nicht aus bloßer Vorsicht etwa ein schützenswertes Unternehmensgeheimnis preisgibt.¹²⁹² Dazu Rz 360 ff.

359 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kooperation außerhalb des Beweisverfahrens Grenzen gesetzt sind. Die Beschränkung der prozessualen Aufklärungspflichten hat sich dabei an die verwandten Normen des Beweisverfahrens zu orientieren. Bei der Vorlagepflicht des § 82 ZPO sind die Weigerungsrechte für den Urkundenbeweis heranzuziehen. Bei der Pflicht zur Beantwortung von Fragen nach § 184 ZPO (iVm § 178 ZPO) kann die Partei bei einem genügenden Grund iSd § 380 ZPO die Antwort verweigern. Das kann, muss aber nicht der Fall sein, wenn die Partei verpflichtet oder berechtigt ist, ein Unternehmensgeheimnis zu wahren. Dem Gericht ist damit ein Ermessensspielraum eingeräumt, der es ihm ermöglicht, auf widerstreitende Interessen einzugehen und diese gegenseitig abzuwägen. Verletzt die Partei die gebotene Kooperation, *kann* das in der freien Beweiswürdigung zu ihren Lasten ausgelegt werden, bedeutet aber nicht, dass die Verletzung der Pflicht zwingend dazu führt, von der Richtigkeit der Behauptungen des Beweisführers auszugehen. Wegen der drohenden Folgen für eine unkooperative Partei ist eine klarstellende Zwischenentscheidung geboten.

XII. Klarstellende Zwischenentscheidung zur Kooperation

360 Es wurde mehrmals aufgezeigt, dass die nicht kooperierende Partei mit der negativen Würdigung ihres Verhaltens durch den Richter rechnen muss, während die berechnete Verweigerung folgenlos bleibt. Auch Geheimhaltungsinteressen können den Kooperationspflichten Grenzen setzen und die unterlassene Mitwirkung oder Aufklärung daher rechtfertigen. Es ist nicht zu verkennen, dass die (der unberechtigt nicht kooperierenden Partei) drohende negative Beweiswürdigung ihres Verhaltens die Beweisnot des Beweisführers nur in einem Teil der Fälle überwinden

1291 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 371.

1292 Vgl *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

kann,¹²⁹³ zumal – wie aufgezeigt – eine zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkung nicht in Betracht kommt.¹²⁹⁴ Dessen ungeachtet muss nicht davon ausgegangen werden, dass die nicht beweisbelastete Partei stets mit einem *non liquet* und damit spekulieren wird, dass der Richter aus ihrer Weigerung gar keine Schlüsse ableiten kann, mit denen die Erfüllung eines für sie negativen Tatbestands zu bejahen ist. Gerade die Praxis zeigt, dass Parteien im Regelfall danach trachten, ihren Standpunkt aktiv nachzuweisen und nur selten mit den Vorteilen der Beweislastverteilung spekulieren. Die mit der freien Beweiswürdigung als Sanktion der Kooperationspflicht verbundene Unsicherheit wird die nicht beweisbelastete Partei in vielen Fällen durchaus motivieren, sich im Verfahren aktiv zu verhalten.

Es ist freilich erforderlich, dass der Partei diese Kooperationspflicht und die mögliche Sanktion bei einer Verletzung der Pflicht ausreichend vor Augen geführt werden, um eine derartige Motivation herbeizuführen. Zudem ist es schon aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch, wenn erst im Rahmen der Beweiswürdigung des Urteils klargestellt wird, ob die Partei etwa wegen eines von ihr ins Treffen geführten Unternehmensgeheimnisses berechtigt war, die Kooperation zu verweigern. Der Gedanke, dass es für die Partei vorweg (also vor Eintritt einer Sanktion!) klar sein muss, ob sie ihre Aussage verweigern darf, ohne mit beweiswürdigenden Konsequenzen rechnen zu müssen, ist durchaus verallgemeinerungsfähig. *Schumacher* bringt es für das Unternehmensgeheimnis überzeugend auf den Punkt: »Effektiver Schutz von Unternehmensgeheimnissen muss allerdings präventiv eingreifen und verlangt daher ex ante, dass die Partei vor der Ergreifung der Option des Geheimnisschutzes relative Gewissheit über allenfalls drohende Prozessnachteile hat.«¹²⁹⁵ Schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit bedarf es eines eigenen Zwischenverfahrens, um dort das Bestehen und den Umfang prozessualer Pflichten zu klären. Demnach ist vom Gericht – bei einem geltend gemachten Verweigerungsgrund – bereits vor der Sachentscheidung *beschlussmäßig* zu klären,¹²⁹⁶ ob eine *Urkunde vorzulegen* oder ein *Augenschein zu dulden* ist, ob die *Partei aussagen*, sie sich von einem *Sachverständigen untersuchen lassen muss* bzw ihn (sonst) zu *unterstützen* hat. Es gehört gerade zum Wesen eines fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK, dass eine Partei schon vor der Sachentscheidung erfährt, ob sie Informationen zurückhalten kann, weshalb eine klarstellende Entscheidung erforderlich ist, damit die Partei kalkulieren kann, wenn sie dagegen verstößt.¹²⁹⁷ Eine Partei soll nicht genötigt werden, ein Unternehmensgeheimnis vorsorglich

361

1293 Vgl *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 366 [»Was soll hier der Richter annehmen?«].

1294 Vgl aber nunmehr § 37j KartellG 2005, der eine zwangsweise Durchsetzung von Offenlegungspflichten ermöglicht.

1295 *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

1296 *Schumacher*, ÖBl 1988, 90; *Schlosser* in FS-Großfeld 1012.

1297 *Schlosser* in FS-Großfeld 1012; plastisch auch *Kürschner*, NJW 1992, 1804, der es als »gefährlich« bezeichnet, wenn erst im Endurteil die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem Interesse

(»sicherheitshalber«) zu opfern, obwohl ihr das Gericht letztendlich Geheimnisschutz zugebilligt hätte.

362 Das Prozessrecht sorgt in diesem Sinn an mehreren Stellen für eine derartige klarstellende Entscheidung. Der Sinn dieser Bestimmungen liegt gerade darin, *Klarheit* zu schaffen, worauf dann die Beweiswürdigung (bzw bei Zeugen: deren Bestrafung) aufbauen kann.¹²⁹⁸ Zusätzlich ist an den *motivierenden Charakter* einer derartigen beschlussmäßigen Aufforderung zu erinnern.

363 Für den Urkundenbeweis normiert § 303 Abs 1 ZPO ausdrücklich, dass das Gericht dem Gegner die Vorlage der Urkunde aufzutragen hat. Der Beschlussauftrag, dem eine Anhörung des Gegners vorausgehen muss (§ 303 Abs 3 ZPO), zielt zum einen darauf ab, dass dem Gegner klar ist, welche Urkunde er vorlegen muss, damit ihm die Kooperation überhaupt möglich ist. Andererseits knüpft die freie Beweiswürdigung als Sanktion der unterlassenen Vorlage daran an, dass der Gegner dem (beschlussmäßig) erteilten Auftrag nicht nachkommt.¹²⁹⁹ Im Gesamtzusammenhang mit § 303 Abs 3 ZPO und §§ 304 ff ZPO wird deutlich, dass dieser Beschluss bei geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen dazu bestimmt ist, die Rechtslage diesbezüglich zu klären. Der Urkundeninhaber ist somit ausreichend »vorgewarnt« und wird durch eine negative Beweiswürdigung nicht überrascht.

Schumacher,¹³⁰⁰ hat freilich bei der Urkundenvorlage eine Schwäche des jetzigen Systems aufgezeigt. Würde etwa ein Hinweis auf ein Unternehmensgeheimnis den Erstrichter von seinem Vorlageauftrag nicht abgehalten haben, könnte der Vorlageauftrag erst »verbunden« bekämpft werden (§ 319 Abs 2 ZPO). Nachdem dies erst mit dem Rechtsmittel gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung – meist gegen die Endentscheidung – möglich ist, liefere sich nach diesem Autor die (nicht rechtskräftig) vorlagepflichtige Partei einem nicht unerheblichen Risiko aus: Bestätigt das Berufungsgericht nämlich den Vorlageauftrag, dann habe sie keine Möglichkeit mehr, die negative Beweiswürdigung durch Vorlage der Urkunde zu verhindern, während ihr dies in erster Instanz noch möglich wäre.

Es ist unbestritten, dass § 319 ZPO hier eine einschneidende Rechtsmittelbeschränkung anordnet.¹³⁰¹ Ist die in die Pflicht genommene Partei der Ansicht, dass der Auftrag zur Mitwirkung zu Unrecht ergangen ist, kann sie den entsprechenden Beschluss nur mit der nächstfolgenden Entscheidung (im für sie ungünstigsten Fall mit der Endentscheidung) anfechten (vgl §§ 319 Abs 2, 370 Abs 1 ZPO). Das führt dazu, dass ihr das oben beschriebene Risiko, das (vermeintliche) Geheimnis überflüssigerweise offenbart zu haben, nicht zur Gänze abgenommen wird. Das ist aber nicht *per se* bedenklich. Derartiges ist aus verfahrensökonomischen Gründen wohl

einer Partei an der Wahrung von Unternehmensgeheimnissen und dem Recht auf rechtliches Gehör der Gegenpartei für den konkreten Fall mitgeteilt wurde.

1298 Exemplarisch ordnet § 307 Abs 2 ZPO an, dass es das Gericht zu würdigen hat, »wenn eine Partei dem Auftrage zur Vorlage der Urkunde [...] nicht nachkommt«.

1299 *Schumacher*, ÖBl 1988, 89.

1300 EvBl 2016/5, 40 [Entscheidungsanm].

1301 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka* § 319 ZPO Rz 1.

zu tolerieren. In der spiegelbildlichen Konstellation, bei der das Erstgericht vom Vorliegen eines Weigerungsgrunds ausgeht und erst das Zweitgericht die Mitwirkung bejaht, ist der Urkundeninhaber hingegen davor geschützt, vor der Klärung durch die Instanz im Verfahren mitzuwirken.¹³⁰²

In erster Linie ist entscheidend, dass über die Geheimhaltungsinteressen mit besonderem Beschluss entschieden werden muss. Insoweit liegt das von *Schumacher* geforderte Inzidenzverfahren bereits vor. Ob hier die Geheimhaltungsinteressen gegenüber der Prozessökonomie derart stark abgesichert werden müssen, dass erst ein rechtskräftiger Beschluss zur Mitwirkung verpflichtet, steht auf einem anderen (rechtspolitischen) Blatt. Der risikofreudigen Partei, die die Urkundenvorlage ungeachtet des Beschlusses verweigert hat, steht dagegen *jedenfalls* der Weg in die Instanz offen, wenngleich im Regelfall erst im Zusammenhang mit der Berufung gegen die Hauptsache. Durch diese Rechtsmittelmöglichkeit ist es nicht ausgeschlossen, dass eine negative Beweiswürdigung erst in zweiter Instanz abgewehrt wird, auch wenn die Urkundenvorlage nicht nachgetragen werden kann. Selbst wenn das Berufungsgericht die Vorlagepflicht bestätigt, muss das nicht zwingend bedeuten, dass es die auf die Weigerung gegründete negative Beweiswürdigung des Erstrichters billigt. Gerade eine zu einem Weigerungsrecht vertretbare Ansicht kann bei der »sorgfältigen Würdigung aller Umstände« zugunsten der Partei ausgelegt werden.

Diese Bestimmung des § 303 ZPO gilt auch für den Bereich des Augenscheins (§ 369 ZPO) und der Auskunftssachen (§ 318 Abs 2 ZPO). Es bedarf hier somit ebenso einer beschlussmäßigen »Vorwarnung«. 364

Der verallgemeinerungsfähige Gedanke, dass die kooperationspflichtige Partei vor Abschluss des Verfahrens vom Gericht darüber in Kenntnis gesetzt werden muss, ob die von ihr geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen sie berechtigen, die Mitwirkung zu verweigern, findet im Bereich des *Sachverständigenbeweises* in § 359 Abs 2 Satz 2 ZPO seinen Ausdruck, weil den Parteien die erforderliche Mitwirkung ausdrücklich aufzutragen ist. Daraus ergibt sich, dass das Gericht die Mitwirkungshandlung ausdrücklich mit Beschluss anordnen muss, wenn eine Partei die Kooperation – aus welchem Grund auch immer, daher auch bei der Geltendmachung eines Unternehmensgeheimnisses – verweigert, dies ungeachtet des Umstandes, dass in § 359 Abs 2 ZPO die Aufforderung zur Mitwirkung *prima vista* ohne Bezugnahme auf Geheimhaltungsinteressen angeordnet werden kann;¹³⁰³ zur möglichen Einschränkung vgl Rz 341 ff. Daneben kann auch – ungeachtet ihrer systematischen Dislozierung¹³⁰⁴ – die Bestimmung des § 25 GebAG herangezogen werden. Die Entscheidung des Gerichts wird vor allem immer dann einzuholen 365

1302 Der Urkundeninhaber ist in einem solchen Fall erst dann zur Mitwirkung verpflichtet, wenn der Beweisführer den abweisenden Antrag oder das Endurteil erfolgreich bekämpft hat.

1303 Arg: »Das Gericht hat sodann mit abgesondert nicht anfechtbarem Beschluss den Parteien das Erforderliche aufzutragen«.

1304 *Krammer*, »Allmacht« 22 und 24; *Schiller*, SV 2001/1, 10.

sein, wenn eine Partei die Mitwirkung an der Befundaufnahme unter Berufung auf entgegenstehende Interessen verweigert oder davon abhängig macht, dass die Beteiligung der Gegenseite eingeschränkt oder sie überhaupt ausgeschlossen wird (dazu Rz 816). Der Beschluss kann dabei nicht nur festlegen, dass die Partei kooperieren muss, sondern bestimmt auch den Umfang der Kooperation. Die konkreten Grenzen hat in Streit- oder Zweifelsfällen das Gericht und nicht der Sachverständige zu ziehen. Macht eine Partei ihre Mitwirkung von Auflagen abhängig, kann sie damit gegen ihre Mitwirkungspflichten verstoßen, was für den Sachverständigen im Einzelfall oft ebenso schwer zu beurteilen ist wie der Umstand, ob verschiedene Tatsachen für den Streitgegenstand relevant sind oder nicht (und daher eine Einschränkung rechtfertigen), bzw die Frage, ob sich eine Partei zu Recht auf ein gesetzlich geschütztes Geheimnis stützt. In den meisten Konstellationen wird es für den Sachverständigen daher unumgänglich sein, sich diesbezügliche (beschlussmäßige) Weisungen des Gerichts einzuholen,¹³⁰⁵ wenn sich die von ihm einzuhaltende Vorgangsweise nicht bereits aus dem Bestellungsbeschluss ergibt. Ob das Gericht die Parteien vor Fassung des Beschlusses anzuhören hat, ist im Gesetz nicht geregelt. Aus der Sicht des Art 6 EMRK ist eine derartige Anhörung zu bejahen, damit es den Parteien überhaupt möglich ist, entgegenstehende Interessen geltend zu machen. Selbst wenn das Gericht eine solche Anhörung unterlässt, bleibt es den Parteien unbenommen, die Geheimhaltungsinteressen nachträglich geltend zu machen, um einer negativen Würdigung vorzubeugen, sofern sie sich nicht entschließen, diese durch eine Mitwirkung zu verhindern.

366

Auch bei der *Parteienvernehmung* muss es für die Partei durch eine beschlussmäßige Feststellung vorweg klar sein, ob sie die Aussage unter Bezugnahme auf ein Geheimnis verweigern darf, ohne mit negativen Konsequenzen in der Beweiswürdigung rechnen zu müssen.¹³⁰⁶ Ein richtig verstandener Geheimhaltungsschutz muss darauf abstellen, dass die Parteien ihr (Unternehmens-)Geheimnis deshalb offenbaren, weil es die im Einzelfall *höherrangige Mitwirkungspflicht* erfordert. Die Parteien sollen aber ungeachtet ausreichender Weigerungsgründe nicht genötigt werden, nur aus prozessualer Vorsicht mitzuwirken, um allfällige Sanktionen zu vermeiden.¹³⁰⁷ Ebenso soll aber vermieden werden, dass die Parteien sich in der Sicherheit wähnen, nicht aussagen zu müssen, um schließlich im Urteil vom Gegenteil überrascht zu werden. Die Entscheidung, mit der eine Weigerung als berechtigt anerkannt wird, muss die Partei davor schützen, dass ihre Weigerung nicht in die Beweiswürdigung einfließt. Nach verständiger Würdigung muss es für die Partei schon *vor* einer allfälligen Aussage feststehen, ob sie sich auf einen Aussage-

1305 Vgl. *Jelinek*, Der Sachverständige 70.

1306 *Rassi*, ÖJZ 2014, 1052.

1307 Vgl. für Deutschland bereits *Köhler*, Forschungen 79, der eine definitive Entscheidung mit (prozessualen) Zwischenurteil fordert.

verweigerungsgrund stützen darf oder nicht. Die Partei soll daher nicht darüber spekulieren müssen, ob der von ihr vorgebrachte Weigerungsgrund vom Gericht in der Endentscheidung akzeptiert werden wird. Der in diesem Bereich erhobenen Forderung *Schumachers* nach einer beschlussmäßigen Klärung der Weigerungsrechte durch eine Zwischenentscheidung¹³⁰⁸ ist zuzustimmen. Wird die Notwendigkeit einer Klarstellung durch das Gericht vor Urteilsfällung verneint, liegt das von *Schumacher* zu Recht erkannte, schwer zu kalkulierende *Risiko* der die Aussage verweigernden Partei vor. Diese Wertung ergibt sich aus § 324 Abs 1 ZPO, der primär den Fall der Aussageverweigerung eines Zeugen betrifft. Die Erzwingung der Zeugenaussage durch Ordnungsstrafe ist erst in einem weiteren Schritt möglich (vgl § 325 ZPO). Mit § 324 Abs 1 ZPO soll gegenüber dem Zeugen und den Parteien klar gestellt werden, ob das Aussageverweigerungsrecht besteht.¹³⁰⁹ Wenngleich die Parteienvernehmung im Gegensatz zur Zeugenaussage nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann (§ 380 Abs 3 ZPO), ist auch dort eine klarstellende Entscheidung geboten. Gegen die Anwendung des § 324 Abs 1 ZPO spricht nämlich nicht schon der Umstand, dass diese Bestimmung Voraussetzung für die Verhängung von zwangsweisen Beugemitteln nach § 325 ZPO ist. Der in § 324 Abs 1 ZPO angeordnete Beschluss ist nicht im untrennbaren Zusammenhang mit den Zwangsmaßnahmen gegen den Zeugen zu betrachten, sondern soll die Rechtslage gegenüber dem Zeugen klären. Eine derartige Entscheidung kann für die Partei die erforderliche Orientierung schaffen. Nach richtiger Ansicht hat § 324 ZPO im Bereich der Parteienvernehmung einen sinnvollen eigenständigen Anwendungsbe-
reich.¹³¹⁰ Damit ist keine unzulässige Beweisregel verbunden,¹³¹¹ weil es vielmehr

1308 *Schumacher*, ÖBl 1988, 90.

1309 Die Verhängung einer Ordnungsstrafe gegenüber einem Zeugen ist daher davon abhängig, ob er zu Recht oder zu Unrecht die Aussage verweigert. Aus dem Rechtsstaatsprinzip kann abgeleitet werden, dass dem Zeugen bereits vor der Verhängung einer Strafe hinreichend klar sein muss, dass seine Aussagepflicht ungeachtet geltend gemachter Geheimhaltungsinteressen besteht. Damit wird im Bereich des Zeugenbeweises durch § 324 ZPO, der explizit einen selbständigen Beschluss vorsieht, das Postulat einer »Warnung« besonders deutlich. Dieser Beschluss ist strikt von der beschlussmäßigen Verhängung von Zwangsmaßnahmen nach § 325 ZPO zu trennen. Erst wenn der Zeuge die Aussage ungeachtet dieses Beschlusses verweigert, sind mit einem weiteren Beschluss nach § 325 ZPO Zwangsmaßnahmen zu verhängen. In der Praxis ist des Öfteren zu beobachten, dass über einen Zeugen Geldstrafen verhängt werden, ohne dass zuvor die Unrechtmäßigkeit seiner Aussageverweigerung festgestellt wurde, was idR im Instanzenweg behoben wird.

1310 Aufgrund einer Analogie zu §§ 319 Abs 2, 359 Abs 2 und 370 Abs 1 ZPO kann ein derartiger Beschluss ebenfalls nur abgesondert angefochten werden. Es wäre schwer erklärbar, wenn die Weigerung der Parteiaussage im Gegensatz zur Urkundenvorlage, Gewährung des Augenscheins und Mitwirkung beim Sachverständigen umfassender und damit verfahrensverzögernd geprüft werden soll. Die für die Analogie erforderliche Lücke lässt sich schon deshalb leicht argumentieren, weil die Parteiaussage ursprünglich nur als subsidiäres Beweismittel galt. Ihre mit der ZVN 1983 verbundene Aufwertung sollte wohl nicht soweit gehen, die in diesem Zusammenhang möglichen Weigerungsgründe stärker zu schützen als bei anderen Beweismitteln.

1311 *Schumacher*, ÖBl 1988, 90; aA *Oberhammer*, ZZZ 113 (2000) 325 FN 109.

nur darum geht, den Umstand der gesetzlich anerkannten Aussageverweigerung nicht zu verwerten. Auch der Umstand, dass eine Partei nicht ordnungsgemäß geladen wurde oder sie auf die Folgen ihres Fernbleibens nicht aufmerksam gemacht wurde, verhindert eine Beweiswürdigung, ohne dass deshalb von einer Beweisregel die Rede wäre. Der Verweis in § 380 Abs 1 ZPO auf die Bestimmungen des Zeugenbeweises umfasst daher die Norm des § 324 ZPO,¹³¹² zumal dabei an die Wertungen vergleichbarer Normen (§ 303 Abs 3 ZPO, § 359 Abs 2 ZPO, § 369 ZPO) angeknüpft werden kann. Auch § 375 ZPO iVm § 342 ZPO trägt das hier vertretene Ergebnis.

367 Von der Pflicht zur beschlussmäßigen Klarstellung sind Kooperationspflichten *außerhalb des Beweisverfahrens* umfasst. Schließlich legt § 184 Abs 2 ZPO ausdrücklich fest, dass das Gericht über die Zulässigkeit einer Frage zu *entscheiden* hat, wovon die auf Geheimhaltungsinteressen gestützte Unzulässigkeit einer Frage umfasst ist. Gerade aus dieser Formulierung geht hervor, dass nicht jedes Begehren um Aufklärung zulässig sein muss. Auch außerhalb des Beweisverfahrens muss der Partei daher klar sein, ob sie ungeachtet der von ihr geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen zur Kooperation mit dem Gegner verpflichtet ist, was in Kongruenz mit den Bestimmungen im Beweisverfahren steht. Diese durch das Gesetz zum Ausdruck gebrachten Wertungen müssen auch für die Aufklärungspflicht gelten. Ebenso erfordert die Kooperationspflicht nach § 82 ZPO einen Vorlageauftrag.¹³¹³

368 Die aufgezeigten Wertungen gelten in jenen Bereichen, bei denen eine *prozessuale Kooperation* nicht ausdrücklich geregelt ist. Auch bei der Frage, ob eine Partei einen Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht entbinden muss oder nicht, bedarf es einer klarstellenden Entscheidung durch das Gericht. Es wäre hier aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich, wenn die Partei ein Unternehmensgeheimnis bereits in Furcht vor einer drohenden, nachteiligen Beweiswürdigung preisgibt, wenn gleich ihr das Gericht den Geheimnisschutz zugebilligt hätte. Ebenso bedenklich wäre es aber auch, eine Partei, die vertretbar (aber fälschlich) davon ausgeht, sie sei zur Nichtentbindung berechtigt, im Extremfall mit dem Prozessverlust zu bestrafen. Auch hier setzt die konkrete Kooperationshandlung eine Aufforderung des Gerichts voraus, der eine allfällige Prüfung widerstreitender und behaupteter Geheimhaltungsinteressen vorauszugehen hat. Eine solche *Zwischenentscheidung* ist für die Frage der Entbindung schon deshalb nicht ausdrücklich vorgesehen, weil der Gesetzgeber diese Konstellation offensichtlich übersehen hat. Diese planwidrige Lücke kann aber durchaus mit einer Analogie zu jenen – oben aufgezeigten – Bestimmungen geschlossen werden, bei denen das Gericht bei geltend

1312 Spenling in Fasching/Konecny³ 380 ZPO Rz 6.

1313 Vgl § 82 ZPO, in dessen ersten Absatz davon die Rede ist, dass eine Partei auf Antrag verpflichtet ist, eine Urkunde bei Gericht niederzulegen, was einen korrespondierenden Beschluss erfordert. Vgl auch Abs 2 leg cit (»über einen solchen Antrag ergehenden Beschluss«). In diesem Sinn auch Konecny/Schneider in Fasching/Konecny³ § 82 ZPO Rz 3.

gemachten Geheimhaltungsinteressen eine klarstellende Entscheidung treffen muss. Wenn das Gericht der Auffassung ist, die Partei entbinde den Zeugen ohne triftigen Grund nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht bzw von der Pflicht zur Wahrung eines Geheimnisses, wird dies den Parteien gegenüber mit Beschluss klarzustellen sein, damit die Partei durch eine negative Beweiswürdigung nicht überrascht wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die unterlassene Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei nur dann negativ gewürdigt werden kann, wenn die Pflicht zur Kooperation ungeachtet geltend gemachter Geheimhaltungsinteressen vom Gericht beschlussmäßig angeordnet wird. Eine derartige klarstellende Zwischenentscheidung ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, fördert die Aufklärung und Mitwirkung der Parteien und verhindert, dass Geheimnisse nur deshalb in das Verfahren eingeführt werden, weil die nicht beweisbelastete Partei negative Konsequenzen fürchtet, wenngleich ihr das Gericht ohnedies Geheimnisschutz zugebilligt hätte.

369

XIII. Zusammenfassung und Ausblick

Der (verfassungsrechtlich abgesicherte) Prozesszweck der materiellen Wahrheitsforschung, aus dem die prozessuale Kooperation abzuleiten ist, gilt nicht unbeschränkt. Kann der davon betroffenen Partei eine Aufklärung oder Mitwirkung nicht zugemutet werden, sind der Kooperationspflicht Grenzen gesetzt. Ist von einem höherrangigen Gut auszugehen, wird dadurch die Aufklärung und Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei und damit die Förderung der materiellen Wahrheit eingeschränkt. Das setzt eine Interessensabwägung voraus. Die Prozessordnung lässt dabei kein stimmiges Konzept erkennen, sondern nimmt diese Interessensabwägung teilweise selbst vor, zum Teil bleibt es aber dem Rechtsanwender überlassen, ob er von einem höherrangigen Gut auszugehen hat, das die Aufklärung, Mitwirkung und damit die Förderung der materiellen Wahrheit einschränken kann. Im hier zu untersuchenden Komplex der prozessualen Kooperationspflichten rechtfertigen Geheimhaltungsregeln (Aussage- und Verweigerungsrechte) Einschränkungen in der Wahrheitserforschung, wenngleich sogar darin wiederum wahrheitsfördernde Komponenten zu erkennen sind.

370

Der Begriff des Unternehmensgeheimnisses ist gesetzlich nicht klar definiert. Der Rechtsordnung im Allgemeinen und dem Prozessrecht im Besonderen liegt die seit Jahrzehnten anerkannte Definition des Unternehmensgeheimnisses zugrunde, wonach es sich um unternehmensbezogene Tatsachen kommerzieller oder technischer Art handeln muss, die nur einer bestimmten und begrenzten Anzahl von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich und die

371

nach dem Willen des Berechtigten nicht über den Kreis der Eingeweihten hinausdringen sollen, wobei der Unternehmer an der Nichtoffenbarung dieser Tatsachen ein wirtschaftliches Interesse haben muss. Unternehmensgeheimnisse genießen mannigfaltigen grundrechtlichen und unionsrechtlichen Schutz. Deren Wahrung kann die Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei unzumutbar machen bzw deren Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten einschränken.

372 Die ZPO und verfahrensrechtliche Bestimmungen in Sondernormen knüpfen beim Schutz von Unternehmensgeheimnissen an das allgemeine Verständnis vom Unternehmensgeheimnis an. Der verfahrensrechtliche (ausdrückliche) Schutz von Unternehmensgeheimnissen ist äußerst *lückenhaft*. Der Schutz von Geheimnissen umfasst nicht die Bestimmungen über das Vorbringen oder die Frage, inwieweit von einem Unternehmensgeheimnis geschützte Informationen in das Verfahren einfließen können, ohne dass das Geheimnis (umfassend) offenbart werden muss. Aus den Bestimmungen über Unternehmensgeheimnisse darf aber nicht abgeleitet werden, dass diese nur im ausdrücklich geregelten Bereich geschützt sind.

373 Der ausdrückliche Schutz beschränkt sich im Wesentlichen auf das Beweisverfahren. Beim Umfang der prozessualen Kooperationspflichten ist tunlichst nach Kongruenz der verschiedenen Formen zu trachten, was freilich nicht bedeutet, dass die Grenzen der Kooperation sich immer in ein einziges System pressen lassen. Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen kann somit entweder durch das standardisierte System der §§ 303 ff ZPO oder durch den offenen Weigerungsgrund des genügenden Grundes im Sinne des § 380 ZPO verwirklicht werden.

374 In Teilbereichen des Beweisverfahrens, nämlich beim Urkundenbeweis, nimmt das Gesetz ausdrücklich auf Unternehmensgeheimnisse Bezug und nimmt dabei die Interessensabwägung bereits vor, wobei – von der unbedingten Urkundenvorlagepflicht abgesehen – dem Unternehmensgeheimnis tendenziell Vorrang gegen das oft widerstreitende Recht auf effektiven Rechtsschutz eingeräumt wird. Dieses System gilt im Bereich des Augenscheins und der Auskunftssachen. Auch bei der Parteienvernehmung kann ein Unternehmensgeheimnis ein genügender Grund für eine Partei sein, die Beantwortung von Fragen sanktionslos zu verweigern, wobei das Gesetz keine Fälle vorgibt, bei denen die Partei in jedem Fall aussagen müsste, weshalb hier dem Entscheidungsorgan ein größerer Spielraum eingeräumt wird als bei den sachlichen Beweismitteln. Die Regelungslücke beim Sachverständigenbeweis ist unter Bezugnahme auf die Regeln beim Urkundenbeweis oder bei der Parteienvernehmung zu schließen, je nachdem ob die Partei zu einer Vorlage oder Einsicht verpflichtet ist, eine Untersuchung gewähren muss oder eine Aussage bzw Auskunft tätigen muss. Auch zur Entbindung eines Zeugen (zB von der Verpflichtung zur Wahrung eines Unternehmensgeheimnisses) ist die Partei verpflichtet, wenn sie keinen triftigen Grund anführen kann, der ihr die Entbindung unzumutbar macht; hier kommt das bei der Parteienvernehmung entwickelte System ebenso zu Anwendung.

Auch die prozessuale Aufklärungspflicht außerhalb des Beweisverfahrens, die die nicht beweisbelastete Partei verpflichtet, Fragen ihres Gegners über streitgegenstandsrelevante Tatsachen oder Beweismittel zu beantworten, wird bei einem genügenden Grund im Sinne des § 380 ZPO eingeschränkt, wobei darunter der Schutz eines Unternehmensgeheimnisses fallen kann.

375

Verletzungen einer Kooperationspflicht können negativ gewürdigt werden. Das setzt aber voraus, dass die Pflicht zur Kooperation ungeachtet geltend gemachter Geheimhaltungsinteressen vom Gericht beschlussmäßig angeordnet wird. Eine derartige klarstellende Zwischenentscheidung außerhalb und innerhalb des Beweisverfahrens ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, fördert die Aufklärung und Mitwirkung der Parteien und verhindert, dass Geheimnisse nur deshalb in das Verfahren eingeführt werden, weil die nicht beweisbelastete Partei negative Konsequenzen fürchtet, wenngleich ihr das Gericht ohnedies Geheimnisschutz zugebilligt hätte.

376

Das referierte geltende System ist von der grundlegenden Annahme geprägt, dass Unternehmensgeheimnisse *entweder* geschützt bleiben *oder* zugunsten der Wahrheitsfindung im Verfahren verwertet werden. Diese »*Entweder-oder*«-Situation ist schon im Hinblick auf mögliche Grundrechtskollisionen problematisch. Es berührt den Anspruch der beweisbelasteten Partei auf effektiven Rechtsschutz, wenn sie ihre materiellrechtlichen Ansprüche wegen einer Beweisnot nicht durchsetzen und sich wegen des zu schützenden Unternehmensgeheimnisses nicht auf die prozessuale Kooperationspflicht des Prozessgegners berufen kann, der diese Beweisnot beheben könnte. Andererseits wäre es ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die verfassungsrechtlich abgesicherte Geheimhaltungssphäre der nicht beweisbelasteten Partei, wenn diese gehalten wäre, voraussetzungslos und ohne Prüfung der Zumutbarkeit an der Aufklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts zugunsten des Beweisführers mitzuwirken.

377

Aus grundrechtlicher Sicht ist bei der Abwägung von Normen, die gleichberechtigte Verwirklichung beanspruchen, aber die Herstellung einer »*praktischen Konkordanz*« zwischen den kollidierenden Rechtsgütern durch Abwägung anzustreben. Um diesen Anspruch einer harmonischen Lösung umzusetzen, bietet sich eine *geschützte Verwertung* von Unternehmensgeheimnissen an. Damit ist gemeint, dass die vom Unternehmensgeheimnis betroffenen Tatsachen zwar im Verfahren verwertet werden, gleichzeitig aber gegenüber Dritten, aber auch gegenüber dem Beweisführer weitgehend geschützt bleiben, um die Zumutbarkeit für die nicht beweisbelastete Partei möglichst zu erhöhen. Dass verfahrensrelevante Umstände gegenüber einer Partei geschützt werden können, scheint fundamentalen verfahrensrechtlichen Garantien (rechtliches Gehör, Waffengleichheit und Parteiöffentlichkeit) zuwiderzulaufen. *Prima vista* lässt sich aus dem bisher geschilderten System von Kooperation und Geheimnisschutz wenig für eine geschützte Verwertung von vertraulichen Informationen ableiten. Es sollen zunächst – abseits der ZPO –

378

die Vorgaben des Art 6 EMRK und des Unionsrechts analysiert werden, und im Anschluss die heimische Prozessordnung dahin geprüft werden, inwieweit eine geschützte Verwertung entscheidungsrelevanter Umstände nach geltendem Recht möglich oder eine solche *de lege ferenda* zu postulieren ist.

□

§ 3 Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen? Vorgaben der EMRK und des Unionsrechts

I. Schrankenloser Anspruch auf Gehör verdrängt Rechts- und Geheimnisschutz?

Es wurde aufgezeigt, dass das Prozessrecht zwar auf Unternehmensgeheimnisse Rücksicht nimmt, dabei aber strukturell von einer »Entweder-oder«-Lösung geprägt ist, die wenig Raum lässt, auf die im vierten Kapitel des zweiten Teils skizzierten grundrechtlichen Konfliktsituationen umfassend Rücksicht zu nehmen. Ginge man nun von der Überlegung aus, dass die von Unternehmensgeheimnissen betroffenen Tatsachen unter Berücksichtigung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz, aus dem eine umfassende Klärung des Sachverhalts folgt, zwar im Verfahren verwertet, gleichzeitig aber vor der Gegenpartei geschützt werden müssen, stünde dies im Spannungsfeld mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Die etwa den Ideen eines *in camera*-Verfahrens zugrundeliegende »geschützte Verwertung« von Unternehmensgeheimnissen scheint damit diesem Grundrecht entgegenzulaufen.

379

Bei Berücksichtigung der wohl in Österreich vorherrschenden Ansicht, dass das rechtliche Gehör nicht nur dann verletzt wird, wenn einer Partei die Möglichkeit genommen wurde, sich am Verfahren überhaupt zu beteiligen, sondern bereits dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten,¹³¹⁴ wird diese Problematik deutlich. Der beschriebene Inhalt des Gehörsanspruchs entspricht grundsätzlich dem europarechtlichen Verständnis und der Judikatur des EGMR von einem fairen Verfahren.¹³¹⁵ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die

380

¹³¹⁴ Vgl dazu etwa die Judikatur: RIS-Justiz RS0005915, RS0074920, RS0119970, vgl auch RS0006036.
¹³¹⁵ ZB EGMR 28.8.1991, 13468/87, *Brandstetter/Österreich*; EGMR 16.12.1992, 13071/87, *Edwards/Großbritannien*, Rn 36; EGMR 17.2.2009, 34030/07, *Jalowiecki/Polen*, Rn 38. Entsprechendes wird auch für Deutschland vertreten. ZB BVerfGE 6, 12 (14) = NJW 1957, 17; BVerfGE 7, 275 (278) = NJW 1958, 665; BVerfGE 19, 148 = BeckRS 1965, 104407; BVerfGE 55, 95 (99) = BeckRS 1980, 01049; BVerfGE 57, 250 (274) = NJW 1981, 1719; BVerfGE 89, 28 = NJW 1993, 2229; BVerfG NJW 1995, 40 f (kein faires Verfahren mangels Möglichkeit, die Grundlagen des Befunds des Sachverständigen zu überprüfen).

Gehörberechtigten in erster Linie im Hinblick auf ihre Betroffenheit vom Verfahrensergebnis zu einer Mitwirkung berufen sind.¹³¹⁶

Damit zeigen sich auch Parallelen zum materiellen Recht.¹³¹⁷ Dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs entspricht im materiellen Recht die Privatautonomie. Beides sind quasi zwei Seiten derselben Medaille. Während der Grundsatz der Privatautonomie den Einzelnen aufgrund eines freien Willensentschlusses zivilrechtlich bindet, ermöglicht erst die Gewährung rechtlichen Gehörs die Bindung an das Ergebnis eines Prozesses.¹³¹⁸ Erst ein mit allen Verfahrensgarantien ausgestatteter fairer Prozess legitimiert den Eintritt der Urteilswirkungen gegenüber den am Verfahren beteiligten Personen: *Weil* im Verfahren rechtliches Gehör gewährt wurde, bindet ein Urteil und kann zwangsweise vollstreckt werden.¹³¹⁹ Erst ein faires Verfahren unter Wahrung des rechtlichen Gehörs kann daher überhaupt Urteilswirkungen rechtfertigen. Kein anderer Verfahrensgrundsatz bzw keine andere Verfahrensgarantie ist derartig stark abgesichert wie das rechtliche Gehör. Es gibt damit – im Sinne der Lehren von *Kralik*¹³²⁰ – die subjektiven Grenzen der Rechtskraft vor.

381 Man kann mit gutem Grund davon sprechen, dass das Recht auf Gehör *prozessuale Grundnorm* ist, aus der sich der Großteil der übrigen Verfahrensbestimmungen ableiten lässt. Die fundamentale Bedeutung des Gehörsanspruchs wird auch dadurch deutlich, dass die ZPO bei Verstößen gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs für die Nichtigkeitsklage keine absolute Klagsfrist festlegt (§ 534 Abs 3 ZPO). Damit ist keine andere Verfahrensgarantie derart abgesichert wie das Recht auf Gehör; ein Gehörverstoß zählt somit zu den gravierendsten Verfahrensmängeln.¹³²¹ Schon im Hinblick auf seine die Bindung an das Prozessergebnis legitimierende Funktion ist es schwer möglich, diesen Grundsatz zugunsten anderer Prinzipien zu opfern.

382 Daran knüpfen Vertreter der Lehre¹³²² und Teile der Rechtsprechung¹³²³ an, die – auch im Zusammenhang mit verfassungsrechtlich geschützten Geheimhal-

¹³¹⁶ Vgl zB *Zeuner* in FS-Nipperdey 1015 ff mwN.

¹³¹⁷ *Zeuner* in FS-Nipperdey 1039 mwN.

¹³¹⁸ *Kralik*, Vorfrage 124 ff; *Kralik*, Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit 321; *Rechberger/Oberhammer*, ZZP 106 (1993) 359 f und 368.

¹³¹⁹ *Rechberger/Oberhammer*, ZZP 106 (1993) 359 f.

¹³²⁰ *Kralik*, Vorfrage 124 ff.

¹³²¹ *Rechberger/Simotta* ZPR⁹ Rz 1151.

¹³²² Für Deutschland: *Baumgärtel* in FS-Habscheid 6 ff (mit dem Argument, dass eine gesetzliche Regelung fehle); *Kürschner*, NJW 1992, 1804 f; *Lachmann*, NJW 1987, 2208 ff; *Prütting*, ZZP 106 (1993) 461; *Prütting/Weth*, DB 1989, 2273 ff; *Prütting/Weth*, AuR 1990, 269 ff; *Prütting/Weth*, NJW 1993, 576 f; *Zeuner* in FS-Kollhoser 818 ff.

Für Österreich: *Garber*, ÖJZ 2012, 649 f; *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 298 ZPO Rz 7; *Schöberl*, ÖJZ 2005, 291; *Schumacher*, ÖBl 1988, 91; *Schumacher*, ZZP 123 (2010) 292.

¹³²³ BGHZ 116, 47, 58 (= NJW 1992, 1817 – Amtsanzeiger), wonach ein Gutachter die wesentlichen tatsächlichen Grundlagen seines Gutachtens offenlegen müsse und ein Gutachten nicht zu verwenden sei, wenn der Sachverständige (wenngleich mit Billigung des Gerichts) in für das Verfahren relevante Geschäftsunterlagen einer Partei Einsicht nimmt und der anderen Partei die Überprüfung der Befundgrundlagen nicht möglich ist (insoweit zustimmend *Bornkamm*, FS-Ullmann 905,

tungsinteressen – davon ausgehen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit dem relevanten Prozessstoff *vorbehaltlos* zu gewährleisten sei. Es sei daher schlechthin oder mangels gesetzlicher Regelung unzulässig, das Recht der Parteien einzuschränken, sich zur Tatsachengrundlage der Entscheidung zu äußern. So spricht sich etwa *Baumgärtel* ausdrücklich dagegen aus, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs einer von ihm in diesem Zusammenhang als »zweifelhaft« qualifizierten Wahrheitsfindung zu opfern.¹³²⁴ Diese Ansicht ist der Nährboden für die strikte Ablehnung der Überlegung, vertrauliche Informationen durch eine Zurückdrängung der Beteiligtenrechte zu schützen.

Bedeutet das nun, dass andere verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, insb der *Justizgewährungsanspruch* bzw der *Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung* (vgl dazu Rz 427 ff) auf dem »Altar des rechtlichen Gehörs« zu opfern sind? Muss der ebenfalls unter Verfassungsschutz stehende Anspruch auf Wahrung eines Unternehmensgeheimnisses (vgl Rz 234 ff) damit einem *schrankselosen* Anspruch auf Gehör untergeordnet werden? Hat die Rechtsdurchsetzung des Beweisführers nur deshalb zurückzutreten, weil Geschäftsgeheimnisse der Gegenseite nicht offenbart werden können?

Ungeachtet der zentralen Bedeutung des Gehörsanspruchs bestehen Bedenken – insb bei Analyse der Judikatur des EGMR bzw des EuGH – gegen die Qualifikation des rechtlichen Gehörs als *alles dominierendes Verfahrensgrundrecht* aus grundrechtlicher Sicht. Mit dieser Bewertung würde man dem Recht auf Gehör nämlich den Status eines *alles* überstrahlenden *absoluten Grundrechts* zusprechen, was zwangsläufig mit einer starken Relativierung *anderer Grundrechtspositionen* verbunden wäre. Eine derartige Überbetonung, die das rechtliche Gehör quasi als *unabdingbare Grundnorm* des Verfahrens krönt und ihm eine besondere Wirkung auch gegenüber anderen grundrechtlich geschützten Rechten zuerkennt, scheint freilich überholt.¹³²⁵ Zutreffend hat deshalb *Schneider* in der jüngeren Zeit herausgestrichen, es mute erstaunlich an, dass das rechtliche Gehör meist als »unantastbar« gelte und von vornherein über alle anderen Grundrecht gestellt werde.¹³²⁶

Alle genannten grundrechtlich geschützten Positionen (Recht auf Gehör, Justizgewährung/effektiver Rechtsschutz und Geheimhaltungsinteressen) sind keine

der sonst [aaO 907] davon ausgeht, dass es sich um »die frühere Rechtsprechung« handelt). In diesem Sinn auch 9 ObA 7/04a, wonach keine gesetzliche Grundlage dafür bestehe, dass Beweiskunden nur dem Sachverständigen zugänglich gemacht werden und sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert. Vgl allerdings auch die Entscheidung 4 Ob 346/69 ÖBl 1970, 77, in der die Vorgangsweise des Gerichts, das in die von einer Partei vorgelegten Urkunden Einsicht nahm, der Gegenpartei aber diese Einsicht verweigerte, im Ergebnis nicht als Verfahrensmangel qualifiziert wurde. Siehe freilich nun § 26h UWG (dazu Rz 905 ff).

1324 *Baumgärtel* in FS-Habscheid 8.

1325 *Wagner*, ZJP 108 (1995) 213; *Schneider*, Geheimnisschutz 176 ff; *Schneider*, ÖJZ 2013, 153; *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 50/1.

1326 *Schneider*, ÖJZ 2013, 153.

abwägungsfesten absoluten Garantien. Der verfassungsrechtliche Schutz von Unternehmensgeheimnissen schließt – wie bei den meisten Grundrechten¹³²⁷ – einen Eingriff in den geschützten Bereich nicht aus. Derartige Eingriffe bedürfen aber einer Rechtfertigung, wobei der Eingriff dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* entsprechen muss, also zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, *notwendig* und *angemessen* sein muss.¹³²⁸ Berufen sich Parteien auf gegenläufige Grundrechte, so sind diese gegeneinander abzuwägen.¹³²⁹ Aus grundrechtlicher Sicht ist bei der Abwägung von Normen, die gleichberechtigte Verwirklichung beanspruchen, die Herstellung einer *praktischen Konkordanz* zwischen den kollidierenden Rechtsgütern durch Abwägung anzustreben.¹³³⁰ Dieser Begriff entstammt der deutschen Verfassungslehre. Durch eine einzelfallorientierte Abwägung von Normen, die gleichberechtigte Verwirklichung beanspruchen, soll diese *praktische Konkordanz* hergestellt werden. Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung dabei so einander zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Den betroffenen Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.¹³³¹

386 Der VfGH verwendet ebenfalls diesen Terminus. So wurde in der Entscheidung B 20/89 festgehalten, dass polizeiliche Maßnahmen zum Schutz der Versammlungsfreiheit in praktischer Konkordanz mit jenen Grundrechten (etwa der Meinungsäußerungsfreiheit oder dem Eigentumsrecht) stehen müssen, in die durch

1327 Im Bereich der Grundrechte ist das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung gemäß Art 3 EMRK und Art 4 GRC absolut geschützt. Vgl EGMR 21. 11. 2001, 35763/97, *Al Adsani/Großbritannien*, Rn 60; EGMR 1. 6. 2010, 22978/05, *Gäfgen/Deutschland*, Rn 107. Entsprechendes gilt für das Verbot der Sklaverei (Art 4 EMRK) oder der Todesstrafe (Art 85 B-VG; Art 1 des 13. ZPMRK). Davon zu unterscheiden ist der unantastbare Kernbereich bestimmter Grundrechte. So bleiben im Bereich des Art 6 EMRK (nur) die Kerngehalte eines fairen Verfahrens und des Anspruchs auf Zugang zu einem unabhängigen Gericht (nicht aber das Recht auf Gehör!) absolut geschützt. Vgl EGMR 15. 9. 2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RS0127445; *Breitenmoser/Weyeneth* in *Groeben/Schwarze/Hatje* Art 67 AEUV Rz 58 unter Hinweis auf Rechtsprechung des EuGH.

1328 *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 31 ff; allgemein zB *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 5 ff.

1329 Für die EMRK: EGMR 7. 2. 2012, 40660/08, *Von Hannover/Deutschland*; EGMR 17. 1. 2012, 33497/07, *Krone ua/Österreich*.

Für den Bereich der GRC: EuGH 13. 5. 2014, C-131/12, *Google/AEPD* ua, Rn 74 [»erfordert also eine Abwägung der jeweiligen einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen«]; EuGH 22. 1. 2013, C-283/11, *Sky Österreich/ÖRF*, Rn 60; EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner*, Rn 48 ff; EuGH 11. 9. 2014, C-112/13, *Aliyev*, Rn 58.

1330 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 BVerfGE 115, 205 (234) – Deutsche Telekom; *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 33; *Götz*, Schutz 27 f.

Allgemein *Lienbacher*, Abwägungsentscheidungen 88. Für das Unionsrecht zB: EuGH 15. 9. 2016 C-484/14, *Mc Fadden/Sony*, Rn 83 [»Wenn jedoch mehrere unionsrechtlich geschützte Grundrechte einander widerstreiten, obliegt es den zuständigen innerstaatlichen Behörden oder Gerichten, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen diesen Rechten sicherzustellen«].

1331 Vgl *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts²⁰ Rz 72 und 317 ff; *Schroeder*, Abwägungsentscheidungen 77.

die Maßnahmen eingegriffen wird; die Maßnahmen müssen so beschaffen sein, dass sie den geringstmöglichen Eingriff in andere Grundrechte bewirken.

Auch außerhalb der hier zu behandelnden Problematik ist gerade das Spannungsfeld Geheimhaltungsinteresse/Informationsinteresse ein Paradebeispiel für Abwägungsentscheidungen im Bereich des Verfassungsrechts, wenn etwa Art 20 Abs 3 B-VG zu prüfen ist, dessen Novellierung geplant ist.¹³³² Die dort normierte Obliegenheit zur Amtsverschwiegenheit impliziert nämlich eine Abwägungsentscheidung dieser Geheimhaltungsinteressen mit der Veröffentlichung von aus amtlicher Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen.¹³³³

Abzulehnen ist daher eine Lösung, die von vornherein einem der widerstreitenden Interessen einen absoluten Schutz zubilligt, womit gleichzeitig eine ausgleichende Lösung im Sinne der anzustrebenden Konkordanz blockiert wird. Es muss demnach darauf geachtet werden, dass *neben* dem rechtlichen Gehör *gleichzeitig* berechnete Geheimhaltungsinteressen *und* der Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung (Justizgewährung) ausreichend berücksichtigt werden können. Im Zentrum des modernen Grundrechtsdiskurses steht somit die Frage, wie das durch widerstreitende (grundrechtlich abgesicherte!) Positionen gebildete *Spannungsfeld* zwischen Geheimnisschutz, effektivem Rechtsschutz und rechtlichem Gehör harmonisch *aufgelöst* werden kann. Schon aus grundrechtlicher Sicht sind »*Alles oder Nichts*«-Lösungen tunlichst zu vermeiden, zumal keiner der betroffenen Interessenssphären *absoluter* Vorrang einzuräumen ist. Die europarechtliche Analyse wird zeigen, dass das rechtliche Gehör in diesem Zusammenhang nicht als absolutes Gebot zu verstehen ist, wonach den Verfahrensbeteiligten *jeglicher* Verfahrensinhalt *unbeschränkt* zur Kenntnis gebracht werden muss und ihnen *kein* Beweis vorenthalten werden darf. Auch der Anspruch auf rechtliches Gehör genießt daher keinen absoluten Schutz, im Bereich des Art 6 EMRK bleiben (nur) die Kerngehalte eines fairen Verfahrens und des Anspruchs auf Zugang zu einem unabhängigen Gericht absolut geschützt.¹³³⁴ Hier ist beim Geheimnisschutz anzusetzen. Anzustreben ist daher eine Lösung, die *sowohl* das Informationsinteresse *als auch* das Geheimhaltungsinteresse¹³³⁵ am Schutz des Unternehmensgeheimnisses berücksichtigt¹³³⁶ und dabei den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz *und* den Schutz des rechtlichen Gehörs bestmöglich wahrt.

387

1332 Vgl Ministerialentwurf des BKA 19/ME 25.

1333 Lienbacher, Abwägungsentscheidungen 87.

1334 Vgl EGMR 15.9.2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RSo127445; *Breitenmoser/Weyeneth in Groeben/Schwarze/Hatje* Art 67 AEUV Rz 58 unter Hinweis auf Rechtsprechung des EuGH.

1335 Ahrens, JZ 1996, 740 [Entscheidungsanm] verwarft sich allerdings gegen eine »*um sich greifende Geheimhaltungshysterie, die in keiner Weise einen Zivilprozess rechtfertigt, dessen relevanter Tatsachenstoff geheim bleibt*«.

1336 Schlosser in FS-Großfeld 1005; *Schneider*, Geheimnisschutz 177.

Interessanterweise ist im Geheimnisrecht die hier vertretene Gleichrangigkeit widerstreitender Grundrechtsinteressen *abseits* des rechtlichen Gehörs durchaus anerkannt. So wird etwa den Geheimhaltungsinteressen gegenüber dem Recht auf effektive Rechtsverfolgung bzw Rechtsverteidigung schon nach herrschender Rechtsprechung kein Primat eingeräumt. Zu denken ist etwa an die eigene Rechtsverfolgung einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Person.¹³³⁷ Ebenso wie bei einem Rechtsanwalt, der *in eigener Sache* die ihm in Ausübung seines Berufs anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse vorbringen darf, um etwa seine Forderung gegen den Mandanten durchzusetzen oder sich in einem Strafverfahren zu verteidigen oder behauptete Schadenersatzansprüche abzuwehren, treffen die erwähnten Ausnahmen der Verschwiegenheitspflichten auch auf Ärzte zu. Ein Arzt darf unter dem Aspekt des Art 6 EMRK zB einem Behandlungsfehlervorwurf nicht schutzlos ausgeliefert sein.

388 Sowohl die Judikatur des EGMR als auch des EuGH zeigen bei der hier zu prüfenden Kollision mehrerer Grundrechte Wege auf, die mögliche Lösungen im nationalen Verfahrensrecht nahelegen. Wesentlich stärker als die Rechtsprechung und innerstaatliche Rechtslage in Österreich ist die *europarechtliche Sicht* nämlich vom Gedanken der vom Gericht vorzunehmenden *Interessensabwägung* beeinflusst, der eine *Gleichrangigkeit* der betroffenen Grundrechte zugrunde liegt.¹³³⁸ Damit lässt sich eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs einer Partei wegen Geheimhaltungsinteressen¹³³⁹ und/oder des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz (Justizgewährung) der Gegenpartei ebenso leichter begründen wie die Absage eines *absoluten* Geheimhaltungsschutzes einer Partei zulasten des rechtlichen Gehörs und/oder des Justizgewährungsanspruchs des Gegners.

389 Die Argumentation jener Vertreter im Schrifttum, die einer Einschränkung des rechtlichen Gehörs wegen zu schützender Geheimnisse der nicht beweisbelasteten Partei aufgeschlossen gegenüberstehen,¹³⁴⁰ ist auch insoweit schlüssig, als aus der Sicht der beweisbelasteten Partei mit dem *kleineren Übel* argumentiert wird:

1337 10 Ob 91/00f; 5 Ob 67/10d; 7 Ob 50/12x; 4 Ob 138/16x; vgl auch OBDK 9 Bkd 2/10.

1338 ZB bei einem Spannungsfeld zwischen dem Geheimnisschutz und dem (geistigen) Eigentumsrecht bzw der effektiven Rechtsdurchsetzung: EuGH 29. 1. 2008, C-275/06, *Promusicae/Telefónica*, Rn 65 ff; EuGH 19. 2. 2009, C-557/07, *LSG-Gesellschaft/Tele2*, Rn 28; EuGH 19. 4. 2012, C-461/10, *Bonnier Audio ua/ePhone*, Rn 60.

1339 In diesem Zusammenhang ist etwa auf die Bestimmungen des Schweizer Gesetzes über den Bundeszivilprozess 1947 zu verweisen, wonach Parteien *nur grundsätzlich* berechtigt waren, der Beweiserhebung beizuwohnen und in die vorgelegten Urkunden Einsicht zu nehmen. Wo es zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen einer Partei oder eines Dritten nötig war, hatte der Richter von einem Beweismittel unter Ausschluss der Gegenpartei oder der Parteien Kenntnis zu nehmen (Art 38 Satz 2 und Art 56 Satz 3 chZPO aF). Nach der neuen (umfassenden) ZPO der Schweiz aus dem Jahr 2008 hat das Gericht nach Art 156 die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn die Beweisabnahme die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter, wie insb deren Geschäftsgeheimnisse, gefährdet.

1340 ZB *Leppin*, GRUR 1984, 697 f; *Schlosser* in FS-Großfeld 997; *Spindler/Weber*, MMR 2006, 713; *Stürner*, JZ 1985, 459; *Schneider*, Geheimnisschutz 176 ff; *Schneider*, ÖJZ 2013, 153.

Wenngleich Einschränkungen des rechtlichen Gehörs zwar als problematisch angesehen werden, seien diese im Hinblick auf den drohenden Verlust der effektiven Rechtsdurchsetzung des Beweisführers aber in Kauf zu nehmen.¹³⁴¹ Die beweisbelastete Partei werde eben erst durch die Beschränkung ihres Gehörs *überhaupt* in die Lage versetzt, ihre Ansprüche effektiv durchzusetzen. Dem verfassungsgesetzlich geschützten Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird die ebenfalls verfassungsgesetzlich normierte Pflicht des Staates, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten (»Justizgewährungsanspruch«) entgegeng gehalten.

Weiters darf nicht übersehen werden, dass die nicht beweisbelastete Partei als Geheimnisträgerin in vielen Fällen faktisch gezwungen wäre, ihr Geheimnis preiszugeben, will sie den Prozessverlust vermeiden, der ihr in letzter Konsequenz drohen könnte, wenn die verweigerte Kooperation in der richterlichen Beweiswürdigung negativen Niederschlag findet. Der nicht beweisbelasteten Partei würde bei berechtigten Geheimhaltungsinteressen Unrecht getan, wenn ihr unterstellt wird, sie verweigere die Kooperation nur deshalb, weil sie auf ein *non liquet* spekuliert, damit der beweisbelastete Gegner *deshalb* im Verfahren unterliegt. Gerade bei Unternehmensgeheimnissen ist in der Praxis oft nicht auszuschließen, dass eine Partei die sonst gebotene Mitwirkung oder Aufklärung wegen eines triftigen Grundes verweigert, der *nicht* in einem direkten Zusammenhang mit dem Verfahren liegt. Erhöht man im Verfahren durch bestimmte Geheimnisschutzmaßnahmen die Zumutbarkeit für die Kooperation, könnte diese »Kraftprobe« vermieden werden, die in vielen Fällen nur darauf hinausläuft, die vertraulichen Umstände *entweder* offenzulegen und sie im Prozess damit verwertbar und – im Hinblick auf den Schutz des rechtlichen Gehörs – auch für den Gegner sichtbar zu machen *oder* das Geheimnis absolut zu schützen und damit zu verhindern, dass es in das Verfahren einfließt. Es wird klar, dass diese »*Entweder-oder*«-Situation durch die Überordnung bzw. Überbetonung des Rechts auf Gehör im Verhältnis zum Geheimnisschutz bzw. zum Recht auf effektiven Rechtsschutz hervorgerufen wird.¹³⁴² Derartige widerspricht freilich den europa- und unionsrechtlichen Normen sowie der Judikatur des EGMR und der unionsrechtlichen Rechtsprechung, woraus vielmehr abzuleiten ist, dass keinem der vom Spannungsfeld betroffenen Grundrechte ein absoluter Vorrang zukommt.¹³⁴³ Nur die Beachtung des vorhandenen Rechtsgüter-

390

¹³⁴¹ Vgl. Schlosser in FS-Großfeld 1005; Spindler/Weber, MMR 2006, 713; Stürner, JZ 1985, 459.

¹³⁴² Noch deutlicher wird diese Folge bei der hier nicht näher untersuchten Konstellation, wenn es darum geht, dass nur der Beweisführer Kenntnis vom Unternehmensgeheimnis hat und vor dem Dilemma steht, ob er im Hinblick auf den angestrebten Prozesssieg die vertraulichen Umstände zum Verfahrensstoff macht *oder* das Geheimnis wahrt und damit den Prozessverlust in Kauf nimmt. Auch hier wäre der Partei durch eine Zurückdrängung der Beteiligtenrechte des Gegners geholfen.

¹³⁴³ Das ist etwa im Zusammenhang mit der Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsnachfolger anerkannt; vgl. Klicka (in Fasching/Konecny³ § 411 ZPO Rz 106) mit dem zutreffenden Hinweis, dass

konflikts öffnet den Weg für eine ausgleichende Lösung,¹³⁴⁴ was im Folgenden gezeigt werden soll.

II. EGMR

A. Einleitung

391 Der aus Art 8 EMRK abzuleitende Schutz von Unternehmensgeheimnissen (vgl Rz 237) hat zur Folge, dass eine Interessensabwägung zwischen der Gewährung von Geheimnisschutz, dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und dem Recht auf rechtliches Gehör (*»in jedem kontradiktorischen Verfahren unabhängig von der verfahrensrechtlichen Stellung«*¹³⁴⁵) vorzunehmen ist. Das legt bereits der Wortlaut des Art 8 Abs 2 EMRK nahe, wonach »zum Schutz der Rechte anderer« ein Eingriff in das Recht auf Privatleben nach Art 8 Abs 1 EMRK möglich ist. Um die Rechtmäßigkeit eines derartigen Eingriffs (und damit eine allfällige Verletzung von Art 8 EMRK) zu prüfen, müssen diese Rechte dem Recht auf Privatleben im Rahmen einer Interessensabwägung gegenübergestellt und bewertet werden.¹³⁴⁶ Kann nun der Geheimnisschutz eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs rechtfertigen, um *damit* die Verwertung von vertraulichen Informationen auch im Sinne des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz zu erleichtern?

392 Zweifelsohne gilt das Gebot einer Interessensabwägung auch für den Anspruch auf rechtliches Gehör, der unter »Rechte anderer« iSd Art 8 EMRK zu subsumieren ist. Eine Interessensabwägung wäre nur dann nicht vorzunehmen, wenn einem Grundrecht jedenfalls Vorrang einzuräumen ist. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist ein solcher Vorrang im Sinne eines *absoluten Schutzes*, der jegliche Abwägung entbehrlich macht, für den Anspruch auf Gehör *abzulehnen*, weil aus Art 6 EMRK eben kein kategorisches Gebot auf unbeschränkten Zugang der Parteien zu allen Verfahrensergebnissen folgt, selbst dann nicht, wenn diese Ergebnisse vom

der Anspruch auf Gehör sich insoweit relativieren muss, als diesem Grundrecht ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz des Gläubigers in Art 6 EMRK gegenübersteht.

1344 Vgl zB *G. Wagner*, ZJP 108 (1995) 212 f, der eine Maximierung *eines* Interesses (Recht auf Gehör) auf Kosten aller anderen Interessen ablehnt und damit argumentiert, dass der »*dienende*« Charakter der Justizgrundrechte im Zivilprozess im Gegenteil für ein stärkeres Gewicht des durch die Grundrechte iVm dem Rechtsstaatsprinzip gewährleisteten Anspruchs auf subjektiven Rechtsschutz spricht.

1345 *Frauenberger-Pfeiler*, RPA 2008, 103 [Entscheidungsanm].

1346 Vgl etwa 3 Ob 2/12h (Genetische Informationen, die durch erkennungsdienstliche Maßnahmen ermittelt wurden, dürfen nicht zur Verwertung in einem Abstammungsverfahren ausgefolgt werden). Zur Abwägung im Bereich des Art 8 EMRK auch *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*⁴ Art 8 EMRK Rz 22.

Gericht geprüft und der Entscheidung zugrunde gelegt werden.¹³⁴⁷ Der EGMR stellt vielmehr primär darauf ab, ob die Verteidigungsrechte einer Partei grundsätzlich bzw insgesamt (*›taken as a whole‹*) gewahrt bleiben,¹³⁴⁸ wobei einem Recht auf unbeschränkten Zugang zu allen relevanten Beweisen eine Absage erteilt wird (*›right to full disclosure is not absolute [...] the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right‹*).¹³⁴⁹

B. Rechtsprechung in Strafsachen beschränkt Anspruch auf Gehör

Die (zunächst) das Strafverfahren betreffende Judikatur des EGMR, nach der Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit auch für relevante Umstände möglich sind, hat sich etwa bei der Prüfung der Zulässigkeit von anonymen Zeugen,¹³⁵⁰ bei der Verwertung von Zeugenaussagen, die ohne Beteiligung des Beschuldigten (vertreters) aufgenommen wurden,¹³⁵¹ der Berücksichtigung von Urkunden (belastendes Material), in die der Beschuldigte keine Einsicht nehmen konnte¹³⁵² oder bei Stellungnahmen an das Gericht durch einen Verfahrensbeteiligten, die der anderen Partei nicht übermittelt wurde,¹³⁵³ entwickelt. Betont wird dabei, dass sich die Verwertung der Beweise vorrangig nach innerstaatlichem Recht richtet und nur zu überprüfen ist, ob das Verfahren *in seiner Gesamtheit* in billiger Weise durchgeführt worden ist.¹³⁵⁴ Demnach ist etwa die Verwendung anonymer Aussagen nicht unter allen Umständen mit der Konvention unvereinbar, weil auch Zeugen und deren Familien Anspruch auf Schutz durch die Konvention hätten und im Übrigen das Interesse der Behörden, künftige Einsätze der Gewährspersonen nicht zunichte zu machen, als legitim anerkannt werden müsste.¹³⁵⁵ Es versteht sich von selbst, dass sich die Gerichte ausreichend um die Aufklärung und substantiierte Darlegung

393

1347 EGMR 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Großbritannien*, Rn 205.

1348 ZB EGMR 16.12.1992, 13071/87, *Edwards/Großbritannien*, Rn 34; EGMR 26.3.1996, 20524/92, *Doorson/Niederlande*, Rn 67; EGMR 23.4.1997, 21363/93, *Van Mechelen ua/Niederlande*; EGMR 2.7.2002, 34209/96, *S. N./Schweden*, Rn 54; EGMR 17.2.2009, 34030/07, *Jalowiecki/Polen*, Rn 41; EGMR 1.3.2011, 15924/05, *Welke und Bialek/Polen*, Rn 58 und 67. Vgl Sengstschmid in *Fasching/Konecny*³ § 171 Rz 20.

1349 EGMR 16.2.2000, *Jasper/Großbritannien*, 27052/95, Rn 52; EGMR 16.2.2000, 28901/95, *Rowe und Davis/Vereinigtes Königreich*, Rn 61 und 76; EGMR 24.4.2007, 40412/98, *V./Finnland*, Rn 75.

1350 EGMR 26.3.1996, 20524/92, *Doorson/Niederlande*; EGMR 23.4.1997, 21363/93, *Van Mechelen ua/Niederlande*; EGMR 17.11.2005, 73047/01 *Haas/Deutschland*.

1351 EGMR 27.2.2001, 33354/96, *Lucà/Italien*; EGMR 31.10.2001, 47023/99, *Solakow/Mazedonien*; EGMR 2.7.2002, 34209/96, *S. N./Schweden*; EGMR 15.12.2011, 26766/05 und 22228/06, *Al-Khawaja und Tahery/Großbritannien*; dazu *Oppel*, ZVB 2015, 491.

1352 EGMR 16.2.2000, 27052/95, *Jasper/Großbritannien*; bezüglich eines Lustrationsverfahrens: EGMR 17.2.2009, 34030/07, *Jalowiecki/Polen*.

1353 EGMR 28.8.1991, 13468/87, *Brandstetter/Österreich*.

1354 EGMR 23.4.1997, 21363/93, *Van Mechelen ua/Niederlande ua*.

1355 EGMR 23.4.1997, 21363/93, *Van Mechelen ua/Niederlande ua*.

jener Bedenken bemühen müssen, mit denen die Einschränkung der Verteidigerrechte begründet werden.¹³⁵⁶

394 Nach der Leitentscheidung des EGMR vom 16.2.2000, *Rowe und Davis/Vereinigtes Königreich*, 28901/95 ist es demnach nicht kategorisch ausgeschlossen, dem Angeklagten den Zugang selbst zu jenen Beweismitteln (dauerhaft) zu verwehren, die vom Gericht für die Entscheidung geprüft wurden (Rn 61).¹³⁵⁷ Auch ein eingeschränkter Zugang zu Beweismitteln (etwa bei einem Verbot, sich vom eingesehenen Akteninhalt Notizen zu machen) muss Art 6 EMRK nicht zwingend verletzen, wenn *höherrangige Geheimhaltungsinteressen* betroffen sind.¹³⁵⁸ Ähnlich EGMR 24.4.2007, *V./Finnland*, 40412/98, Rn 75.¹³⁵⁹

395 Wohl bezieht sich die hier herangezogene Judikatur in erster Linie auf Strafverfahren. Es besteht aber kein Hindernis, die Wertungsmaßstäbe des EGMR, der einer bedingungslosen und absoluten Wirkung des Rechts auf Gehör eine Absage erteilt, ebenfalls im Zivilverfahren anzuwenden. Unter dem Gesichtspunkt eines fairen Verfahrens sind Einschränkungen von Verteidigungsrechten im Strafverfahren nämlich ähnlich zu bewerten wie eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs bzw der Parteiöffentlichkeit und die damit verbundenen Hindernisse für eine effektive Rechtsdurchsetzung im Zivilverfahren.¹³⁶⁰ Es ist deshalb verständlich, dass der EGMR in strafrechtlichen Entscheidungen seine zivilrechtliche Rechtsprechung zitiert und umgekehrt.¹³⁶¹

1356 Vgl etwa auch BGH 3 Str 381/79 NJW 1980, 464, wonach es einen Verfahrensfehler bedeutet, wenn ein Tatgericht eine unzureichende Sperrerklärung einfach hinnimmt.

1357 Im Anlassfall sah der Gerichtshof das Recht der Angeklagten auf ein faires Verfahren zwar als verletzt an, weil die Anklage das belastende Material erst im Berufungsverfahren vorlegte und der Verteidigung dort keine Einsicht gewährt wurde. Der Verstoß gegen ein faires Verfahren wurde in erster Linie aber darin gesehen, dass *auch das Erstgericht*, das das eigentliche Beweisverfahren führte, die Bedeutung des verschlossenen Materials der Anklage nicht beurteilen konnte (Rn 63), ohne dass dieser Umstand im Berufungsverfahren ausreichend ausgeglichen wurde (Rn 65). Das Material wurde vielmehr nur vom Berufungsgericht ohne Einsichtsmöglichkeit der Verteidigung geprüft, wobei das Berufungsgericht seine Einschätzung über das Material nicht offenlegte.

1358 EGMR 1.3.2011, 15924/05, *Welke und Bialek/Polen*, Rn 65.

1359 »However, the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused [...]. In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 [...].«

Und: »Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities [...].«

1360 Vgl auch EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, Rn 46 bis 48; Gericht für den öffentlichen Dienst der EU 12.5.2011, F 50/09, *Livio Missir Mamachi di Lusignano/Kommission*, Rn 154.

1361 Vgl *Sengstschmid in Fasching/Konecny*³ § 171 Rz 17 mwN.

Der umfassenden Geltung der Verfahrensgarantien unabhängig von der Verfahrensart kann nicht entgegengehalten werden, dass in zahlreichen das Strafverfahren betreffenden Entscheidungen des EGMR die sich ausdrücklich nur auf das Strafverfahren beziehende Bestimmung des Art 6 Abs 3 EMRK geprüft wurde. Die Anforderungen nach Art 6 Abs 3 EMRK sind nämlich nur besondere Aspekte des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art 6 Abs 1 EMRK, weshalb der EGMR bei der Beschwerdeprüfung nicht strikt trennt.¹³⁶² Das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK prinzipiell nur für den Angeklagten ausdrücklich statuierte Recht, Zeugen zu benennen und Fragen an die vom Gericht geladenen Zeugen zu stellen, gilt für Verfahren sowohl strafrechtlicher als auch zivilrechtlicher Art, zumal dieses Recht eine Ausformung des in Streitsachen über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen nach Art 6 Abs 1 EMRK geltenden Grundsatzes der »Waffengleichheit« ist und daher nach diesem Artikel geprüft werden kann.¹³⁶³

Vom EGMR wird bei Vorliegen anderer Interessen die Einschränkung des rechtlichen Gehörs als gerechtfertigt angesehen, etwa wenn dies aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, des Zeugenschutzes oder des Schutzes bei geheimen Ermittlungsmethoden erforderlich ist.¹³⁶⁴ Bei diesen Geheimhaltungsinteressen ist eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen,¹³⁶⁵ die letztendlich dazu führen *kann* (aber *nicht muss*), dass die Verteidigung zu bestimmten Beweisen keinen oder nur einen beschränkten Zugang hat (*»to withhold certain evidence«*).¹³⁶⁶ Eine solche Einschränkung¹³⁶⁷ des rechtlichen Gehörs muss freilich *absolut notwendig*

1362 Vgl EGMR 16.12.1992, 13071/87, *Edwards/Großbritannien*, Rn 33; EGMR 17.11.2005, *Haas/Deutschland*, 73047/01 [*»As the requirements of Article 6 § 3 are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1, the Court will examine the complaints under those two provisions taken together«*].

1363 Plastisch auch die Schlussanträge der Generalanwältin zu EuGH 2.10.2003, C-199/99 P, *Corus UK/Kommission*, Rn 150: *»Was das Vorbringen der Rechtsmittelführerin betrifft, wonach ein solches Verfahren »strafrechtlichen Charakter« im Sinne des Artikels 6 EMRK besäße, so genügt die Feststellung, dass nicht nur das Recht auf eine Entscheidung binnen angemessener Frist gemäß Artikel 6 Absatz 1 EMRK, sondern auch das in Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe d EMRK prinzipiell nur für den Angeklagten ausdrücklich statuierte Recht, Zeugen zu benennen und Fragen an die vom Gericht geladenen Zeugen zu stellen, für Verfahren sowohl strafrechtlicher als auch zivilrechtlicher Art gilt. Denn dieses Recht stellt nach der Rechtsprechung des EGMR auch eine Ausformung des in Streitsachen über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen nach Artikel 6 Absatz 1 EMRK geltenden Grundsatzes der »Waffengleichheit« dar und kann daher auch nach diesem Artikel geprüft werden. Für Zwecke des vorliegenden Falls scheint es daher nicht erforderlich, eine Qualifikation des Verfahrens als »zivilrechtlich« oder »strafrechtlich« im Sinne von Artikel 6 EMRK vorzunehmen.«*

1364 EGMR 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Großbritannien*, Rn 205 (*»in the light of a strong countervailing public interest, such as national security, the need to keep secret certain police methods of investigation or the protection of the fundamental rights of another person.«*); EGMR 24.4.2007, 40412/98, *V./Finnland*, Rn 75.

1365 RIS-Justiz RS0120952.

1366 Vgl EGMR 26.3.1996, 20524/92, *Doorson/Niederlande*, Rn 70; EGMR 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Großbritannien*, Rn 206.

1367 Dabei muss es sich nicht unbedingt um einen Ausschluss von einem Beweismittel handeln.

sein (*»strictly necessary«*).¹³⁶⁸ Können die Geheimhaltungsinteressen auf *andere Weise* gewahrt bleiben, ohne das Gehör und/oder die Rechtsdurchsetzung zu stören, muss eine Gehörseinschränkung unterbleiben.

398 Große Bedeutung kommt nach der Rechtsprechung des EGMR dabei der Regel des *alleinigen* oder *entscheidenden Beweises* zu. Demnach kann eine Verletzung von Art 6 EMRK bei einer notwendigen Gehörseinschränkung wegen anderer Interessen darin liegen, dass die Entscheidung alleine oder in entscheidendem Ausmaß auf jenen Beweismitteln beruht, von deren (vollen) Zugang eine der Parteien ausgeschlossen wurde.¹³⁶⁹ Eine Verletzung des Art 6 EMRK liegt demnach nicht vor, wenn sich das Gericht auf andere relevante Beweise stützen kann, die allen Parteien offen standen.¹³⁷⁰ Der EGMR unterschied etwa im Urteil vom 19.2.2009, *A. ua/Großbritannien* 3455/05,¹³⁷¹ danach, ob das offene Material die *vorherrschende* Rolle spielte. War das der Fall, könne nicht gesagt werden, dass die Möglichkeit einer wirksamen Bestreitung des Verdachts genommen wurde.

Der EGMR hatte die Rechtmäßigkeit einer Präventivhaft von per Zertifikat von einer staatlichen Behörde als »Terrorverdächtige« klassifizierten Ausländern zu beurteilen. Die vom Gericht zu beurteilende Rechtmäßigkeit der Haft erfolgte zum Teil auf Grund *geheimen Materials*. Eine Einsicht in dieses Material wurde nur sog *Special Advocates* gestattet, die zur Vertretung der Beschwerdeführer bestellt worden waren und diese in den Verhandlungen vertraten. Sobald der *Special Advocate* das geheime Material gesehen hatte, durfte er jedoch keinen weiteren Kontakt zu dem Beschwerdeführer, den er vertrat, oder dessen Anwalt haben.

Der EGMR anerkannte das starke Interesse des Staats daran, Informationen über Terrorgruppen zu erlangen und die Quellen solcher Informationen nicht offenzulegen. Gegen dieses wichtige öffentliche Interesse müsse jedoch das Recht auf prozessuale Fairness abgewogen werden. Der EGMR strich heraus, dass soviel Information über die Vorwürfe und Beweise gegen die Verdächtigten offengelegt wurde, wie möglich war, ohne die nationale Sicherheit oder die Sicherheit Dritter zu ge-

Auch ein erschwerter Zugang zu einem Beweismittel kann unter Umständen problematisch sein. Allerdings reicht es nach Ansicht des EGMR für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit oder der Fairness des Verfahrens noch nicht aus, wenn sich ein Anwalt einer Sicherheitskontrolle unterziehen muss, bevor er im Rahmen eines Gerichtsverfahrens (hier: Disziplinarverfahrens) Zugang zu Informationen erhält, welche die Staatssicherheit betreffen (dazu EGMR 17.12.2013, 20688/04, *Nikolova und Vandova/Bulgarien*).

1368 EGMR 24.4.2007, 40412/98, *V./Finnland*, Rn 75; EGMR 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Großbritannien*, Rn 205.

1369 EGMR 26.3.1996, 20524/92, *Doorson/Niederlande*, Rn 76: »a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements.«; EGMR 23.4.1997, 21363/93, *Van Mechelen ua/Niederlande ua*; EGMR 27.2.2001, 33354/96, *Lucà/Italien*; EGMR 15.12.2011, 26766/05 und 22228/06, *Al-Khawaja und Tahery/Großbritannien*.

1370 EGMR 31.10.2001, 47023/99, *Solakow/Mazedonien*.

1371 Der EGMR prüfte hier nur eine Verletzung nach Art 5 Abs 4 EMRK, hielt aber ausdrücklich fest, dass diese Bestimmung im Wesentlichen die gleichen Garantien wie Art 6 Abs 1 EMRK gewährt, weshalb die Entscheidung auch für die hier interessierende Problematik nutzbar gemacht werden kann.

fährden. Bei ausreichend spezifischen Vorwürfen im offenen Material, bestehe die Möglichkeit für die Verdächtigten, die Anwälte und den *Special Advocate* entsprechend anzuweisen, um diese zu widerlegen, auch wenn die Beweise selbst geheim blieben. Wenn hingegen das offene Material nur aus allgemeinen Behauptungen besteht und sich die Entscheidung der Behörde in entscheidendem Maße auf geheimes Material stützt, wäre den Anforderungen von Art 5 Abs 4 EMRK nicht Genüge getan. Insofern eine *volle Offenlegung* nicht möglich sei, müssten die dadurch verursachten Schwierigkeiten so ausgeglichen werden, dass der Betroffene trotzdem die Möglichkeit hat, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe wirksam zu bestreiten. Hinsichtlich einiger der Beschwerdeführer stellte der EGMR eine Verletzung von Art 5 Abs 4 EMRK fest, weil diese nicht in der Lage waren, die gegen sie erhobenen Vorwürfe wirksam zu bestreiten. Bezüglich anderer Beschwerdeführer gelangte der Gerichtshof allerdings zum Ergebnis, dass das offene Material bereits detaillierte Informationen überbelastende Informationen enthielt, um den Beschwerdeführern zu erlauben, sie wirksam in Frage zu stellen.

Auch aus dieser Entscheidung ist daher abzuleiten, dass sich ein Gericht *auf Material stützen kann, das nicht allen Parteien zugänglich ist.*

Selbst die Zulassung eines alleinigen oder entscheidenden Beweismittels (unter Ausschluss oder Einschränkung einer Partei) hat nicht automatisch eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK zur Folge.¹³⁷² Es ist dann vielmehr entscheidend, ob *ausreichende ausgleichende Faktoren* vorhanden sind, einschließlich Maßnahmen, die eine faire und angemessene Einschätzung der Verlässlichkeit dieser Beweise gestatten. Ist ein solcher Beweis in Hinblick auf seine Wichtigkeit ausreichend verlässlich, würde er eine darauf beruhende Verurteilung erlauben.¹³⁷³ Beweise, die unter Umständen zustande kommen, unter denen die Parteirechte nicht im üblichen Maße gewährleistet werden können, müssen demnach mit besonderer Sorgfalt behandelt werden (*»should be treated with extreme care«*),¹³⁷⁴ wobei beurteilt werden muss, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit betrachtet fair ist.¹³⁷⁵

Es ist bei den erforderlichen Einschränkungen der Verteidigung daher darauf abzustellen, ob diese durch die Vorgangsweise der Justizbehörde kompensiert werden,¹³⁷⁶ sodass es der Partei insgesamt möglich war, ihre Rechte effektiv durchzusetzen. Ob dabei die Idee des britischen Rechts, einer neutralen zur Verschwiegenheit verpflichteten Person (*»special counsel«*)¹³⁷⁷ insoweit in das österreichische

399

400

1372 Dazu auch *Hanslik*, Parteienghör 44 und *Oppel*, ZVB 2015, 491.

1373 EGMR 15.12.2011, 26766/05 und 22228/06, *Al-Khawaja und Tahery/Großbritannien*.

1374 EGMR 26.3.1996, 20524/92, *Doorson/Niederlande*, Rn 76; EGMR 14.2.2002, 26668/95, *Visser/Niederlande*, Rn 44; EGMR 2.7.2002, 34209/96, *S. N./Schweden*, Rn 53.

1375 EGMR 2.7.2002, 34209/96, *S. N./Schweden*, Rn 54.

1376 *»Sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities«*; vgl EGMR 26.3.1996, 20524/92, *Doorson/Niederlande*, Rn 72; EGMR 23.4.1997, 21363/93, *Van Mechelen ua/Niederlande*, Rn 54; EGMR 16.2.2000, 27052/95, *Jasper/Großbritannien*, Rn 53 ff; EGMR 19.2.2009, 3455/05, *A. ua/Großbritannien*, Rn 205; EGMR 19.7.2012, 26171/07, *Hümmer/Deutschland*; in diesem Sinn auch 15 Os 4/07p.

1377 EGMR 16.2.2000, 27052/95, *Jasper/Großbritannien*, Rn 35 ff.

Zivilprozessrecht implementiert werden kann, als ein Kurator die Interessen der vom Verfahren partiell ausgeschlossenen Partei wahrt, damit das Geheimnis gleichzeitig gewahrt bleibt, wird noch zu prüfen sein.

C. Einschränkungen des Art 6 EMRK im Bereich des Provisorialverfahrens

- 401 Das Sicherungsverfahren ist ein gutes Beispiel dafür, dass nach nunmehriger Ansicht des EGMR Rechte nach Art 6 EMRK, somit auch das Recht auf Gehör, dann eingeschränkt werden können, wenn die effektive Rechtsdurchsetzung gefährdet ist. Daraus kann für die hier zu untersuchende Frage, inwieweit eine für die Rechtsdurchsetzung einer Partei erforderliche Kooperation der anderen Partei zur einer Einschränkung des rechtlichen Gehörs führen darf, Nutzen gezogen werden, weshalb hier auf aktuelle Entwicklungen im Provisorialverfahren einzugehen ist.¹³⁷⁸
- 402 Für das Provisorialverfahren wurde vom EGMR¹³⁷⁹ und von der Kommission¹³⁸⁰ lange Zeit vertreten, dass Art 6 EMRK dort *überhaupt* keine Anwendung finde.¹³⁸¹ Dies wurde damit begründet, dass im Provisorialverfahren Ansprüche und entsprechende Pflichten nur zeitweise betroffen würden (*»temporarily affected«*), eine endgültige Entscheidung (*»finally determines the civil rights«*) werde nicht vorgenommen. Dem entsprach lange Zeit die österreichische Rechtsprechung,¹³⁸² wobei in Teilen der Lehre durchaus schon längere Zeit anerkannt war, dass Art 6 EMRK im Provisorialverfahren (zumindest weitgehend) anzuwenden ist.¹³⁸³
- 403 Mit seiner einschneidenden Entscheidung im Fall *Micallef*¹³⁸⁴ ging der EGMR von dieser Judikatur ab und hielt fest, dass Art 6 EMRK auch auf Verfahren über eine vorläufige Maßnahme anwendbar sei, wenn neben dem Anspruch im Hauptverfahren das in Streit stehende Recht des Verfügungsverfahrens zivilrechtlicher Natur iSd Art 6 EMRK ist und die einstweilige Verfügung wirksam

1378 Umfassend *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör passim.

1379 EGMR 13. 1. 2000, 39754/98, *APIS/Slowakei*; EGMR 15. 3. 2001, 43722/98, *Wiot/Frankreich*; EGMR 16. 1. 2003, 62763/00, *Verlagsgruppe NEWS/Österreich*; EGMR 8. 7. 2004, 44734/98, *Libert/Belgien*; EGMR 8. 11. 2007 11548/04, *Saarekallas OÜ/Estland*.

1380 EKMR 11. 5. 1981 7990/77, *X/Großbritannien*, Decisions and Reports 24, 57; EKMR 2. 12. 1991, 17200/90, *Österreichische Schutzgemeinschaft für Nichtraucher ua/Österreich*.

1381 *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör 11 ff.

1382 4 Ob 91/89 ÖBl 1990, 32; 1 Ob 10/94 SZ 67/166; RIS-Justiz RS0028350 [*»Das Provisorialverfahren fällt nicht unter Art 6 Abs 1 MRK.«*]; RIS-Justiz RS0074799 [*»Art 6 MRK findet auf einstweilige Verfügungen keine Anwendung.«*].

1383 *Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner* § 390 EO Rz 8; *König*, Einstweilige Verfügungen⁵ Rz 6/3 (ähnlich in den Voraufgaben); *Rechberger/Oberhammer*, *Dike International* 1996, 297; relativierend und die grundsätzliche Einseitigkeit betonend *E. Kodek in Angst*² [Vorauslage] § 389 EO Rz 18; *Zechner*, eV 84.

1384 EGMR 15. 9. 2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RS0127445.

(effektiv) über einen zivilrechtlichen Anspruch oder eine Verpflichtung – ungeachtet der Dauer ihrer Geltung – entscheidet.¹³⁸⁵ Es sei demnach nicht gerechtfertigt, eine derartige einstweilige Verfügung im Provisorialverfahren nicht als Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen iSd Art 6 EMRK anzusehen. Dieser Grundsatzentscheidung gingen bereits einige Entscheidungen voraus, bei denen einzelne Aspekte des Art 6 EMRK im Provisorialverfahren angewandt wurden.¹³⁸⁶

Die neue Rechtsprechungslinie wurde in mehreren Folgeentscheidungen bestätigt.¹³⁸⁷ Dabei wurde betont, dass der Gegenstand von Provisorialverfahren häufig die gleichen zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art 6 EMRK wie im Verfahren zur Entscheidung in der Sache betreffe; einstweilige Verfügungen würden die gleichen Folgen nach sich ziehen, die trotz des provisorischen Charakters oft nicht mehr rückgängig gemacht werden können.¹³⁸⁸

Der EGMR anerkannte für Ausnahmefälle, dass die sofortige Erfüllung aller Anforderungen des Art 6 EMRK unmöglich sein kann, was für die hier zu prüfende Problematik freilich entscheidend ist.¹³⁸⁹ Abgesehen von unverzichtbaren Garantien (siehe unten) räumte der EGMR in der Entscheidung *Micallef* nämlich ein, dass die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK nur in jenem Ausmaß anwendbar seien, das mit der Art und dem Zweck des jeweiligen Provisorialverfahrens vereinbar ist. In Ausnahmefällen, insb dann, wenn die *Effektivität* der Maßnahme von einer raschen Entscheidung abhängt, könne es allerdings nicht sofort möglich sein, alle Garantien des Art 6 EMRK einzuhalten. Es sei Sache der jeweiligen Regierung nachzuweisen, dass angesichts des Zwecks des Verfahrens bestimmte Garantien nicht angewendet werden können, ohne das Erreichen des Zwecks des Verfahrens übermäßig zu beeinträchtigen.

Wenngleich es im Detail nicht unproblematisch erscheint, trotz Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art 6 EMRK die Verfahrensgarantien nur beschränkt zur Anwendung zu bringen,¹³⁹⁰ bzw es kritisch gesehen werden könnte, dass der

1385 Vgl dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 15; *Kodek*, Zak 2010, 8; *Kodek*, EF-Z 2010, 58; *Kodek* in FS-Delle Karth 521; *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör 13 ff.

1386 EGMR 30.7.1998, 25357/94, *Aerts/Belgien* (Verfahrenshilfe und Zugang zum Gericht in einem Unterbringungsverfahren); EGMR 15.11.2002, 50615/99, *Boca/Belgien* (Entscheidung in angemessener Zeit bei einstweiligen Obsorgemaßnahmen); EGMR 2.7.2002, 51591/99, *Markass Car Hire Ltd/Zypern* (Entscheidung in angemessener Zeit bei einstweiliger Anordnung auf Rückgabe von Kfz).

1387 EGMR 18.5.2010, 38532/02, *Udorovic/Italien*; EGMR 29.3.2011, 50084/06, *RTBF/Belgien*; RIS-Justiz RS0127445. Vgl auch die zu einem Strafverfahren ergangene Entscheidung des EGMR 6.1.2010, 74181/01, *Vera Fernández-Huidobro/Spanien*.

1388 EGMR 29.3.2011, 50084/06, *RTBF/Belgien*.

1389 EGMR 15.9.2009, 17056/06, *Micallef/Malta*, Rn 86 = RIS-Justiz RS0127445; EGMR 18.5.2010, 38532/02, *Udorovic/Italien*, Rn 45. Vgl auch die zu einem Strafverfahren ergangene Entscheidung des EGMR 6.1.2010, 74181/01, *Vera Fernández-Huidobro/Spanien*.

1390 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ [Vorausflage] § 24 Rz 14.

(grundsätzlichen)¹³⁹¹ Vollanwendbarkeit der Garantien des Art 6 EMRK zulasten einer Weiterentwicklung differenzierender Ansätze der Vorzug gegeben wurde,¹³⁹² dokumentiert die neue Entscheidungslinie, dass der Zweck eines Zivilverfahrens durchaus die Verfahrensgarantien der EMRK verdrängen kann. Ein Abgehen von Verfahrensgarantien ließe sich nach Ansicht des EGMR dann rechtfertigen, wenn die Effektivität der angestrebten Maßnahme von einer raschen Entscheidung abhängt.¹³⁹³

407 Dabei wird zwischen den verschiedenen Verfahrensgarantien, die durch Art 6 EMRK abgesichert sind, unterschieden: Während die *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* des betroffenen Tribunals oder Richters stets unentbehrlich sind (*»unentbehrliche und unveräußerliche Sicherheit«*), können in besonderen Fällen andere Verfahrensgarantien nur in jenem Ausmaß anwendbar sein, das mit der Art und dem Zweck des jeweiligen Provisorialverfahrens vereinbar ist.¹³⁹⁴ In diesem Zusammenhang wird zwar das rechtliche Gehör nicht ausdrücklich erwähnt,¹³⁹⁵ es fällt aber – deutlich erkennbar – im Gegensatz zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts unter jene *anderen Verfahrensgarantien*, die nur in jenem Ausmaß anwendbar sind, das mit der Art und dem Zweck des Verfahrens vereinbar ist. Bereits daraus ist ableitbar, dass Eingriffe in das *rechtliche Gehör* möglich sind. Dessen ungeachtet kann bereits eine (wenngleich nur *vorläufige*) Entscheidung über *civil rights* in einem von der EMRK umfassten Verfahren auch dann ergehen und Wirkung zeigen, obwohl der Gegner des Antragstellers (zunächst) nicht gehört wurde. Für das Verfügungsverfahren bedeutet das, dass eine Anhörung des Verfahrensgegners zu unterbleiben hat, wenn durch sie der Sicherungsantrag ins Leere geht (etwa aufgrund des damit verbundenen Zeitverlusts oder wegen der Gefahr der Vereitelung der angestrebten Maßnahmen). Dieses Verständnis vom eingeschränkten Gehörsanspruch im Verfügungsverfahren findet sich bereits in Art 50 TRIPS-Übereinkommen¹³⁹⁶ oder Art 9 der Durchsetzungs-RL.¹³⁹⁷ Zu beachten

1391 Siehe *Mann-Kommenda* (Rechtliches Gehör 19 ff und 28 f), wonach die Garantien des Art 6 EMRK nach der neuen Rechtsprechung des EGMR immer dann anwendbar seien, wenn eine einstweilige Verfügung als effektive Determinierung der gegenständlichen zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen angesehen werden könne.

1392 *Kodek* in FS-Delle Karth 534.

1393 *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör 109.

1394 EGMR 15. 9. 2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RSo127445.

1395 Im Fall *Micallef* wurde eine Verletzung von Art 6 EMRK durch Malta darauf gestützt, dass einer der Richter der Bruder des Anwalts einer der Parteien war.

1396 »Die Justizbehörden sind befugt, falls erforderlich, einstweilige Maßnahmen ohne Anhörung der anderen Partei zu treffen, insb dann, wenn durch eine Verzögerung dem Inhaber des Rechts wahrscheinlich ein nicht wiedergutzumachender Schaden entsteht oder wenn nachweislich die Gefahr besteht, daß Beweismaterial vernichtet wird.«

1397 »Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die einstweiligen Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 in geeigneten Fällen ohne Anhörung der anderen Partei angeordnet werden können, insb dann, wenn durch eine Verzögerung dem Rechtsinhaber ein nicht wiedergutzumachen-

ist wohl, dass die Einschränkung des rechtlichen Gehörs im Provisorialverfahren nur zeitlich begrenzt erlaubt ist und primär darauf Bezug nimmt, dass es bei einer einstweiligen Verfügung grundsätzlich – anders als bei unwiederbringlichen Anordnungen – um die Frage geht, ob das Gehör sofort *oder* erst nachträglich zu gewähren ist. Damit liegt keine umfassende Einschränkung von Art 6 EMRK vor, die mit der hier zu untersuchenden Frage des Ausschlusses bei Unternehmensgeheimnissen verglichen werden könnte, weil bei Letzerer auch endgültige Einschränkungen bzw Ausschlüsse diskutiert werden. Die praktischen Auswirkungen der neuen Judikaturlinie sind zudem wohl beschränkt.¹³⁹⁸ Dennoch kann diese für die hier relevante Frage durchaus nutzbar gemacht werden, zumal nunmehr für ein zivilgerichtliches Verfahren immerhin anerkannt ist, dass Art 6 EMRK – ungeachtet des Eintritts von oft Entscheidungswirkungen gleichkommenden Wirkungen – eine Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht um jeden Preis verlangt wird.

Dieser aufgezeigte Trend zur Stärkung des einstweiligen Rechtsschutzes unter Inkaufnahme einer Schwächung des rechtlichen Gehörs spiegelt sich auch in der Entwicklung der europarechtlichen Bestimmungen über die transnationale Urteilsanerkennung und Vollstreckung wieder.

408

Zunächst vertrat der EuGH zum EuGVÜ in der Entscheidung *Denilauler/Couchet Frères*, dass im Provisorialverfahren ergangene Entscheidungen nur dann anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären sind, wenn im Erststaat ein *kontradiktorisches Verfahren vorangegangen ist* oder – im Falle der Säumnis des Beklagten – *hätte vorangehen können*.¹³⁹⁹ Diese gehörfreundliche Einschränkung hat der EuGH im Wesentlichen damit begründet, dass die Bestimmungen des EuGVÜ *insgesamt* das Bestreben zum Ausdruck brächten, sicherzustellen, dass im Rahmen der Ziele des Übereinkommens die Verfahren, die zum Erlass gerichtlicher Entscheidungen führen, unter Wahrung des rechtlichen Gehörs durchgeführt werden. Im Hinblick auf die dem Beklagten im Urteilsverfahren eingeräumten Garantien handhabte das Übereinkommen die Anerkennung und Vollstreckung sehr großzügig. Daraus folge, dass das EuGVÜ maßgeblich auf solche gerichtlichen Entscheidungen abstelle, denen im Urteilsstaat ein kontradiktorisches Verfahren vorangegangen sei oder hätte vorangehen können. Nach dieser Rechtsprechung ist einer bewusst *einseitig ergangenen Entscheidungen* grundsätzlich der Boden für eine Anerkennung oder Vollstreckbarkeit entzogen.¹⁴⁰⁰

der Schaden entstehen würde. In diesem Fall sind die Parteien spätestens unverzüglich nach der Vollziehung der Maßnahmen davon in Kenntnis zu setzen. Auf Antrag des Antragsgegners findet eine Prüfung, die das Recht zur Stellungnahme einschließt, mit dem Ziel statt, innerhalb einer angemessenen Frist nach der Mitteilung der Maßnahmen zu entscheiden, ob diese abgeändert, aufgehoben oder bestätigt werden sollen.«

1398 Die Einräumung des Gehörs war bzw ist sowohl vor als auch nach der Judikaturwende in der Praxis der Regelfall.

1399 EuGH 21.5.1980, Rs 125/79, *Denilauler/Couchet Frères*, Rn 13 = IPRax 1981, 95 [*Hausmann* 79]; EuGH 13.7.1995, Rs C-474/93, *Hengst/Campese*, Rn 14. IdS offensichtlich auch 6 Ob 43/07b und 3 Ob 123/12b.

1400 *Rassi* in *Fasching/Konecny*² Art 32 EuGVVO Rz 34 mwN.

In der Entscheidung *Maerks Olie/de Haan* nahm der EuGH bereits zum EuGVÜ allerdings eine deutlich abschwächende Haltung ein.¹⁴⁰¹ Demnach ist eine (vorläufige) Entscheidung, die ohne Mitwirkung des Anerkennungsgegners zustande gekommen ist und gegen die in einem Rechtsmittel nur zur Zuständigkeit ausgeführt wurde, anzuerkennen. Der EuGH betonte in dieser Entscheidung, dass eine in einem einseitigen Verfahren ergangene vorläufige Entscheidung, die *erst anschließend* Gegenstand einer kontradiktorischen Erörterung werden kann, anzuerkennen ist. Der EuGH ist in dieser Entscheidung dahingehend zu verstehen, dass die Versagungsgründe keinen Selbstzweck darstellen. Vielmehr sollen sie nur gewährleisten, dass dem Schuldner im Ursprungsstaat Rechtsschutz gewährt wird. Die in dem Urteil des EuGH zu beurteilende einseitig ergangene Entscheidung wurde gegenständig erst mit der Zustellung an den Gegner wirksam. Davon unterscheidet sich der dem Urteil in der *Causa Denilauler/Couchet Frères* zugrundeliegende Sachverhalt, weil dort die einstweilige Maßnahme bereits vollzogen werden sollte, bevor überhaupt eine Zustellung der Entscheidung an den Schuldner erfolgt war. In der Tat ist bei diesen Konstellationen die Problematik nicht bei der erst *nachträglich* gewährten Einräumung von Gehör gelegen, sondern vielmehr in der *sofortigen Vollstreckbarkeit* (bzw. Wirksamkeit) einseitig ergangener Entscheidungen. Unter diesem Gesichtspunkt ist den vom EuGH im Fall *Denilauler/Couchet* aufgezeigten Argumenten durchaus einiges abzugewinnen. In diesem Zusammenhang ist aber auch auf den *Jenard*-Bericht (Vor Art 48 EuGVÜ) zu verweisen, der ausdrücklich davon spricht, dass (französische) Entscheidungen, die in einem einseitigen Antragsverfahren ergehen, ebenso stets vollstreckbar sind wie einstweilige Verfügungen. Diese Entscheidungen werden nach dem *Jenard*-Bericht sogar dahingehend privilegiert, dass der sonst nach Art 47 Z 1 EuGVÜ/LGVÜ geforderte urkundliche Nachweis der Vollstreckbarkeit nicht mittels gesonderter Urkunde zu erfolgen hat. Davon, dass derartige Entscheidungen aber keine Entscheidung iSd EuGVÜ/LGVÜ sind, ist im *Jenard*-Bericht keine Rede.

Wenngleich nach der EuGVVO 2000 *ex parte*-Entscheidungen in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich nicht anzuerkennen oder zu vollstrecken waren,¹⁴⁰² wurde mit der EuGVVO 2000 der in Rede stehende Versagungsgrund des Art 34 Z 2 EuGVVO 2000 im Vergleich zu Art 27 Z 2 EuGVÜ modifiziert. Während nach dem EuGVÜ und der EuGVVO 2000 eine Anerkennung (Vollstreckbarerklärung) dann zu verweigern war, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäß und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, heilte nach Art 34 Z 2 EuGVVO 2000 die Nichteinlegung von Rechtsmitteln die Verletzung des Parteiengehörs. Es ist wohl davon auszugehen, dass bei strenger Wortinterpretation der Begriff des Rechtsbehelfs in Art 34 Z 2 EuGVVO 2000 in erster Linie grundsätzlich auf die Bekämpfung eines gesetzeswidrigen Ausschlusses Bezug nimmt und ein (vom Verfahrensrecht erlaubter) absichtlicher Gehörsausschluss nicht darunterfällt. Eine an den funktionalen Aspekten der Gehörsgewährung orientierte Haltung vermag hier jedoch eine offenere Auslegung zu unterstützen. Stimmen in der Lehre wollen »in erweiternder Auslegung« nun

1401 EuGH 14.10.2004, Rs C-39/02, *Mærsk Olie/de Haan*, Rn 50 = Rev crit 2005, 118 [*Pataut*].

1402 *Simotta* in *Fasching/Konecny*² Art 31 EuGVVO Rz 220 mwN.

die Nichtinanspruchnahme einer institutionalisierten Möglichkeit zur Gewährung *nachträglichen Gehörs* im Verfügungsverfahren (zB den Widerspruch gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung nach österreichischem Recht oder ein Rechtsmittel mit voller Neuerungsmöglichkeit) gleich behandeln.¹⁴⁰³ Eine Anerkennung bzw Vollstreckbarkeit trete demnach erst nach dem ungenützten Ablauf der nachträglichen Frist für die Gehörsgewährung ein. Dieser Ansicht, die vermittelnd die Wahrung des rechtlichen Gehörs des Gegners und das Interesse des Antragstellers auf rasche Anerkennung bzw Vollstreckung sichert, ist im Lichte der Art 34 Z 2 und Art 42 Abs 2 EuGVVO 2000 zuzustimmen. Im Hinblick auf das in einem justizförmigen Verfahren zu gewährende rechtliche Gehör ist es in der Tat schwer einzusehen, warum eine nachträgliche Gehörsgewährung hier nicht ausreichen soll.¹⁴⁰⁴ Eine Partei, die sich trotz Gehörseinräumung vor der Erlassung der Verfügung in das Verfahren nicht eingelassen hat, ist hier durchaus mit einem Verfahrensbeteiligten zu vergleichen, der die ihm zustehenden Möglichkeiten, ein justizförmiges Verfahren iSd EuGVVO einzuleiten, nach Kenntnis der erlassenen Verfügung nicht in Anspruch genommen hat. Dass der jeweils inaktive Schuldner in einem Fall geschützt werden soll, im anderen Fall aber nicht, ist aus der Sicht des rechtlichen Gehörs nicht zu rechtfertigen und führt zu einer nicht unerheblichen Lähmung des einstweiligen Rechtsschutzes in Europa. Wenn aber eine Anerkennung bzw eine Vollstreckbarerklärung erst erfolgen soll, *nachdem* der Schuldner die ihm im Titelstaat nachträglich eingeräumte Gehörsmöglichkeit nicht genutzt hat, ist es sowohl im Hinblick auf die Systematik der EuGVVO 2000 also auch unter Berücksichtigung der schuldnerischen Interessen nicht zu beanstanden, *ex parte*-Entscheidungen ohne Möglichkeit der vorherigen Anhörung unter den Begriff der gerichtlichen Entscheidung iSd Art 32 EuGVVO 2000 zu reihen.

Die EuGVVO 2012 stärkt nun Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes. Nach Art 2 lit a EuGVVO 2012 umfasst der Ausdruck »Entscheidung« auch einstweilige Maßnahmen, die von einem nach dieser Verordnung in der Hauptsache zuständigen Gericht angeordnet wurden. Die Regel nimmt zwar *ex parte*-Entscheidungen aus, aufgrund einer bedeutenden Gegen Ausnahme gilt das allerdings dann nicht, wenn die Entscheidung vor der Vollstreckung zugestellt wird. Die Anerkennung und Vollstreckung einer (vom Gericht der Hauptsache erlassenen) einstweiligen Verfügung kann daher in einem anderen Mitgliedstaat nicht deshalb versagt werden, weil der Antragsgegner nicht gehört wurde. Aus dem Urkundenerfordernis des Art 42 Abs 2 lit c EuGVVO 2012 ist abzuleiten, dass derartige einstweilige Maßnahmen nach der Zustellung an den Beklagten auch dann vollstreckt werden, wenn der Beklagte vorher nicht angehört wurde.¹⁴⁰⁵ Das entspricht dem Erwägungsgrund 33 zur EuGVVO 2012, wonach eine Anerkennung und Vollstreckung von *ex parte*-Entscheidungen im Sicherungsverfahren dann möglich ist, wenn dem Antragsgegner die Entscheidung vor der Vollstreckung zugestellt wurde.

1403 So etwa *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ [Vorauslage] Art 32 EuGVVO Rz 10.

1404 Zudem schwächte die EuGVVO-alt gegenüber dem EuGVÜ zur Förderung der transnationalen Urteilswirkungen auch die Bestimmungen bei der Prüfung der Anerkennung bzw Vollstreckbarerklärung erheblich ab (dazu *Simotta in Fasching/Konecny*² Art 31 EuGVVO Rz 219 f).

1405 *Czernich/Kodek/Mayr*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ Art 36 EuGVVO Rz 19.

Mit der EuGVVO 2012 ist somit Gleichklang zwischen der transnationalen Anerkennung bzw. Vollstreckung und der neuen Rechtsprechung des EGMR zur (eingeschränkten) Anwendung des Art 6 EMRK im Provisorialverfahren (weitgehend¹⁴⁰⁶) hergestellt. Das erinnert an den Umstand, dass der EGMR in seiner Entscheidung *Micallef*¹⁴⁰⁷ auf die Entscheidung *Denilauler/Couchet* Bezug genommen und daraus abgeleitet hat, dass die Garantien des Art 6 EMRK *auch* für vorläufige Entscheidungen gelten sollten. Wengleich diese Argumentation aus dogmatischer Sicht missverständlich anmutet, zumal sich der EuGH eben nicht auf Art 6 EMRK bezogen und »nur« die Vollstreckung und Anerkennung von *ex parte*-Entscheidungen abgelehnt hat,¹⁴⁰⁸ wäre es zumindest rechtspolitisch ein Manko und wohl ein Widerspruch zum System der EuGVVO¹⁴⁰⁹ und der herrschenden Theorie der Wirkungserstreckung,¹⁴¹⁰ wenn aus der Sicht der EMRK eine einstweilige Verfügung trotz (temporären) Gehörausschlusses Wirkung zeigt, aber in einem anderen Mitgliedstaat nicht anerkannt oder vollstreckt werden kann.

- 409 Die österreichische Judikatur ist dem EGMR sowohl hinsichtlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art 6 EMRK auf Provisorialverfahren¹⁴¹¹ als auch dahingehend gefolgt, dass es »in Ausnahmefällen« möglich ist, eine einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners zu erlassen, etwa dann, wenn die Effektivität der Maßnahme von einer raschen Entscheidung abhängt, zumal der nachfolgend mögliche Widerspruch das rechtliche Gehör sicherstellt.¹⁴¹² Zum Teil wird unscharf davon gesprochen, dass das rechtliche Gehör im erstgerichtlichen Provisorialverfahren »verletzt« werden kann.¹⁴¹³ Auch aus dieser Judikatur ergibt sich klar, dass alle prozessualen Garantien nach Art 6 EMRK nicht bedingungs- und ausnahmslos gelten, wobei diese Entscheidungen die (im Provisorialverfahren zulässigen) Eingriffe in das Recht auf Gehör betreffen.¹⁴¹⁴ Nach dieser Rechtsprechung ist

1406 Dabei ist freilich einzuräumen, dass auch nach dem Regime der EuGVVO 2012 noch immer Unterschiede bestehen, weil diese nach wie vor noch einstweilige Maßnahmen vom Begriff der Entscheidung ausnimmt, die nicht von einem nach der Verordnung auch in der Hauptsache zuständigen Gericht angeordnet wurden (vgl. Art 2 lit. a EuGVVO 2012).

1407 EGMR 15. 9. 2009, 17056/06, *Micallef/Malta*, Rn 32 = RIS-Justiz RS0127445.

1408 *Kodek* in FS-Delle Karth 535.

1409 Dieses will bekanntlich den grenzüberschreitenden Urteilsverkehr in der Union fördern. Dazu zB *Rassi* in *Fasching/Konecny*² Art 32 EuGVVO Rz 4 mwN.

1410 Demnach kommen dem anerkannten Urteil im anderen Mitgliedsstaat dieselben Rechtswirkungen zu, wie im Ursprungsstaat (*Rassi* in *Fasching/Konecny*² Art 33 EuGVVO Rz 5 mwN).

1411 17 Ob 11/10g MR 2010, 409 [*P. Burgstaller*]; 2 Ob 140/10t iFamZ 2011/80 [*Deixler-Hübner*]; 1 Ob 156/10p; 4 Ob 56/12g; RIS-Justiz RS0028350 (T8), RS0074799 (T11).

1412 17 Ob 11/10g; 2 Ob 140/10t; 1 Ob 156/10p; 9 ObA 44/11b; 16 Ok 12/13 (Kartellverfahren); 10 Ob 61/14i JBl 2010, 601, [*König*] (einstweiliges Obsorgeverfahren).

1413 7 Ob 34/13w; 7 Ob 44/14t; 1 Ob 132/14i. Passender ist hier freilich, von einem zulässigen »Eingriff« in das rechtliche Gehör zu sprechen, der dieses Grundrecht gerade nicht zwingend verletzen muss.

1414 Die Gesetzesbestimmungen zum österreichischem Provisorialverfahren ermöglichen eine derartige Praxis im Sinne der neueren Rechtsprechung des EGMR (vgl. § 397 EO und § 402 Abs 4 EO iVm § 55 EO). Zum Teil trägt die EO dem Grundsatz, dass ein Gehörausschluss dann möglich ist, wenn die Effektivität der angestrebten Maßnahme von einer raschen Entscheidung abhängt,

es daher zulässig, die beantragte Verfügung ohne Anhörung des Antragsgegners zu erlassen, wenn durch die Anhörung der Zweck der einstweiligen Verfügung vereitelt wird.¹⁴¹⁵ Im Ergebnis wurde dies (ohne Berufung auf die EMRK) schon vor der *Micallef*-Entscheidung vertreten.¹⁴¹⁶ Allerdings hat sich nun das Regel-Ausnahme-Verhältnis verschoben: Nach der Judikatur *vor Micallef* war die Einseitigkeit (mangels Geltung von Art 6 EMRK) der Regelfall,¹⁴¹⁷ nunmehr stellt die Unterlassung der Gewährung vorangehenden Gehörs die zu begründende Ausnahme dar.¹⁴¹⁸ Im Regelfall ist der Antragsgegner anzuhören, es sei denn, der Zweck der einstweiligen Verfügung ist durch die Anhörung gefährdet.

Die Rechtslage im Provisorialverfahren dokumentiert für den innerösterreichischen Rechtsbereich, dass in einem von Art 6 EMRK umfassten Verfahren die Gewährung von rechtlichem Gehör dann eingeschränkt werden kann, wenn sonst die Durchsetzung eines zivilrechtlichen Anspruchs gefährdet wäre. Aus der referierten Rechtsprechung zum Verfügungsverfahren ist für die hier zu untersuchende Konstellationen insb die Argumentation hervorzuheben, mit der die Einschränkung von Verfahrensgarantien (also auch des Gehörsanspruchs und der umfassenden Parteiöffentlichkeit) einer der Parteien gerechtfertigt wird. EGMR und OGH stellen hier auf die sonst drohende *Vereitelung des Verfahrenszwecks* ab. Mit dieser Argumentation wird eine Überordnung des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Justizgewährungsanspruch bzw dem Recht auf effektive Rechtsverfolgung eine Absage erteilt. Besonders interessant ist dabei die Tatsache, dass damit auch im Zusammenhang mit *verfahrensrelevanten Umständen* eine Gehörseinschränkung als zulässig erachtet wird.

410

auch ausdrücklich Rechnung. Vgl § 382c Abs 1 oder § 382h Abs 3 EO und die entsprechenden Hinweise in den Materialien. Nach den Erläuterungen zum Gewaltschutzgesetz 1996, mit dem § 382c Abs 1 EO eingeführt wurde, ist das Instrument der einstweiligen Verfügung nach der vor der Novelle geltenden Rechtslage unter anderem auch deshalb relativ wirkungslos, weil nur sehr selten von der Anhörung des Gegners abgesehen werde (ErläutRV 252 BlgNR 20. GP 9f). Die Materialien zum Eherechts-Änderungsgesetz 1999, das § 382e EO (nunmehr § 382h EO) einführte, erachteten die Praxis der Anhörung des Sicherungsgegners als problematisch, wonach der vom Sicherungsantrag in Kenntnis gesetzte Antragsgegner noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung Schritte unternommen hätte, die letztlich dem Anliegen des Antragstellers nach Wohnungssicherung – nicht selten irreversibel – zuwiderliefen (ErläutRV 1653 BlgNR 20. GP 35). Bedenklich ist allerdings § 382a EO, wonach über einen Antrag eines Minderjährigen auf Gewährung vorläufigen Unterhalts ohne Anhörung des Elternteils zu entscheiden ist, wobei ein Widerspruch gleichzeitig ausgeschlossen wird (§ 397 Abs 1 EO).

1415 Vgl *Kodek* in FS-Delle Karth 539.

1416 6 Ob 697/78; 1 Ob 10/94 SZ 67/166 (zust *Pfersmann*, ÖJZ 1997, 377); RIS-Justiz RS0005416; *Heller/Berger/Stix*⁴ 2841.

1417 4 Ob 347/72 ÖBl 1974, 89; 1 Ob 10/94; 1 Ob 566/95; 9 Ob 22/06k; 6 Ob 99/06m; 4 Ob 49/09y; RIS-Justiz RS0005415 [*in der Regel*«] bzw RS0005557, RS0005878 (T2, T4) und RS0074799 (T4) [*grundsätzlich*«].

1418 2 Ob 140/10t; 1 Ob 156/10p; 9 ObA 44/11b; *Kodek* in FS-Delle Karth 539; *König*, *Einstweilige Verfügungen*⁵ Rz 6,42/1; *Mann-Kommenda*, *Rechtliches Gehör* 110 ff.

- 411 Die Entscheidung *Micallef* hat den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK für das Verfügungsverfahren geöffnet, weshalb eine Zurückdrängung des rechtlichen Gehörs zugunsten des effektiven Rechtsschutzes des Verfahrensgegners *nicht allein* mit der Vorläufigkeit der Maßnahme begründet werden kann. Das würde nämlich bedeuten, die alte Rechtsprechung zur Nichtanwendbarkeit des Art 6 EMRK im Provisorialverfahren implizit fortzuschreiben. Vielmehr ist nunmehr davon auszugehen, dass im Vollenwendungsbereich der EMRK das rechtliche Gehör *keinen unbedingten Vorrang* gegenüber anderen (mensenrechtlich) geschützten Rechtspositionen bzw. Verfahrensgarantien hat. Damit wird dem Recht auf Gehör der dominierende Rang unter den Grundrechten im Verfahren ausdrücklich abgesprochen, zumal eben nur die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des betroffenen Tribunals oder Richters (auch in Provisorialverfahren) vom EGMR als eine unentbehrliche und unveräußerliche Sicherheit qualifiziert werden.¹⁴¹⁹ Das rechtliche Gehör zählt hingegen »nur« zu jenen Rechten, die in besonderen Fällen bloß in jenem Ausmaß anwendbar sind, das mit der Art und dem Zweck des jeweiligen Provisorialverfahrens vereinbar ist.¹⁴²⁰
- 412 Auch aus der (neueren) Rechtsprechung des EGMR zum Provisorialverfahren ist der Schluss zu ziehen, dass die EMRK für die von ihr umfassten Causen durchaus Einschränkungen der Gehörsgewährung zulässt, wenn das deshalb geschieht, um einem von der EMRK umfassten Recht zum Durchbruch zu verhelfen *und* gleichzeitig dafür Sorge getragen ist, dass die Einschränkungen ausgeglichen werden. Ein derartiger Ausgleich kann durchaus in der nachträglichen Gehörsgewährung liegen (zB § 397 EO). Es wäre also verkürzt zu behaupten, dass der Höreingriff alleine deshalb möglich ist, weil es sich hier nur um eine vorläufige Maßnahme handelt. Die Vorläufigkeit wirkt wohl ausgleichend im Rahmen der erforderlichen Interessensabwägung mit dem auf das Recht auf effektive Rechtsdurchsetzung gestützten Eingriff in das rechtliche Gehör. Ein Ausgleich zur Zulässigkeit eines *ex parte*-Verfahrens im Anwendungsbereich der EMRK durch die Möglichkeit einer nachträglichen Anhörung ist wohl eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung zur Rechtfertigung des Eingriffs. Dies auch deshalb, weil der Verfahrenszweck der einstweiligen Verfügung über die bloße Sicherung eines Anspruchs hinausgeht. Nicht wenige einstweilige Verfügungen (man denke etwa an die sog. einstweiligen Verfügungen zur Sicherung der sonstigen Rechtssphäre nach § 381 Z 2 EO) regeln die zivilrechtlichen Rechtspositionen zwischen den Parteien bzw. zu Dritten. Dass dies nur vorläufig geschieht und die Regelung nicht unumkehrbar ist, ändert nichts daran, dass provisorische Maßnahmen in den Schutzbereich der *civil rights* fallen, wenn diese effektiv über den zivilrechtlichen Anspruch oder die Verpflichtung entscheiden – ungeachtet der Dauer ihrer

1419 EGMR 15.9.2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RSO127445.

1420 Vgl. auch 2 Ob 140/10t; 9 Ob 8/14p.

Geltung.¹⁴²¹ Darauf wurde ausdrücklich vom EGMR in der Entscheidung *Micallef* hingewiesen, wonach eine Entscheidung über eine einstweilige Verfügung häufig für eine erhebliche Zeitspanne – oder in Ausnahmefällen sogar endgültig – einer Entscheidung in der Sache gleichkommt. Die Praxis zeigt, dass die Wirksamkeit von provisorischen Maßnahmen, die trotz des provisorischen Charakters oft nicht mehr rückgängig gemacht werden können, in vielen Fällen über Jahre andauern kann.¹⁴²² Umso mehr ist die Wende des EGMR zu begrüßen, Art 6 EMRK für das Provisorialverfahren zu öffnen. Aus der gleichzeitig erfolgten Einschränkung ist für die hier zu prüfende Problematik abzuleiten, dass der Gehörsanspruch zugunsten des Rechts auf effektive Rechtsdurchsetzung, aber auch im Zusammenhang mit Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden kann. Denn damit kann in besonderen Einzelfällen nachgewiesen werden, dass bestimmte Verfahrensgarantien (unter anderem eben das Recht auf Gehör) nicht angewendet werden können, ohne das Erreichen des Verfahrenszwecks übermäßig zu beeinträchtigen.¹⁴²³ Dem Eingriff in das Gehör hat freilich ein Ausgleich gegenüberzustehen. Ein derartiger Ausgleich könnte durchaus darin liegen, dass die ausgeschlossene Naturalpartei von dritter Seite vertreten wird (dazu ausführlicher im 6. Teil).

D. Resümee

Die aktuellen Leitlinien des EGMR zum Umfang des Art 6 EMRK im Bereich des Straf- und Sicherheitsrechts sowie im Verfügungsverfahren sind verallgemeinerungsfähig. Ein Eingriff in das rechtliche Gehör der Parteien ist demnach dann zulässig, wenn dies unbedingt erforderlich ist, um wichtige öffentliche Interessen oder Interessen Dritter zu wahren, der Eingriff durch andere Maßnahmen ausgeglichen wird, und das Verfahren insgesamt fair bleibt. Im Sinne der Rechtsprechung des EGMR setzt eine Einschränkung des Art 6 EMRK voraus, dass der eigentliche Kern dieses Rechts nicht verletzt wird. Darüber hinaus wird eine Beschränkung nicht mit Art 6 Abs 1 EMRK vereinbar sein, wenn sie kein legitimes Ziel verfolgt und wenn die verwendeten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem vernünftigen Verhältnis stehen.¹⁴²⁴

Für den hier interessierenden verfahrensrechtlichen Schutz von Unternehmensgeheimnissen ist aus der referierten Rechtsprechung des EGMR folgendes abzuleiten: 1. Art 6 EMRK räumt den Parteien kein absolutes Recht auf unbe-

413

414

1421 EGMR 15.9.2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RS0127445; EGMR 29.3.2011, 50084/06, *RTBF/Belgien*.

1422 Vgl EGMR 29.3.2011, 50084/06, *RTBF/Belgien*.

1423 EGMR 15.9.2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RS0127445.

1424 Vgl zum Recht auf Zugang zum Gericht zB: EGMR 18.2.1999, 26083/94, *Waite & Kennedy und Beer & Regan/Deutschland* = EGM00231 Bsw26083.94-U.

schränkte Teilnahme im Verfahren und auf Zugang zu allen Grundlagen einer gerichtlichen Entscheidung ein. 2. Grundrechtlich geschützte Geheimhaltungsinteressen (somit auch Unternehmensgeheimnisse) können durchaus Eingriffe in das rechtliche Gehör rechtfertigen. 3. Mangels kategorischen Vorrangs des rechtlichen Gehörs gegenüber Geheimhaltungsinteressen sind Eingriffe in das rechtliche Gehör im Rahmen einer Interessensabwägung im Einzelfall zu bewerten. 4. Der Eingriff kann auch darin liegen, dass bestimmte Beweismittel oder Teile des Parteivorbringens gegenüber einer Partei geheim gehalten werden. 5. Einschränkungen des rechtlichen Gehörs einer Partei erfordern ausgleichende Maßnahmen, damit das Verfahren insgesamt fair ist. 6. Dem Gericht selbst müssen stets die vollen Einsichts- und Überprüfungsmöglichkeiten aller in der Entscheidung zu verwendenden Grundlagen offenstehen.

415 Aus dem Gesagten ist für die hier zu prüfenden Konstellationen, die von widerstreitenden Grundrechtspositionen geprägt sind, das Postulat abzuleiten, das *rechtliche Gehör* einer Partei zu wahren und *gleichzeitig* die Ansprüche auf *Justizgewährung* (effektiver Rechtsschutz) und *Schutz von Geschäftsgeheimnissen* zu berücksichtigen.¹⁴²⁵ Von Unternehmensgeheimnissen betroffene Tatsachen sollen in einer Art 6 EMRK entsprechenden Form in das Verfahren fließen und vom Gericht in seiner Entscheidung verwertet werden, ohne dass der vom Geheimnis auszuschließende Personenkreis davon erfährt.

III. Unionsrecht

A. Primärrechtliche Aspekte aus der Sicht der Rechtsprechung des EuGH

1. Geheimhaltung und rechtliches Gehörs

416 Neben der EMRK und einschlägiger Rechtsprechung des EGMR lassen sich auch aus dem europäischen Primärrecht und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH für die hier zu untersuchenden Konstellationen Lösungsvorschläge ableiten, deren Anwendung für den nationalen Zivilprozess in Betracht kommt. Dabei sind weniger die Grundfreiheiten oder das Diskriminierungsverbot, sondern die ebenfalls als Primärrecht geltenden Justizgrundrechte der GRC und der – als zentrale Vorgabe des europäischen Primärrechts für das Verfahrensrecht der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten¹⁴²⁶ garantierte – Effektivitätsgrundsatz (als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts) hervorzuheben. Aus der Sicht des unionsrechtlichen

¹⁴²⁵ In diesem Sinn auch *Schneider*, ÖJZ 2013, 153.

¹⁴²⁶ *Heinze*, EuR 2008, 656.

Primärrechts genießen demnach das *Recht auf Gehör*, der *Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung* (dazu unten) und *Geheimhaltungsinteressen* ebenfalls besonderen Schutz.¹⁴²⁷ Das oben im Bereich der EMRK skizzierte Spannungsfeld findet sich naturgemäß auch im Unionsrecht. Das wird dadurch verstärkt, dass der EuGH die Schutzstandards der EMRK weitgehend rezipierte.¹⁴²⁸ Ungeachtet der Anwendbarkeit der GRC bzw des Unionsrechts können die vom EuGH entwickelten Lösungsmodelle daher für reine Binnenfälle geprüft werden.

Auch für den Bereich des Unionsrechts verstößt es gegen elementare Rechtsgrundsätze, wenn eine gerichtliche Entscheidung auf Tatsachen und Schriftstücke gegründet wird, von denen beide Parteien – oder nur eine von ihnen – keine Kenntnis nehmen und zu denen sie daher nicht Stellung nehmen konnten.¹⁴²⁹ Insofern genießt der sich aus Art 6 EMRK ergebende Anspruch auf rechtliches Gehör auch nach dem Unionsrecht umfassenden Schutz (vgl Art 41 und 47 GRC). Aus der Rechtsprechung des EuGH folgt allerdings, dass dem Anspruch auf rechtliches Gehör *keine absolute Wirkung* zukommt, sondern er vielmehr mit anderen Rechten (etwa dem Recht auf effektiven Rechtsschutz und mit Geheimhaltungsinteressen) abzuwägen ist (Art 52 GRC). Eine Prinzipienhierarchisierung¹⁴³⁰ wird in diesem Bereich¹⁴³¹ vom EuGH nicht vorgenommen. Aus normativer Sicht wäre eine Gewichtung der entsprechenden Werte und Prinzipien oder ein qualifizierter Grundrechtsschutz in *diesem* Zusammenhang nicht gedeckt.¹⁴³²

Der EuGH knüpft an die oben referierte Rechtsprechung des EGMR an und kommt zu ähnlichen Ergebnissen wie dieser. Auch der EuGH betont, dass Grundrechte, wie die Wahrung der Verteidigungsrechte, *keine absoluten Rechte* sind, sondern Beschränkungen unterliegen können. Diese Einschränkungen müssen

1427 Ann/Hauck/Maute, Auskunftsanspruch, Rz 35.

1428 Heinze, EuR 2008, 656.

1429 ZB EuGH 22.3.1961, RS-42/59 und 49/59, *Snupat/Hohe Behörde*; EuGH 10.1.2002, C-480/99 P, *Plant u. a./Kommission und South Wales Small Mines*, Rn 24; EuGH 2.10.2003, C-199/99 P, *Corus UK/Kommission*, Rn 19.

1430 Allgemein dazu *Schroeder*, Abwägungsentscheidungen 76.

1431 Im Bereich der Grundrechte ist das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung gemäß Art 3 EMRK und Art 4 GRC absolut geschützt. Vgl EGMR 21.11.2001, 35763/97, *Al Adsani/Großbritannien*, Rn 60; EGMR 1.6.2010, 22978/05, *Gäffgen/Deutschland*, Rn 107. Entsprechendes gilt für das Verbot der Sklaverei (Art 4 EMRK) oder der Todesstrafe (Art 85 B-VG; Art 1 des 13. ZPMRK).

Davon zu unterscheiden ist der unantastbare Kernbereich bestimmter Grundrechte. So bleiben im Bereich des Art 6 EMRK (nur) die Kerngehalte eines fairen Verfahrens und des Anspruchs auf Zugang zu einem unabhängigen Gericht (nicht aber das Recht auf Gehör!) absolut geschützt. Vgl EGMR 15.9.2009, 17056/06, *Micallef/Malta* = RIS-Justiz RS0127445; *Breitenmoser/Weyeneth in Groeben/Schwarze/Hatje* Art 67 AEUV Rz 58 unter Hinweis auf Rechtsprechung des EuGH.

1432 Derartige ist in Deutschland etwa im Bereich des Art 79 Abs 3 GG der Fall; vgl *Schroeder*, Abwägungsentscheidungen 77 FN 50. Für Österreich wäre dabei an eine Gesamtänderung des B-VG zu denken (vgl Art 44 Abs 3 B-VG).

tatsächlich Zielen des Allgemeininteresses entsprechen, die mit der in Rede stehenden Maßnahme verfolgt werden, und dürfen nicht im Hinblick auf den verfolgten Zweck eine offensichtliche und unverhältnismäßige Beeinträchtigung der auf diese Weise gewährleisteten Rechte darstellen.¹⁴³³ Unter Anwendung dieser Grundsätze erachtet der EuGH sogar einen *Ausschluss einer Partei* vom Verfahren für denkbar. Allerdings kann eine solche Beschränkung nur dann nicht als offensichtliche und unverhältnismäßige Beeinträchtigung dieser Rechte angesehen werden, wenn sie sehr hohen Anforderungen genügt.¹⁴³⁴

419 Ähnlich wie bei den vom EGMR herausgearbeiteten Leitlinien ist auch hier nicht zu fragen, *ob* eine Einschränkung relevanter grundrechtlich geschützter Positionen möglich ist, sondern *wie* das zu geschehen hat. In mehreren Entscheidungen bejahte der EuGH Einschränkungen des rechtlichen Gehörs im Bereich des Geheimnisschutzes durchaus.

420 So lassen sich aus der zu einem Verfahren über eine Klage im Telekommunikationsbereich ergangenen Entscheidung des EuGH vom 13.7.2006 Rs C-438/04, *Mobistar SA/IBPT ua*, mögliche Einschränkungen des rechtlichen Gehörs zugunsten damit widerstreitender Geheimhaltungsinteressen ableiten. Dem Vorabentscheidungsersuchen lag eine Klage eines Mobilfunkbetreibers gegen eine Regulierungsbehörde zugrunde, bei der die klagende Partei die für die Übertragung einer Telefonnummer festgelegten Kosten als zu hoch erachtete. Dabei ging es um die Ausgestaltung des Verfahrens jener unabhängigen Beschwerdestelle,¹⁴³⁵ die zu Entscheidungen über Rechtsbehelfe gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden berufen ist, und vor allem darum, wie diese Stelle mit *vertraulichen Informationen* umzugehen hat, die von den Regulierungsbehörden berücksichtigt wurden. Zu prüfen war dabei die Auslegung des Art 4 der RL 2002/21/EG (Rahmen-RL), die Mitgliedstaaten zum effektiven Rechtsschutz verpflichtet.¹⁴³⁶

1433 EuGH 2.4.2009, C-394/07, *Gambazzi/DaimlerChrysler ua*, Rn 29; EuGH 15.3.2012, C-292/10, *G/de Visser*, Rn 49: »Dazu hat der Gerichtshof in Randnr. 29 des Urteils *Gambazzi* festgestellt, dass Grundrechte, wie die Wahrung der Verteidigungsrechte, keine absoluten Rechte sind, sondern Beschränkungen unterliegen können. Doch müssen diese Beschränkungen tatsächlich Zielen des Allgemeininteresses entsprechen, die mit der in Rede stehenden Maßnahme verfolgt werden, und dürfen nicht im Hinblick auf den verfolgten Zweck eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung dieser Rechte darstellen«.

1434 EuGH 2.4.2009, C-394/07, *Gambazzi/DaimlerChrysler ua*, Rn 46. Dabei muss ermittelt werden, welche Rechtsbehelfe der ausgeschlossenen Partei zur Verfügung stehen, und geprüft werden, ob sie in deren Rahmen über die Möglichkeit verfügt, unter Wahrung des kontradiktorischen Verfahrens und vollständiger Ausübung ihrer Verteidigungsrechte ihre Anhörung zu erreichen. Am Ende dieser Prüfungen ist eine Abwägung der verschiedenen Umstände vorzunehmen, um beurteilen zu können, ob sich der Ausschluss im Hinblick auf das vom Gericht verfolgte Ziel einer wirksamen Rechtspflege als offensichtliche und unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt.

1435 Auch diese ist ein Gericht iSd 234 EG.

1436 »Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass es auf nationaler Ebene wirksame Verfahren gibt, nach denen jeder Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, bei einer von den

Demnach musste der EuGH prüfen, ob das entscheidende Gericht über alle Informationen zur Berechnung der Kosten verfügen muss, einschließlich der Angaben, die nach den anzuwendenden Normen als Unternehmensgeheimnis vertraulich sind.

Der EuGH hielt fest, dass das *Entscheidungsorgan* über sämtliche (somit auch über vertrauliche) Informationen verfügen müsse, die erforderlich sind, um über die Begründetheit eines Rechtsschutzantrags entscheiden zu können. Der Schutz von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen müsse jedoch sichergestellt und so ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten im Einklang steht (Rn 40 und Rn 43).¹⁴³⁷ Wenngleich diese Formulierungen eher allgemein gehalten sind, lässt sich daraus ableiten, dass der Gerichtshof eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs dann für gerechtfertigt erachtet, wenn dadurch Geheimhaltungsinteressen (Geschäftsgeheimnis, vgl Rn 40 der Entscheidung) geschützt und die effektive Rechtsdurchsetzung dadurch sichergestellt wird. Diese Vorgaben lassen sich nur durch einen Wissensvorsprung des entscheidenden Gerichts gegenüber den oder einer der Parteien umsetzen.¹⁴³⁸ Der EuGH akzeptiert es somit, dass »das Gericht mehr sieht als die Parteien«. ¹⁴³⁹

Wenngleich sich diese Entscheidung auf die RL 2002/21/EG (Rahmen-RL) und damit auf einen Bereich des öffentlichen Rechts bezieht, kann das Urteil des EuGH für die hier zu prüfenden Konstellationen in einem klassischen Zivilprozess nutzbar gemacht werden. Das vom EuGH zu berücksichtigende *Spannungsfeld* zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimhaltungsinteressen unterscheidet sich im zu prüfenden Fall nicht von jenem, das in einem allgemeinen Zivilverfahren auftreten kann, zumal aus der Rahmen-RL sowohl die Pflicht zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes in einem fairen Verfahren (Art 4 leg cit) als auch zur Geheimhaltung abzuleiten ist (Art 5 Abs 3 leg cit). Die vom EuGH im konkreten Fall skizzierte Lösung kann somit die Forderung nach einer *praktischen Konkordanz* für das streitige Verfahren decken.

beteiligten Parteien unabhängigen Beschwerdestelle Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einlegen kann. Diese Stelle, die auch ein Gericht sein kann, muss über den angemessenen Sachverstand verfügen, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass den Umständen des Falles angemessen Rechnung getragen wird und wirksame Einspruchsmöglichkeiten gegeben sind. Bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens bleibt der Beschluss der nationalen Regulierungsbehörde in Kraft, sofern nicht die Beschwerdeinstanz anders entscheidet.«

1437 Die Entscheidung verwies dabei auf Art 5 Abs 3 Rahmen-RL, wonach die von den nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen des Informationsaustauschs zwischen ihnen und der Kommission als vertraulich angesehenen Informationen der Kommission übermittelt werden können, die allerdings eine entsprechende vertrauliche Behandlung sicherstellen muss.

1438 *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz 38.

1439 Vgl *Rassi*, ÖJZ 2014, 1043.

423

An die eben referierte Entscheidung knüpfte der EuGH für den Bereich des öffentlichen Vergabeverfahrens in der Entscheidung *Varec*¹⁴⁴⁰ an und entwickelte ähnliche Ansätze. Das Anlassverfahren war dabei ein von einem übergangenen Bieter gegen den belgischen Staat angestrebtes Streitiges (also »klassisches«) Zivilverfahren. Auch hier hielt der EuGH fest, dass der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen so ausgestaltet sein müsse, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten im Einklang stehe, wobei das Recht auf ein faires Verfahren beachtet werden müsse (Rn 52). Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens umfasse »im Allgemeinen« das Recht der Verfahrensbeteiligten, Kenntnis von den Beweismitteln und den beim Gericht eingereichten Erklärungen zu nehmen und diese zu erörtern (Rn 47). Unter Bezugnahme auf die oben referierte Rechtsprechung des EGMR¹⁴⁴¹ ging der EuGH davon aus, dass es in bestimmten Fällen zur Wahrung der Grundrechte eines Dritten oder zum Schutz wichtiger Interessen der Allgemeinheit erforderlich sein könne, den Parteien bestimmte Informationen vorzuenthalten (Rn 47). Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens verleihe den Parteien im Rahmen einer Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers betreffend ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags keinen Anspruch auf *unbegrenzten* und *uneingeschränkten* Zugang zu allen bei der Nachprüfungsinstanz eingereichten und dieses Vergabeverfahrens betreffenden Informationen. Vielmehr sei dieses *Zugangsrecht* gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer *vertraulichen Angaben* und ihrer *Geschäftsgeheimnisse* abzuwägen (Rn 51). Die Prüfungsinstanz (also das Gericht) müsse aber über sämtliche Informationen verfügen, die erforderlich seien, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können – also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse. Der EuGH hielt es somit für zulässig, dass die Parteioffentlichkeit zugunsten des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen eingeschränkt wird, obwohl diese vertraulichen Umstände als Teil der Entscheidung berücksichtigt werden. Er ließ dabei jedoch offen, wie das Verfahren dabei konkret auszugestalten ist.¹⁴⁴²

1440 EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien* RPA 2008, 99 [*Frauenberger-Pfeiler*]. Vgl dazu auch *Eisner/Schiffkorn*, ZVB 2010, 143.

1441 Ausdrücklich nahm der EuGH dabei auf EGMR 16.2.2000, 28901/95, *Rowe und Davis/Vereinigtes Königreich* und EGMR 24.4.2007, 40412/98, *V./Finnland*, Rn 75 Bezug.

1442 *Stadler*, ZJP 123 (2010) 274 FN 64. Die Folgen für die Praxis des Vergabeverfahrens beschreibt *Oppe*l (ZVB 2015, 491). Demnach würden die Parteien des Nachprüfungsverfahrens ihre Schriftsätze vielfach auch in einer geschwärzten, sogenannten »nicht vertraulichen« Version für die jeweiligen Prozessgegner vorlegen. Diese Schwärzungen seien dann problematisch, wenn sie zu umfangreich sind. Vgl dazu auch die Entscheidung des VwGH 2011/04/0207, die zwar allzu umfangreiche Anonymisierung zum Anlass nahm, den angefochtenen Bescheid aufzuheben, das Vorgehen aber nicht *per se* für unzulässig hält [*Ausgehend davon, dass die belangte Behörde der Beschwerdeführerin im Verfahren über deren Nachprüfungsantrag das seitenlange Vorbringen der gegnerischen Auftrag-*

In einer Reihe von weiteren Entscheidungen ging der EuGH bei der Abwägung von Geheimhaltungsinteressen mit dem Recht auf Gehör (Art 41 bzw 47 GRC) – im Sinne der oben referierten Rechtsprechung des EGMR – davon aus, dass Parteien bei überwiegenden öffentlichen Interessen oder Interessen Dritter im notwendigen Ausmaß von Beweisen ausgeschlossen werden können, die das Gericht zur Prüfung seiner Entscheidung verwendet.

424

In einem Verfahren auf Nichtigklärung einer Verordnung der Europäischen Kommission bezüglich der Aufnahme des Klägers in eine Sanktionenliste (wegen Verbindungen zu terroristischen Organisationen) zur Umsetzung einer Resolution des UN-Sicherheitsrats hatte der EuGH ua zu prüfen, ob dem überprüfenden Gericht und dem Betroffenen der Zugang zu diesen (ihn belastenden) Informationen verwehrt werden könne. Der EuGH hielt in dieser Entscheidung vom 18.7.2013, C-584/10 P, *Kadi/Kommission*, fest, dass schon im Hinblick auf die Grundrechte als Bestandteil der Unionsrechtsordnung grundsätzlich eine umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit sämtlicher Handlungen der Union gewährleistet sein muss (Rn 97). Allerdings seien Einschränkungen der Verteidigungsrechte und des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zulässig (Rn 101). Im Anlassfall wurde es freilich als nicht ausreichend betrachtet, dass dem Gericht und dem Kläger ein vertrauliches Dokument nur in Form einer Zusammenfassung vorgelegt wurde. Im Hinblick auf Art 47 GRC müsse sich die gerichtliche Kontrolle nämlich nicht auf die Beurteilung der abstrakten Wahrscheinlichkeit der angeführten Gründe beschränken, sondern auf die Frage erstrecken, ob diese Gründe – oder zumindest einer von ihnen, der für sich genommen als ausreichend angesehen wird, um diese Entscheidung zu stützen – erwiesen sind (Rn 119). Dabei ist besonders hervorzuheben, dass der EuGH eine umfassende Prüfung des Gerichts und damit einen unbeschränkten Zugang zu allen relevanten Entscheidungsgrundlagen betont. Gleichzeitig hält er aber fest, dass »*zwingende Erwägungen der Sicherheit oder der Gestaltung der internationalen Beziehungen der Union oder ihrer Mitgliedstaaten der Mitteilung bestimmter Informationen oder Beweise an die betroffene Person entgegenstehen können*« (Rn 125). Aus diesem Urteil geht hervor, dass das rechtliche Gehör einer Partei zugunsten anderer Interessen auch hinsichtlich jener Umstände beschränkt werden kann, die in die Entscheidung (mit)einfließen. Im Sinne der referierten Judikatur des EGMR werden vom Gericht in diesem Fall *ausgleichende Maßnahmen* verlangt (Rn 125 ff).¹⁴⁴³ »Bei

425

geberin vorenthalten hat, wäre es vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage [...] Aufgabe der belangten Behörde gewesen, zunächst Feststellungen darüber zu treffen, welche Themen das der Beschwerdeführerin vorenthalte Vorbringen der Auftraggeberin betrifft, um daran anknüpfend rechtlich zu beurteilen, ob und inwieweit ein – überwiegendes – Interesse an der Geheimhaltung des jeweiligen Vorbringens besteht und weshalb trotz der Geheimhaltung eine effektive Rechtsverfolgung durch die Beschwerdeführerin möglich sei. Ausführungen dieser Art fehlen im angefochtenen Bescheid gänzlich.«]

1443 »In einem solchen Fall muss allerdings der Unionsrichter, dem die Geheimhaltungsbedürftigkeit oder Vertraulichkeit dieser Informationen oder Beweise nicht entgegengehalten werden kann, im Rahmen

diesem Ausgleich kann auf Möglichkeiten wie die Übermittlung einer Zusammenfassung des Inhalts der fraglichen Informationen oder Beweise [Anm: an die betroffene Partei] zurückgegriffen werden.« (Rn 129).

426

In der Entscheidung des EuGH vom 4. 6. 2013 C-300/11, ZZ/*Secretary of State for the Home Department*, waren die nach Kap VI der Richtlinie 2004/38/EG möglichen Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu prüfen. Demnach verstoße es gegen das Grundrecht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn eine gerichtliche Entscheidung auf Tatsachen und Schriftstücke gegründet würde, von denen die Parteien – oder eine von ihnen – keine Kenntnis nehmen und zu denen sie daher nicht Stellung nehmen konnten. Steht aber im Sinne des Art 27¹⁴⁴⁴ der Richtlinie 2004/38/EG die Sicherheit des Staats einer Mitteilung der entsprechenden Gründe an den Betroffenen entgegen, kann der Betroffene von entsprechenden Informationen im unbedingt erforderlichen Aus-

der von ihm ausgeübten gerichtlichen Kontrolle Techniken anwenden, die es ermöglichen, die legitimen Sicherheitsinteressen in Bezug auf die Art und die Quellen der Informationen, die beim Erlass des betreffenden Rechtsakts berücksichtigt wurden, auf der einen Seite und das Erfordernis, dem Einzelnen die Wahrung seiner Verfahrensrechte wie des Rechts, gehört zu werden, und des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens hinreichend zu garantieren, auf der anderen Seite zum Ausgleich zu bringen.«

1444

Art 27

Allgemeine Grundsätze:

(1) Vorbehaltlich der Bestimmungen dieses Kapitels dürfen die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken. Diese Gründe dürfen nicht zu wirtschaftlichen Zwecken geltend gemacht werden.

(2) Bei Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren und darf ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein. Strafrechtliche Verurteilungen allein können ohne Weiteres diese Maßnahmen nicht begründen. Das persönliche Verhalten muss eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig.

(3) Um festzustellen, ob der Betroffene eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt, kann der Aufnahmemitgliedstaat bei der Ausstellung der Anmeldebescheinigung oder – wenn es kein Anmeldesystem gibt – spätestens drei Monate nach dem Zeitpunkt der Einreise des Betroffenen in das Hoheitsgebiet oder nach dem Zeitpunkt, zu dem der Betroffene seine Anwesenheit im Hoheitsgebiet gemäß Art 5 Absatz 5 gemeldet hat, oder bei Ausstellung der Aufenthaltskarte den Herkunftsmitgliedstaat und erforderlichenfalls andere Mitgliedstaaten um Auskünfte über das Vorleben des Betroffenen in strafrechtlicher Hinsicht ersuchen, wenn er dies für unerlässlich hält. Diese Anfragen dürfen nicht systematisch erfolgen. Der ersuchte Mitgliedstaat muss seine Antwort binnen zwei Monaten erteilen.

(4) Der Mitgliedstaat, der den Reisepass oder Personalausweis ausgestellt hat, lässt den Inhaber des Dokuments, der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit aus einem anderen Mitgliedstaat ausgewiesen wurde, ohne jegliche Formalitäten wieder einreisen, selbst wenn der Personalausweis oder Reisepass ungültig geworden ist oder die Staatsangehörigkeit des Inhabers bestritten wird.

maß ausgeschlossen werden (Rn 69). Dabei müsse das zuständige Gericht »*verfahrensrechtliche Techniken und Regeln zu seiner Verfügung haben und anwenden, die es ermöglichen, die legitimen Erwägungen der Sicherheit des Staates in Bezug auf die Art und die Quellen der Informationen, die beim Erlass der betreffenden Entscheidung berücksichtigt worden sind, auf der einen und das Erfordernis, dem Einzelnen seine Verfahrensrechte wie das Recht, gehört zu werden, und den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens hinreichend zu gewährleisten, auf der anderen Seite zum Ausgleich zu bringen*« (Rn 57). Auch hier wird hervorgehoben, dass es dem entscheidenden Gericht ermöglicht werden muss, von *allen* Gründen und den entsprechenden Beweisen Kenntnis zu nehmen, auf deren Grundlage die Entscheidung getroffen wurde (Rn 59), während der betroffenen Partei der wesentliche Inhalt der Gründe, auf denen die fragliche Entscheidung beruht, (nur) in einer Weise mitgeteilt wird, die die erforderliche Geheimhaltung der Beweise gebührend berücksichtigt (Rn 68).

Auch das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU judiziert im Rahmen der oben referierten Rechtsprechung. In seiner Entscheidung vom 12. 5. 2011 F 50/09, *Livio Missir Mamachi di Lusignano/Kommission*, hielt es unter Bezugnahme auf die Entscheidung EGMR 19. 2. 2009, *A. ua/Großbritannien*, 3455/05, fest, dass das Recht auf ein vollständig kontradiktorisches Verfahren (immerhin) insoweit eingeschränkt werden könne, als es zur Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses wie der nationalen Sicherheit, des Erfordernisses, bestimmte polizeiliche Methoden zur Aufdeckung von Gesetzesverstößen geheim zu halten, oder des Schutzes von Menschenrechten Dritter unbedingt notwendig ist (Rn 153), wobei *Einschränkungen der Parteirechte* durch die von den Justizbehörden eingehaltenen Verfahren hinreichend *aufgewogen* werden müssten (Rn 153). Die entsprechende (strafrechtliche) Rechtsprechung des EGMR sei auf die von ihm zu beurteilende zivilrechtliche Klage¹⁴⁴⁵ anzuwenden (Rn 154). Der Schutz der Vertraulichkeit der Auszüge aus dem Dokument über die Sicherheitsnormen und -kriterien verlange, dass der Kläger Zugang zu dem genannten Dokument *nur in Form der Zusammenfassung* erhält und dass folglich das Verfahren nicht vollständig kontradiktorisch ist. Das Recht des Klägers auf effektiven Rechtsschutz könne in einer solchen Lage nur sichergestellt werden, wenn das Gericht unter Abweichung von Art 44 Abs 1 der Verfahrens-

1445 Es waren die mit Klage gegen die EU-Kommission geltend gemachten Ansprüche von Erben eines getöteten EU-Beamten zu prüfen. Dabei nahm die Beklagte auch auf zwei EU-Verschlussdokumente Bezug. Das Gericht war der Ansicht, dass eines der beiden als Verschlussache »*EU – Nur für den Dienstgebrauch*« klassifizierten Dokumente für die Entscheidung der Rechtssache von besonderer Bedeutung sein konnte. Es forderte die Kommission auf, dieses Dokument vorzulegen. In dem Beschluss hat es die Sicherheitsmaßnahmen bestimmt, unter denen die Einsichtnahme in das Dokument erfolgen kann. Es hat insb darauf hingewiesen, dass nur der Kanzler und die Mitglieder des Spruchkörpers berechtigt sind, das Dokument einzusehen, und zwar nur in der Kanzlei, wo es verwahrt wird, und dass weder der Kläger noch sein Rechtsanwalt diese Urkunde einsehen dürfen. Im Folgenden war ua die Frage zu klären, ob die relevanten Auszüge aus diesem Dokument, die aus berechtigten Gründen der Sicherheit dem Kläger nur in Form einer kurzen Zusammenfassung zugänglich gemacht werden konnten, dennoch vom Gericht bei der Prüfung, ob im vorliegenden Fall die Kommission eine Pflichtverletzung begangen hat, berücksichtigt werden konnten.

ordnung¹⁴⁴⁶ sich selbst auf die relevanten Auszüge aus dem Dokument stützt, um *in voller Kenntnis* der Umstände entscheiden zu können, auch wenn die Kommission die Auszüge dem Gericht nur zur Prüfung der Vertraulichkeit des Dokuments vorgelegt hat (Rn 156). Es gehe dabei darum, ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen der Wahrung der Vertraulichkeit des Dokuments und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes zu finden, wobei dem Kläger eine effektive gerichtliche Kontrolle zugutekommen müsse (Rn 67). Auch aus dieser Entscheidung ist abzuleiten, dass *dem Gericht, nicht aber der Partei* die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen umfassend zur Verfügung stehen müssen.

2. Geheimhaltung und effektiver Rechtsschutz

427 Ebenso wenig wie dem rechtlichen Gehör räumt die Judikatur des EuGH dem Geheimnisschutz einen automatischen Vorrang gegenüber anderen grundrechtlich geschützten Positionen ein. Das wird in jenen Konstellationen deutlich, bei denen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes mit Geheimhaltungsinteressen kollidiert.

428 Unionsrechtlich leitet der EuGH aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (*»effet utile«*)¹⁴⁴⁷ ab, dass eine Partei – auch ungeachtet allfälliger Geheimhaltungsinteressen Dritter – Zugang zu Informationen haben muss, um ihre Rechte durchzusetzen.¹⁴⁴⁸ Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gilt als zentrale Vorgabe des europäischen Primärrechts für das Verfahrensrecht der Union und ihrer Mitgliedstaaten.¹⁴⁴⁹ Es zählt zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts,¹⁴⁵⁰ wobei der EuGH sich dabei auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, aber auch auf Art 6 und 13 EMRK beruft.¹⁴⁵¹ In der GRC ist es in Art 47 normiert. Im Gegensatz zu Art 65 EGV fordert der Katalog des Art 81 Abs 2 AEUV, der eine justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug sicherstellen soll, Maßnahmen zur Sicherstellung eines effektiven Zugangs zum Recht.

1446 Art 44 (1): Vorbehaltlich des Artikels 109 Absatz 5 berücksichtigt das Gericht nur Unterlagen und Beweisstücke, von denen die Vertreter der Parteien Kenntnis nehmen und zu denen sie Stellung nehmen konnten.

1447 Demnach darf ein unionsrechtlicher Anspruch nicht so beschaffen sein, dass dessen Durchsetzung praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird. Vgl in diesem Sinne ua EuGH 16.12.1976, Rs-33/76, *Rewe-Zentralfinanz ua/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Rn 5; EuGH 14.12.1995, C-312/93, *Peterbröck Van Campenhout/Belgien*, Rn 12; EuGH 15.1.2013, C-416/10, *Križan ua/Slovenská inšpekcia životného prostredia*, Rn 85; EuGH 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési*, Rn 48.

1448 EuGH 14.6.2011, Rs C-360/09, *Pfeiderer AG/Bundkartellamwalt*, Rn 30; EuGH 6.6.2013, Rs C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donauchemie*, Rn 32.

1449 *Heinze*, EuR 2008, 656.

1450 EuGH 15.5.1986, Rs 222/84, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rn 18. EuGH 15.10.1987, Rs 222/86, *UNECTEF/Heylens ua*.

1451 EuGH 15.5.1986, Rs 222/84, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rn 18. EuGH 15.10.1987, Rs 222/86, *UNECTEF/Heylens ua*; EuGH 22.9.1998, Rs C-185/97, *Coote/Granada Hospitality*, Rn 21f.

Die Möglichkeit, Geheimhaltungsinteressen zugunsten effektiver Rechtsdurchsetzung zurückzudrängen, ergibt sich bereits aus den oben referierten Entscheidungen. In der Entscheidung *Varec*¹⁴⁵² hielt der EuGH fest, dass der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen so ausgestaltet sein müsse, dass er nicht nur mit der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten im Einklang stehen müsse, sondern *auch* mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes (Rn 52). In der Entscheidung vom 18.7.2013, C-584/10 P, *Kadi/Kommission*, hob der EuGH den (gleichrangigen) Grundrechtsstatus des effektiven Rechtsschutzes unter Bezugnahme auf Art 47 GRC hervor (vgl Rn 98 ff), wenngleich Einschränkungen zulässig seien (Rn 101). In der Entscheidung vom 4.6.2013, C-300/11, *ZZ/Secretary of State for the Home Department*, betonte der EuGH (Rn 64 und Rn 69), dass derartige Einschränkungen nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß zulässig seien. Auch das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU hielt in seiner Entscheidung vom 12.5.2011 F 50/09, *Livio Missir Mamachi di Lusignano/Kommission*, fest, dass ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen der Wahrung der Vertraulichkeit von Beweismitteln und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes gefunden werden müsse (Rn 67).

429

Die eben angeführten Entscheidungen betreffen Situationen, bei denen der Schutz von Geheimhaltungsinteressen gleichermaßen das rechtliche Gehör *und* den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz berührt. Diese Parallelität ist hier mehr als naheliegend, zumal Art 6 EMRK (ähnlich wie Art 47 GRC¹⁴⁵³) das Recht auf Gehör *und* auf Justizgewährung, das wiederum eng mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz verknüpft ist, umfasst.¹⁴⁵⁴

430

Allerdings sind Situationen denkbar, bei denen Geheimhaltungsinteressen mit dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz kollidieren, ohne dass dabei das rechtliche Gehör eine entscheidende Rolle spielt.

431

Besonders deutlich wird das in Konstellationen bei der Akteneinsicht. So sprach der EuGH in seiner Entscheidung vom 6.6.2013, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donauchemie*, Rs C-536/11, aus, dass insb der Effektivitätsgrundsatz einer Bestimmung des nationalen Rechts (hier § 39 Abs 2 KartellG 2005¹⁴⁵⁵) entgegenstehe, wonach die Akteneinsicht (ua in Dokumente, die im Rahmen eines Kronzeugenprogramms

432

1452 EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, RPA 2008, 99 [*Frauenberger-Pfeiler*]. Vgl dazu auch *Eisner/Schiffkorn*, ZVB 2010, 143.

1453 Beachte allerdings auch Art 41 GRC.

1454 Dieses Recht wird vom Verfassungsgerichtshof wiederum aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet (vgl zB VfSlg 14.702; 16.772; 17.340; 19.921 oder 19.969). Demnach bedeute »faktische Effizienz für den Rechtsschutzwerber«, dass der Betreffende sowohl die Möglichkeit haben muss, eine »Entscheidung rechtsrichtigen Inhalts« zu erlangen wie auch deren »Umsetzung [...] in den Tatsachenbereich« zu bewirken. Eine Einschränkung ist nur (aber immerhin!) aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig.

1455 In die Akten des Kartellgerichts können am Verfahren nicht als Partei beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen.

übermittelt wurden) nicht am Kartellverfahren beteiligter Dritter, die Schadenersatzklagen gegen Kartellteilnehmer erwägen, nicht allein von der Zustimmung aller Parteien dieses Verfahrens abhängen dürfe, ohne dass das Gericht die Möglichkeit hätte, die betroffenen Interessen *gegeneinander abzuwägen* (Rn 49). Diesem Urteil ist somit eine klare *Absage an jede starre Regel* – sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines unbeschränkt zu gewährenden Zugangs zu diesen – zu entnehmen (vgl Rn 31).

433 Bereits im Urteil vom 14. 6. 2011, Rs C-360/09, *Pfeiderer AG/Bundeskartellamt* ging der EuGH davon aus, dass einem durch ein Kartell Geschädigten die Möglichkeit eingeräumt werden könne, in jene Aktenteile eines Bußgeldverfahrens Einsicht zu nehmen, die den Kronzeugen betreffen (Rn 32). Die Abwägung der *Geheimhaltungsinteressen* des Kronzeugen mit den *Informationsinteressen* des Geschädigten sei im Rahmen des nationalen Rechts nur im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte vorzunehmen (Rn 32). Die Entscheidung arbeitet plastisch heraus, dass sich die widerstreitenden Interessen in der vom EuGH zu beurteilenden Konstellation auf die gleichen Wurzeln zurückführen lassen: Sowohl die Kronzeugenregelung als auch die Möglichkeit einer Schadenersatzklage gegen die am Kartell Beteiligten dienen der »*wirksamen Anwendung der Art 101 AEUV und 102 AEUV*« (Rn 25). Das Ziel dieser Bestimmung, nämlich die Verhinderung einer Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, könnte durch eine effektive Kronzeugenregelung oder durch Klagen der Geschädigten erreicht werden. Weiters postuliert der EuGH, dass die nationalen Rechtsvorschriften die Erlangung von Schadenersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Schließlich sei es den Mitgliedstaaten verwehrt, für die Durchsetzung der auf europäisches Wettbewerbsrecht gestützten Schadenersatzansprüche weniger günstige Normen vorzusehen als für vergleichbare innerstaatliche Möglichkeiten.

3. Resümee

434 Nach den referierten unionsrechtlichen Entscheidungen werden widerstreitende Interessen in den hier zu untersuchenden Konstellationen grundsätzlich als gleichrangig qualifiziert. Ebenso wie nach dem EGMR kommt auch nach dem EuGH weder dem rechtlichen Gehör noch dem Recht auf effektiven Rechtsschutz oder den Geheimhaltungsinteressen absoluter Vorrang zu. Der EuGH erteilt – aus unionsrechtlicher Sicht – einem absoluten Schutz von Geheimhaltungsinteressen damit eine *Absage*. Das bedeutet aber keinen Vorrang des Informationsinteresses eines (potentiellen) Beweisführers, zumal neben einer Gewährung des Zugangs zu Informationen dessen Verweigerung möglich ist.

435 Während das Gericht stets über sämtliche Grundlagen der Entscheidung verfügen muss, sind Eingriffe in das rechtliche Gehör der Parteien möglich, um

Geheimhaltungsinteressen zu wahren. Dabei sind die im Verfahren betroffenen grundrechtlich geschützten Positionen gegeneinander abzuwägen. Die Judikatur des EuGH bietet dabei keine fixen Vorgaben für die vorzunehmende Interessensabwägung von Geheimhaltungsinteressen mit den Rechten auf Gehör und effektiven Rechtsschutz. Dessen ungeachtet ist ihre Bedeutung im hier interessierenden Zusammenhang nicht zu unterschätzen. Im Ergebnis muss der gebotene Schutz von Geheimnissen mit dem Recht auf Gehör und effektiver Rechtsverfolgung in Einklang gebracht werden. Räumt das materielle Recht Rechtspositionen ein, muss das Verfahrensrecht einen gangbaren Weg zeigen, diese durchzusetzen. Es soll dabei vermieden werden, dass der Berechtigte abgeschreckt wird,¹⁴⁵⁶ seine Rechte gerichtlich geltend zu machen. Gerade deshalb ist das hier vertretene Konzept von der grundsätzlich zu bejahenden prozessualen Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei geboten, damit die beweisbelastete Partei nicht an einer Beweisnot scheitert, die vom Gegner leicht behoben werden könnte. Gleichzeitig ist aber das Recht auf Geheimhaltung bestmöglich zu wahren, damit es Letzterem zumutbar ist, im Verfahren mitzuwirken und aufzuklären, ohne wiederum den Anspruch des rechtlichen Gehörs des Beweisführers unbillig einzuschränken. Letzteres erfordert ausgleichende Maßnahmen, damit das Verfahren insgesamt fair bleibt.

B. Sekundärrechtliche Beispiele für einen Interessensausgleich

1. Allgemeines

Die vom EuGH vertretenen Grundsätze kommen im sekundären Recht zum Ausdruck. Das unionsrechtliche Sekundärrecht bietet mannigfaltige Beispiele dafür, dass die Anforderungen an eine effektive Rechtsdurchsetzung bzw. das rechtliche Gehör nicht an der gebotenen Vertraulichkeit scheitern dürfen und umgekehrt. Im Gegensatz zum österreichischen Prozessrecht ist nicht ein »Entweder-oder«-Konzept, sondern ein »sowohl als auch«-Ansatz prägend. Ausgangssituation ist die Überlegung, dass viele relevante Beweismittel, die zur Durchsetzung von Ansprüchen erforderlich sind, sich in der Sphäre des Gegners oder Dritter befinden und einer Partei häufig nicht hinreichend bekannt oder zugänglich sind.¹⁴⁵⁷ Das deckt sich mit der oben beschriebenen Ausgangssituation (Rz 7f). Viele Regelungen wollen einer derartigen *Informationsasymmetrie* unabhängig von einer allfälligen Beweislast mit einer Offenlegungspflicht entgegenwirken, wobei *gleichzeitig* der Schutz vertraulicher Informationen berücksichtigt werden soll.

436

1456 EuGH 22. 9. 1998, Rs C-185/97, *Coote/Granada Hospitality*, Rn 27.

1457 Vgl den Erwägungsgrund 15 der Kartellschadenersatz-RL; *D. Dirnbacher*, ÖZK 2014, 184.

2. Durchsetzungs-RL

a. Inhalt und Umsetzung

437 Als Paradebeispiel gilt die (auch für nationale Binnenfälle anzuwendende)¹⁴⁵⁸ Durchsetzungs-RL (oder Enforcement-RL).¹⁴⁵⁹ Das »Kern-«¹⁴⁶⁰ bzw »Herzstück«¹⁴⁶¹ dieser RL betrifft die Erlangung von Beweisen¹⁴⁶² bei *gleichzeitiger* Bewahrung vertraulicher Information. Damit hat der Unionsgesetzgeber erstmals einen Katalog von prozessualen Maßnahmen und Verfahren zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten vorgeschlagen.¹⁴⁶³ Diese RL bietet für viele den argumentativen Ansatzpunkt für ein Geheimverfahren oder *in camera*-Verfahren zumindest im von der RL umfassten Bereich des geistigen Eigentums (Patentrecht, Markenschutz, Urheberrecht etc), und zwar gerade für den hier zu untersuchenden Ausgangsfall der Beweisnot des Beweisführers und der Beweisnähe des Gegners, dem eine Kooperation zumutbar gemacht werden soll. *Zum einen* soll die Rechtsdurchsetzung auf dem Gebiet des geistigen Eigentums¹⁴⁶⁴ erleichtert und das Informationsgefälle¹⁴⁶⁵ zwischen dem (potentiellen) Verletzer und dem Verletzten ausgeglichen werden.¹⁴⁶⁶ Der Berechtigte kann nämlich – entsprechend der oben geschilderten Ausgangssituation – in vielen Fällen die Verletzungen nur mit Hilfe des Verletzers oder Dritter aufklären.¹⁴⁶⁷ Die RL will diese *strukturelle Beweisnot* ausgleichen. *Zum anderen* müssen dabei auch die Geheimhaltungsinteressen des Verletzers, insb

1458 *McGuire*, ÖBl 2004, 256; *von Hartz*, ZUM 2005, 377. Vgl auch den Bericht der Europäischen Kommission vom 22.12.2010 über die Anwendung der RL.

1459 RL 2004/48 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

1460 *McGuire*, ÖBl 2004, 257.

1461 *Schachter*, *ecolex* 2006, 810.

1462 Bereits die Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft gibt in ihrem Art 8 den Mitgliedsstaat allgemein zur Aufgabe, dass ein verletzter Schutzinhaber seine Rechte effektiv durchsetzen kann.

1463 *Spindler/Weber*, MMR 2006, 711; vgl auch *McGuire*, ÖBl 2004, 258, die hervorhebt, »dass die RL zahlreiche originär prozessuale Vorgaben enthält, die nach der österreichischen Gesetzssystematik bisher nicht von den Materiengesetzen umfasst sind.« Zur Frage der unionsrechtlichen Kompetenz für derartige Maßnahmen vgl *Jaeger*, JBl 2007, 349.

1464 Nach Auffassung der Kommission (ABl L 94 S 37) fallen mindestens folgende Rechte des geistigen Eigentums unter die genannte Richtlinie: Urheberrechte; dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte; Schutzrechte *sui generis* der Hersteller von Datenbanken; Schutzrechte der Schöpfer der Topografien von Halbleitererzeugnissen; Markenrechte; Schutzrechte an Geschmacksmustern; Patentrechte einschließlich der aus ergänzenden Schutzzertifikaten abgeleiteten Rechte; geografische Herkunftsangaben; Gebrauchsmusterrechte; Sortenschutzrechte; Handelsnamen, soweit es sich dabei nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaates um ausschließliche Rechte handelt. Zu diesem »übergreifenden« Ansatz des Unionsrechts vgl auch *Busch/Kopp/McGuire/M. Zimmermann*, GPR 2009, 150.

1465 Vgl *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 1 [*»Asymmetrische Verteilung von Informationen«*].

1466 *Schneider*, Geheimnisschutz 166.

1467 *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz 3.

dessen Unternehmensgeheimnisse, gewahrt bleiben. Vgl etwa den Erwägungsgrund 20, wonach die Verfahren den Rechten der Verteidigung Rechnung tragen *und* (gemeint: gleichzeitig!) die erforderlichen Sicherheiten einschließlich des Schutzes vertraulicher Informationen bieten sollten.¹⁴⁶⁸ Im Hinblick auf die von dieser Richtlinie anerkannte zentrale Bedeutung von Beweismitteln für die Feststellung einer Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums soll sichergestellt werden, dass wirksame Mittel zur Vorlage, zur Erlangung und zur Sicherung von Beweismitteln zur Verfügung stehen. *Gleichzeitig* muss aber der Schutz vertraulicher Informationen gewahrt bleiben. Rechtsdurchsetzung und Vertraulichkeit werden als gleichrangig bewertet.

Die RL stellt demnach nur auf den Schutz von Geheimnissen ab, auf die sich der (vermeintliche) Verletzer beruft und deren Offenlegung dem Kläger nützen kann, nicht aber auf Geheimnisse des Klägers. Das entspricht dem System der RL, die die Durchsetzung absolut geschützter Schutzrechte erleichtern will. Macht der Kläger derartige absolut geschützte Schutzrechte geltend, hat deren Offenlegung in der Klage ohnedies keine nachteiligen Wirkungen für den Kläger.¹⁴⁶⁹ Zudem betreffen derartige Rechte (zB Patentrechte¹⁴⁷⁰) keine Geheimnisse.

Die Bedachtnahme auf widerstreitende Interessen kommt dadurch zum Ausdruck, dass in der Richtlinie (im Gegensatz zum TRIPS-Übereinkommen) dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* zentrale Bedeutung zukommt.¹⁴⁷¹ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört, dass die von einem Unionsrechtsakt eingesetzten Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen.¹⁴⁷² Der Grundsatz der Verhältnis-

438

1468 Vgl auch den Hinweis im Bericht der Europäischen Kommission vom 22.12.2010 über die Anwendung der RL, 8: »Der europäische Rechtsrahmen für den Schutz personenbezogener Daten einerseits und die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums andererseits sind insofern neutral, als es keine Regel gibt, die besagt, dass das Recht auf Privatsphäre generell Vorrang vor dem Eigentumsrecht haben sollte oder umgekehrt.«

1469 McGuire/Joachim/Künzel/Weber, GRUR Int 2010, 835.

1470 Im Gegenteil. Der Begriff des Patents leitet sich von lat *patere* – offenstehen (*patent* – sie liegen offen dar) ab und bezeichnete ursprünglich königliche Erlässe und Verordnungen, die man – als offene Briefe – lesen konnte ohne ein Siegel zu brechen (vgl zB *Heidinger in Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht³ 35 FN 1). Darauf nimmt auch das österreichische Patentrecht Bezug. Gemäß § 87a PatG 1970 ist die Erfindung in der Patentanmeldung so deutlich und vollständig zu offenbaren, dass sie ein Fachmann ausführen kann. Nach § 81 Abs 2 PatG 1970 darf jedermann in Akten, die veröffentlichte Patentanmeldungen und darauf erteilte Patente betreffen, Einsicht nehmen (vgl auch § 102 Abs 2 Z 2 PatG 1970).

1471 ZB *Bornkamm* in FS-Ullmann 897. Demnach könne der Informationsanspruch auch zur Gänze entfallen, wenn die Geheimhaltungsinteressen des vermeintlichen Verletzers deutlich überwiegen und diesen nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden könne.

1472 ZB EuGH 6.12.2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04, *ABNA/Secretary of State*, Rn 68; EuGH 8.6.2010, C-58/08, *Vodafone ua/Secretary of State*, Rn 51 und die dort angeführte Rechtsprechung.

mäßigkeit wurde als grundlegender Verfahrensgrundsatz festgeschrieben.¹⁴⁷³ Aus der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ergibt sich die notwendige Berücksichtigung widerstreitender Interessen, weil eine Verhältnismäßigkeit nur dann beurteilt werden kann, wenn die betroffenen Positionen miteinander abgewogen werden.¹⁴⁷⁴ *Tilmann* betont unter Verweis auf Art 3 RL zu Recht, dass dabei eine Gesamtabwägung erforderlich sei, um die Grenzen der Unverhältnismäßigkeit richtig zu bestimmen. Dabei sei die Abschreckung und die Wirksamkeit zu berücksichtigen.¹⁴⁷⁵

439 Eine Abwägung der widerstreitenden Interessen wird dadurch möglich, weil die RL Informations- und Geheimhaltungsinteressen in Art 6, 7 und 8 miteinander normativ verknüpft.

440 Art 6 Abs 1 RL regelt die *Anordnung einer Vorlage von Beweismitteln* und ist im Rahmen¹⁴⁷⁶ eines bereits anhängigen Prozesses anzuwenden.^{1477,1478} Demnach haben die Gerichte auf Antrag einer Partei, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihrer Ansprüche vorgelegt und die in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche bezeichnet hat, die Vorlage dieser Beweismittel durch die gegnerische Partei anzuordnen, *sofern* der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird. Im Falle einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung ist in Art 6 Abs 2 RL die Möglichkeit vorgesehen, auf Antrag einer Partei die Übermittlung von in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen anzuordnen, *sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird*.¹⁴⁷⁹ Die RL normiert hier einerseits eine prozessuale Kooperationspflicht und nimmt *gleichzeitig* auf Geheimhaltungsinteressen Bezug.

441 Art 7 Abs 1 RL ermöglicht unter Anlehnung¹⁴⁸⁰ an die *saisie-contrefaçon* des französischen Rechts¹⁴⁸¹ und die *search order* (*Anton Piller order*) des englischen

1473 *Von Hartz*, ZUM 2005, 377.

1474 Vgl zB Erwägungsgrund 22 sowie Art 3 Abs 1 und Art 8 Abs 1 RL.

1475 *Tilmann* in FS-Ullmann 1019.

1476 Es handelt sich um eine typisch verfahrensrechtliche Regel. Den Mitgliedstaaten bleibt es aber auch überlassen, den Anspruch durch eine materiellrechtliche Lösung umzusetzen; vgl *Bornkamm* in FS-Ullmann 896.

1477 *Tilmann* in FS-Ullmann 1013. Siehe auch *Tilmann*, GRUR 2005, 737.

1478 Gerade dadurch erklären sich die besonderen beweissichernden Regeln in Art 7 RL, die sich auch auf die vorprozessuale Stoffsammlung beziehen.

1479 Schließlich schafft Art 8 der RL einen Auskunftsanspruch über den Ursprung und die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, bei gewerblicher Ausnützung einer nachweislichen Rechtsverletzung.

1480 Vorschlag der Europäischen Kommission vom 30.1.2003, KOM (2003) 46 endgültig für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, 15; *Ahrens*, Beweis, Kap 5 Rz 25; *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie 109.

1481 Dieses Institut ist auf die Beweissicherung und Informationsbeschaffung gerichtet. Ihr Charakter manifestiert sich darin, dass ein bevollmächtigter Gerichtsvollzieher in die Wohnung oder

Rechts¹⁴⁸² selbst vor Einleitung eines Verfahrens¹⁴⁸³ und gegebenenfalls *ohne Anhörung des Gegners die Anordnung von einstweiligen beweisichernden Maßnahmen*,¹⁴⁸⁴ *sofern* der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird. Als Maßnahme zur Beweissicherung erlaubt die Richtlinie Maßnahmen zum Schutz der Identität von Zeugen.¹⁴⁸⁵ Diese Bestimmung macht ebenso das Postulat deutlich, dass die effektive Rechtsverfolgung mit Geheimhaltungsinteressen zu harmonisieren ist.

Neben dem von Art 6 und Art 7 der RL gebildeten Abschnitt über »Beweise«
legt die RL in Art 8 ein *Recht auf Auskunft* fest, das freilich nur »im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums« besteht.¹⁴⁸⁶ Im Bereich dieses materiellrechtlichen (siehe Rz 446) Auskunftsrechts nimmt die RL auf die Geheimhaltungssphäre Bezug, wenngleich in anderer Weise als bei den prozessualen Informationsansprüchen nach Art 6 und 7 RL. Die Bestimmungen des Auskunftsanspruchs gelten nach Art 8 Abs 3 lit e RL *unbeschadet* anderer gesetzlicher Bestimmungen, die den Schutz der Vertraulichkeit von Informationsquellen oder die Verarbeitung personenbezogener Daten regeln (Art 8 Abs 3 lit e RL).

442

die gewerbliche Niederlassung eines Wettbewerbers ohne Vorwarnung eindringen kann, und zwar gegebenenfalls mit Hilfe der Staatsgewalt, um dort eine Durchsuchung durchzuführen. Darüber hinaus führt der damit verbundene Überraschungseffekt zu einer Durchbrechung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Vgl dazu *Beckhaus*, Bewältigung 196 ff; *Gniadek*, Beweisermittlung 287 ff; *Stauder*, GRUR Int 1978, 230; *Treichel*, GRUR Int 2001, 690; *Véron*, Saisie-contrefaçon³ passim.

1482 Vgl dazu etwa *Beckhaus*, Bewältigung 179 ff; *Gniadek*, Beweisermittlung 271 ff; *Götting*, GRUR Int 1988, 729; *Rojahn* in FS-Loewenheim 261; *Schlosser*, JZ 1991, 601; *Stauder*, GRUR Int 1982, 226.

Damit ist auf Verfügung des *High Court* die Durchsuchung der Räumlichkeiten des angeblichen Verletzers und die globale Beschlagnahme von Beweismitteln ohne Anhörung des Antragsgegners (*ex parte*) möglich. Mit der Durchführung wird ein (neutraler) *Supervising Solicitor* beauftragt, der nicht Angestellter oder Mitglied der Anwaltskanzlei des Antragstellers sein darf. Er ist dafür verantwortlich, dass ua der Antragsgegner ordnungsgemäß über seine Rechte belehrt wird. Um zu verhindern, dass der Gegner sonst belastendes Beweismaterial beiseiteschafft und damit dem Beweisführer die Grundlage für die Rechtsverfolgung entzieht, wird der Gegner ohne Verzug überrascht. In einer Entscheidung wird die Situation wie folgt beschrieben (referiert nach *Götting*, GRUR Int 1988, 729): »[...] if the plaintiffs now seek relief and serve notice on the defendant of the relief which they seek, then the horse will rapidly leave the stable, if he has not gone already, and the plaintiffs will be effectively debarred from obtaining relief«.

1483 Den Mitgliedstaaten bleibt es aber auch überlassen, den Anspruch durch eine materiellrechtliche Lösung umzusetzen; vgl *Bornkamm* in FS-Ullmann 896.

1484 Derartige Maßnahmen können die ausführliche Beschreibung mit oder ohne Einbehaltung von Mustern oder die dingliche Beschlagnahme der rechtsverletzenden Ware sowie gegebenenfalls der für die Herstellung und/oder den Vertrieb dieser Waren notwendigen Werkstoffe und Geräte und der zugehörigen Unterlagen umfassen (Art 7 Abs 1 RL).

1485 Das Unionsrecht erlaubt es somit auch im Zivilverfahren – zumindest in jenen von der Richtlinie umfassten Materien –, die Identität von Zeugen geheim zu halten.

1486 Im Gegensatz zum TRIPS-Übereinkommen kann dabei neben dem (potenziellen) Verletzer auch ein Dritter passivlegitimiert sein. Vgl den Vorschlag der Kommission: KOM (2003) 46 endgültig, 23 (»[...] ergänzt Artikel 47 des TRIPS-Übereinkommens über das Recht auf Auskunft«). IdS auch *Hacker*, GPR 2014, 144.

443 Bei isolierter Betrachtung des referierten Wortlauts der einzelnen Bestimmungen, könnte hinterfragt werden, ob die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der gebotenen effektiven Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums überhaupt dazu verpflichtet sind, *gleichzeitig* auch Maßnahmen zum Schutz von Geheimnissen sicherzustellen. Aus der in der RL mehrfach (Art 6, 7 RL) gebrauchten Formulierung »sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird« kann nämlich durchaus abgeleitet werden, dass eine Vorlageanordnung bzw Maßnahmen zur Beweissicherung nur dann sichergestellt werden muss, wenn der Schutz allfälliger Geheimnisse vorausgesetzt ist. Eine ähnliche Auslegung deckt die Verwendung des Begriffs »unbeschadet« in Art 8 Abs 3 RL. Der von der Richtlinie normierte Vorbehalt¹⁴⁸⁷ des Schutzes von Geheimhaltungsinteressen könnte somit dahingehend verstanden werden, dass Informationsansprüche ausgeschlossen sind, wenn damit Geheimnisse offenbart werden müssten. Damit würde einer »*Entweder-oder*«-Lösung Vorschub geleistet.

444 In den Materialien zu den österreichischen Gesetzen, die anlässlich der Umsetzung der RL geändert wurden (PatG 1970, MSchG, HalbleiterschG und UrhG), wird eine derartige Auslegung vertreten. Konsequenterweise wurden keinerlei (neue) Regelungen im Prozessrecht getroffen, die auf den in der RL angesprochenen Schutz vertraulicher Informationen Bezug nehmen. Nach den Materialien würden die Bestimmungen der §§ 303 bis 307 ZPO bereits der in Art 6 RL enthaltenen Anordnung zur Urkundenvorlage entsprechen.¹⁴⁸⁸

Diese Ansicht ist zu hinterfragen. Abgesehen davon, dass Art 6 RL über den Urkundenbeweis hinausgeht,¹⁴⁸⁹ führt die Bezugnahme auf §§ 303 bis 307 ZPO in den kritischen Fällen, bei denen das Informationsinteresse mit dem Geheimhaltungsinteresse kollidiert dazu, dass der Geheimnisschutz tendenziell vorgeht (§ 305 ZPO),¹⁴⁹⁰ weil keine Pflicht zur Vorlage besteht, wenn ein Verweigerungsgrund nach § 305 ZPO gegeben ist, der eben vertrauliche Informationen schützt.¹⁴⁹¹ Dazu näher Rz 258 ff.

1487 Vgl auch die englische Fassung »*subject to the protection of confidential information*«.

1488 ErläutRV 1324 Blg 22. GP 2 und ErläutRV 1423 Blg 22. GP 3.

1489 *Bahner*, Geheimnisschutz 106.

1490 Nur in den Fällen der unbedingten Urkundenvorlagepflicht nach § 304 ZPO ist auf Geheimnisse oder Verschwiegenheitspflichten nicht Rücksicht zu nehmen, wobei hier idR ohnedies keine aktuellen Geheimhaltungsinteressen tangiert sind.

1491 Offensichtlich aA *McGuire*, GRUR Int 2005, 21 FN 95. Diese Autorin geht davon aus, dass die Verweigerungsgründe des § 305 ZPO von Art 6 Abs 3 (gemeint wohl: Abs 2) RL gedeckt seien. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass diese Verweigerungsgründe keine Interessensabwägung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der Rechtsdurchsetzung erlauben, sondern dem Urkundeninhaber ungeachtet des Beweisnotstands und der Wichtigkeit des geistigen Eigentums des Antragstellers eine sanktionslose Verweigerung der Urkundenvorlage erlauben. Auch § 305 Z 5 ZPO eröffnet keine Interessensabwägung zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse, sondern zielt nur darauf ab, ob ein Verweigerungsgrund vorliegt, der wertungsmäßig den im Gesetz geregelten Gründen entspricht.

Im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht nach Art 8 RL sieht der öGesetzgeber »die in § 321 ZPO enthaltenen Beweisverwertungsverbote¹⁴⁹² und Gründe für die Verweigerung der Aussage«¹⁴⁹³ als mit der Richtlinie vereinbar an, weil »diese Bestimmung eben nur unbeschadet solcher gesetzlicher Regelungen über Beweisverwertungsverbote und über die Aussageverweigerung gilt.«¹⁴⁹⁴ Bei Art 8 RL handle es sich nach den Materialien »eindeutig um eine solche des Verfahrensrechts«, wobei bereits in der Zeugenpflicht die Umsetzung von Art 8 gesehen wird.¹⁴⁹⁵

Abgesehen davon, dass die Bestimmung des Art 8 RL nach richtiger Ansicht keinen verfahrensrechtlichen, sondern einen materiellrechtlichen Anspruch sicherstellt,¹⁴⁹⁶ begegnet ein derartiges Verständnis schon grundsätzlichen Bedenken.

Die Behauptung des prozessualen Charakters des Auskunftsrechts übersieht, dass Art 8 RL gerade nicht darauf abstellt, dass die Auskunft »in einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums erfolgt«, vielmehr reicht bereits ein Zusammenhang zu einem solchen Verfahren aus.¹⁴⁹⁷ Nach zutreffender Ansicht kann der erforderliche Zusammenhang daher bereits dann bestehen, wenn die Auskunft für die zivilgerichtliche Verfolgung von Verstößen gegen geistiges Eigentum erforderlich ist und zu diesem Zweck begehrt wird. Von dieser Auslegung geht der OGH in 4 Ob 141/07z in seinem Vorabentscheidungsersuchen bezüglich *LSG-Gesellschaft/Tele2* C-557/07 aus (arg »zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung bescheinigter Verletzungen urheberrechtlicher Ausschlussrechte«). Dem Verfahren lag ein isolierter, auf materielles Recht (§ 87b Abs 3 UrhG) gestützter Auskunftsanspruch zugrunde.¹⁴⁹⁸ Schließlich unterscheidet Art 8 Abs 3 RL deutlich zwischen den nach Art 8 RL erteilten Auskünften und ihrer Verwendung in (gemeint: anderen) gerichtlichen Verfahren. Ein bereits anhängiges Verletzungsverfahren ist daher nicht Tatbestandsvoraussetzung für die Geltendmachung eines (materiellrechtlichen) Auskunftsbegehrens.¹⁴⁹⁹ Das Abstellen auf einen rein prozessualen Charakter des

1492 Richtigerweise handelt es sich um (relative) Beweismittelverbote, die ein (freilich sanktionloses) Beweisaufnahmeverbot, aber kein Beweisverwertungsverbot begründen können. Vgl *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 321 ZPO Rz 2.

1493 ErläutRV 1324 Blg 22. GP 2 und ErläutRV 1423 Blg 22. GP 3.

1494 ErläutRV 1324 Blg 22. GP 2 und ErläutRV 1423 Blg 22. GP 3.

1495 ErläutRV 1324 Blg 22. GP 2. Entsprechendes wird – wenngleich ohne das Wörtchen »eindeutig« – in den weitgehend deckungsgleichen ErläutRV 1423 Blg 22. GP 3 vertreten.

1496 Das dokumentieren auch die zur Art 8 RL ergangenen Entscheidungen des EuGH, denen durchwegs Verfahren zugrunde lagen, in denen ein (materiellrechtlicher) Auskunftsanspruch Gegenstand eines Rechtsschutzantrags war. Vgl EuGH 29.1.2008, C-275/06, *Promusicae/Telefónica*; EuGH 19.2.2009, C-557/07, *LSG-Gesellschaft/Tele2*; EuGH 19.4.2012, C-461/10, *Bonnier Audio ua/ePhone* oder EuGH 16.7.2015, C-580/13, *Coty Germany/Sparkasse Magdeburg* (Davidoff Hot Water).

1497 Für einen materiellrechtlichen Ansatz auch *Czychowski*, MMR 2004, 515; *McGuire*, GRUR Int 2005, 15 f, die auf die funktionale Äquivalenz der Regelungstechnik von Art 6 und Art 8 hinweist.

1498 Vgl auch die Ausführungen in der nachfolgenden Entscheidung zu 4 Ob 41/09x: Der Anspruch setzt zwar seit der UrhG-Novelle 2006 ein »ausreichend begründetes« Verlangen des Verletzten voraus, das »insb hinreichend konkretisierte Angaben über die den Verdacht der Rechtsverletzung begründenden Tatsachen« zu enthalten hat. Die Auskunft müsse aber auch dann erteilt werden, wenn der Verletzte außergerichtlich hinreichend konkrete Angaben über den Verdacht einer Rechtsverletzung gemacht hat.

1499 In diesem Sinn aber *Seichter* in FS-Ullmann 988.

Auskunftsanspruchs würde dem mit dem Anspruch verbundenen Ausforschungszweck zuwiderlaufen. Auch nach österreichischem Recht würde ein Verletzungsprozess gegen eine unbekannt Person, deren Identität erst im Laufe des Verfahrens mit einem Auskunftsanspruch geklärt werden soll, am Erfordernis scheitern, dass die beklagte Partei bereits in der Klage bestimmt zu bezeichnen ist.¹⁵⁰⁰ Insoweit ist eine Stufenklage zur Ausforschung des Schuldners nicht möglich. Eine Klage gegen »Unbekannt« scheitert schon daran, weil ein Klagsschriftsatz zwingend die Bezeichnung der Parteien nach Vor- und Zunamen erfordert (§ 226 iVm § 75 Z 1 ZPO). Es kommt nicht in Betracht, die Klage gegen eine unbekannt Person zu erheben, die von einem Kurator zu vertreten wäre, weil für unbekannt Personen mangels Parteifähigkeit¹⁵⁰¹ kein Kurator bestellt werden kann.¹⁵⁰² Auch die angesprochenen Materialien dürften von der behaupteten Eindeutigkeit des prozessualen Charakters des Auskunftsanspruchs nicht zur Gänze überzeugt sein, zumal gleichzeitig davon die Rede ist, dass »darüber hinaus aber auch der materiellrechtliche Auskunftsanspruch des § 87b Abs 2 UrhG entsprechend umgestaltet [wird]« Vgl ErläutRV 1324 Blg 22. GP 2.

Nach Teilen des Schrifttums schränkt der Umstand, dass das Recht auf Auskunft nur im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums besteht, die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Regelung eines Auskunftsanspruchs dahingehend ein, dass dieser ein laufendes Verletzungsverfahren voraussetzt.¹⁵⁰³ Auch damit lässt sich aber ein (rein) prozessualer Auskunftsanspruch nicht begründen. Zudem ist aus Art 8 RL nicht abzuleiten, dass Auskunft nur bei einer richterlichen Anordnung erteilt werden darf (»Richtervorbehalt«).¹⁵⁰⁴ Der EuGH hat schließlich jüngst klargestellt, dass Informationsansprüche nach Art 8 RL nicht im Verletzungsverfahren geltend gemacht werden müssen, eine besondere Geltendmachung sei möglich.¹⁵⁰⁵

447 Wenngleich die Verwendung des Worts »unbeschadet« im Sinne von »im Einklang mit« dahingehend zu verstehen ist,¹⁵⁰⁶ dass die dort genannten Bestimmungen wirksam bleiben, ist aus Art 8 Abs 3 lit e RL nicht abzuleiten, dass der Auskunftsanspruch immer dann scheitern muss, wenn der nationale Gesetzgeber Geheimhaltungsinteressen festlegt. Aus der Regel ergibt sich gerade kein Freibrief für die

1500 In diesem Sinn auch für die deutsche Rechtslage etwa *Bahner*, Geheimnisschutz 119.

1501 Vgl auch 7 Ob 234/01i.

1502 *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁴⁵ § 25 ZustG Rz 2; *Rassi*, RZ 1996, 215; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 385 ZPO Rz 5; aA *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ § 25 ZustG Rz 4 unter Hinweis auf § 25 ZustG, wobei der Autor freilich auch die Grenzen der Parteifähigkeit anerkennt; vgl auch *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ § 116 ZPO Rz 6. Lediglich das (selbständige) Beweissicherungsverfahren (§§ 384 bis 389 ZPO) kennt die Möglichkeit, für den unbekannt Gegner des Antragstellers einen Kurator für die Beweisaufnahme zu bestellen (§ 386 Abs 3 ZPO). Das ist aber – im Gegensatz zu einer Klageerhebung – unproblematisch, weil das Beweissicherungsverfahren nicht auf die Schaffung eines Titels abstellt und damit – entgegen der Ansicht von *Stumvoll* (in *Fasching/Konecny*³ § 25 ZustG Rz 5) – kein »deutlicher Anhaltspunkt« für die von ihm vertretene Auffassung.

1503 *Fezer* MarkenR § 19 dMarkenG Rz 19.

1504 Zutreffend *Czychowski*, MMR 2004, 514 ff; aA *Bahner*, Geheimnisschutz 120.

1505 EuGH 18.1.2017, C-427/15, *NEW WAVE CZ a. s./ALLTOYS spol. s r. o.* Rz 20 ff.

1506 *Hacker*, GPR 2014, 143 FN 4; vgl idS bereits *Fezer* MarkenR § 19 dMarkenG Rz 15 [»bleiben unberührt«]; *McGuire*, GRUR Int 2005, 18 [»Zulässigkeit von Einschränkungen, bspw zum Zwecke des Geheimnisschutzes [...] bleiben unberührt«].

Mitgliedstaaten, den Auskunftsanspruch nach Belieben mit Geheimhaltungsregeln zu unterlaufen. Dagegen spricht schon der Umstand, dass die Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums von zentraler Bedeutung für den Erfolg des Binnenmarkts sind (Erwägungsgrund 3 RL).¹⁵⁰⁷ Entsprechendes gilt für die Bezugnahme auf den Schutz vertraulicher Informationen in Art 6 und 7 RL. Zutreffend hat der OGH in jüngerer Zeit (obiter) ausgesprochen, dass die Konsequenz des Schutzes vertraulicher Informationen nicht die Verweigerung des Eingriffs sei, vielmehr seien die Geheimhaltungsinteressen der Gegnerin durch verfahrensrechtliche Mittel zu schützen.¹⁵⁰⁸

Nach richtiger Ansicht ist davon auszugehen, dass Informationsansprüche nicht schon deshalb ausgeschlossen sind, weil vertrauliche Informationen offenbart werden müssten.¹⁵⁰⁹ Die RL im Allgemeinen und die drei genannten Artikel im Besonderen zielen vielmehr darauf ab, das Informationsinteresse mit dem Geheimhaltungsinteresse harmonisch zu vereinen.¹⁵¹⁰ Eine strukturelle, einseitige Förderung entweder des Informations- oder des Geheimhaltungsinteresses würde dem Unionsrecht widersprechen. Das ergibt sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie, die zum einen klarstellen, dass die Datenschutz-RL 95/46/EG unberührt bleibt (Erwägungsgrund 15) und die Verfahren zur Durchsetzung des geistigen Eigentums auch den Schutz vertraulicher Informationen bieten müssen (Erwägungsgrund 20), zum anderen aber mehrmals die effektive Rechtsdurchsetzung betonen (Erwägungsgründe 3, 9, 10, 17, 18, 20, 22, 24, 26, 27 und 28). Das in der Richtlinie mehrfach herausgestrichene Gebot der Verhältnismäßigkeit (Art 3 Abs 2, Art 8 Abs 1, Art 10 Abs 3 und Art 12 sowie Erwägungsgrund 22 und 31) deckt Eingriffe in Grundrechtspositionen zur Auflösung oder Abmilderung des Spannungsfelds, zumal eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung der gegenteiligen Interessen voraussetzt (vgl dazu zB Rz 449, 490, 507, 603, 611, 613, 630 uva). Ein Abstellen bloß auf (nationale) Geheimhaltungsregeln würde das Regelungsziel der RL, nämlich den Ausgleich des Informationsgefälles zwischen Verletzer und Verletztem,¹⁵¹¹ untergraben.¹⁵¹²

448

1507 In diesem Sinn auch *Czychowski*, MMR 2004, 515. Demnach könne Art 8 lit e RL, der den Datenschutz betreffe, nicht *per se* zu einem Ausschluss des in Abs 1 gewährten Anspruchs führen. Es wäre widersinnig, wenn der Richtliniengeber in Abs 1 einen Anspruch gewährt, um diesen sogleich in Abs 3 durch Datenschutzrecht wieder auszuschließen. Datenschutzrechtliche Belange stünden einem Auskunftsanspruch daher nicht grundsätzlich entgegen, sondern könnten allenfalls im Einzelfall für die konkrete Ausformung relevant sein.

1508 4 Ob 83/17k mwN auf das Schrifttum.

1509 *Bornkamm* in FS-Ullmann 894 f; *Gniadek*, Beweisermittlung 325.

1510 Vgl *Bahner*, Geheimnisschutz 145 [»Die Durchsetzung von Informationsansprüchen zu fördern und zugleich Vertraulichkeitsinteressen angemessen zu wahren[...]«].

1511 *McGuire*, GRUR Int 2005, 15.

1512 Auch Art 9 Abs 4 RL, der die Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen ohne Anhörung der anderen Partei verlangt, zeigt plastisch, dass auch prozessualer Grundrechte nicht uferlos gewährt werden müssen, sondern die Notwendigkeit effektiver Rechtsdurchsetzung (»insb dann, wenn

b. *Judikatur zur RL*

449 Das Gesagte zeigt die bisher zur RL ergangene Rechtsprechung des EuGH, wonach die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Durchsetzungs-RL darauf achten müssen, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Unionsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen:¹⁵¹³ Nach der Entscheidung des EuGH vom 29.1.2008, C-275/06, *Promusicae/Telefónica*, zielt die RL auf die Sicherstellung des effektiven Schutzes des geistigen Eigentums und insb des Urheberrechts ab, wobei dadurch der Schutz personenbezogener Daten allerdings nicht beeinträchtigt werden darf (Rn 57). Daraus sei aber kein Vorrang von Geheimhaltungsinteressen abzuleiten: »Die Mitgliedstaaten sind gemäß dem Gemeinschaftsrecht jedoch dazu verpflichtet, sich bei der Umsetzung dieser Richtlinien auf eine Auslegung derselben zu stützen, die es ihnen erlaubt, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen.« (Rn 70).¹⁵¹⁴ Eine ähnliche Tendenz ist aus der Entscheidung vom 19.2.2009, C-557/07, *LSG-Gesellschaft/Tele2* abzuleiten. Demnach hindere Art 8 Abs 3 der RL die Mitgliedstaaten nicht daran, eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverstößen aufzustellen. Die Mitgliedstaaten seien aber gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, darauf zu achten, dass ihrer Umsetzung der Richtlinie eine Auslegung derselben zugrunde liege, die es erlaube, die verschiedenen beteiligten Grundrechte miteinander *zum Ausgleich* zu bringen. Außerdem müssten die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinien nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit Letzteren auslegen, sondern auch darauf achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinien stützen, die mit den Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kollidiere. Entsprechendes vertrat der EuGH in der Entscheidung vom 19.4.2012, C-461/10, *Bonnier Audio ua/ePhone*. Die RL stehe demnach einer auf einem nationalen Gesetz beruhenden gerichtlichen Anordnung, über personenbezogene Daten Auskunft zu erteilen, dann nicht entgegen, wenn es dem Gericht möglich ist, eine Abwägung der einander

durch eine Verzögerung dem Rechtsinhaber ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen würde«) Einschränkungen des rechtlichen Gehörs erfordern können. Damit läuft die RL durchaus mit der neueren Rechtsprechung des EGMR zur (grundsätzlichen) Anwendbarkeit der EMRK konform (vgl dazu 17 Ob 11/10g).

1513 IdS auch BGH I ZR 51/12 NJW 2016, 2190 [*Hennemann/Linardatos*].

1514 Vgl auch 4 Ob 41/09x: »Nach den Entscheidungen des EuGH (Rs C-275/06 – *Promusicae*; Rs C-557/07 – *LSG/Tele2*) haben die Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung – also auch bei der Anordnung einer Aufbewahrung von Verkehrsdaten zur Ermöglichung von Auskünften im Fall von Urheberrechtsverletzungen – ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen.«

gegenüberstehenden Interessen anhand der Umstände des Einzelfalls und unter gebührender Berücksichtigung der sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Erfordernisse vorzunehmen.

In der Entscheidung des EuGH vom 16.7.2015, C-580/13, *Coty Germany/Spar-kasse Magdeburg* (Davidoff Hot Water), wurde im Zusammenhang mit der Prüfung des Auskunftsanspruchs nach Art 8 Abs 1 lit c RL vertreten, dass sich aus Art 8 Abs 3 lit e RL kein uneingeschränkter Vorrang [»*unbegrenzt und bedingungslos*«] des Bankgeheimnisses vor dem Schutz des geistigen Eigentums ergibt. Ein Inhaber einer Gemeinschaftsmarke begehrte von der beklagten Bank nach § 19 dMarkenG die Auskunft über den Inhaber eines Bankkontos, auf das der dem Preis der rechtsverletzenden Ware entsprechende Betrag eingezahlt wurde. Die Bank verweigerte die Auskunft unter Hinweis auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht, das nach § 19 dMarkenG den Auskunftsanspruch verdrängt. Vom EuGH wurde bejaht, dass eine Bank von Art 8 Abs 1 lit c RL umfasst ist (Rn 26) und deren Weigerung, die Auskunft wegen des Bankgeheimnisses zu erteilen, unter Art 8 Abs 3 lit e RL fallen kann (Rn 27). Der EuGH wies darauf hin, dass in dieser Konstellation verschiedene Rechte zu beachten seien, die besonderen Schutz nach der GRC genießen. Während der Schutzrechtsinhaber sich auf Art 47 iVm Art 17 GRC berufen könne, vermöge sich die auskunftspflichtige Person auf Art 8 GRC zu berufen. Damit die betroffenen Grundrechte in Einklang gebracht werden könnten, sei ein *angemessenes Gleichgewicht* zwischen den verschiedenen Grundrechten herzustellen (Rn 34). Im Sinne von Art 52 GRC müsse jede Einschränkung der geschützten Rechte deren Wesensgehalt achten. Eine nationale Geheimhaltungsvorschrift (hier: Bankgeheimnis), die geeignet sei, das Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und letztlich das Grundrecht des geistigen Eigentums qualifiziert zu beeinträchtigen, genüge nicht dem Erfordernis, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen in Art 8 RL gegeneinander abgewogenen Grundrechten zu gewährleisten (Rn 41).

450

c. Einfluss auf Grundrechtskollisionen?

Bereits zum TRIPS-Übereinkommen, deren Art 41 bis Art 50¹⁵¹⁵ quasi als Vorbild der RL dienten und von dieser ergänzt wurden,¹⁵¹⁶ kritisierte das österreichische und deutsche Schrifttum, dass die dort vorgesehenen prozessualen Behelfe nicht im nationalen Prozessrecht umgesetzt worden seien,¹⁵¹⁷ während etwa von der deutschen Bundesregierung vertreten wurde, dass sich für das deutsche Verfahrens-

451

¹⁵¹⁵ Amschewitz, Durchsetzungsrichtlinie 103.

¹⁵¹⁶ Die RL soll das TRIPS-Übereinkommen allerdings nicht ersetzen. Vgl Amschewitz, Durchsetzungsrichtlinie 101.

¹⁵¹⁷ ZB Loos, ÖBl 1997, 267; McGuire/Joachim/Künzel/Weber, GRUR Int 2010, 835; McGuire, GRUR Int 2005, 15 FN 6, diese mwN.

recht aus dem TRIPS-Übereinkommen kein Nachbesserungsbedarf ergebe.¹⁵¹⁸ Eine umfassende Auseinandersetzung, inwieweit im Verfahren vertrauliche Informationen gegenüber dem Prozessgegner geschützt werden müssten, fand im Zusammenhang mit dem TRIPS-Übereinkommen allerdings nur im Ansatz statt.¹⁵¹⁹ Zum Teil wurde festgehalten, dass sich »für die Prozessrechte zumindest der Industriestaaten« aus den verfahrensrechtlichen (auch den Geheimhaltungsschutz betreffenden) Anforderungen des TRIPS-Übereinkommens »wohl kaum Probleme ergeben«.¹⁵²⁰

Schon aus dem TRIPS-Übereinkommen ist eine völkerrechtliche Absage eines ungeschränkt zu gewährenden rechtlichen Gehörs abzuleiten. Besonderes Interesse verdient hier Art 42, wonach den Schutzberechtigten (»Rechtsinhabern«) zivilprozessuale Verfahren für die Durchsetzung aller unter dieses Abkommen fallenden Rechte des geistigen Eigentums zur Verfügung zu stellen sind.¹⁵²¹ Das Verfahren muss dabei Mittel und Wege vorsehen, um vertrauliche Informationen zu kennzeichnen und zu schützen, sofern dies nicht bestehenden verfassungsrechtlichen Erfordernissen zuwiderlaufen würde. Art 43 Z 1 deckt Anordnungen zur Vorlage von Beweismitteln, die sich in der Verfügungsgewalt der nicht beweisbelasteten Partei befinden, vorbehaltlich von Bedingungen, mit denen der Schutz vertraulicher Informationen gesichert wird. Auch das allgemeine Missbrauchsverbot in Art 41 Abs 1 Satz 2 umfasst den Schutz von vertraulichen Informationen.¹⁵²² Konkrete Anforderungen an die Umsetzung enthält das Abkommen allerdings nicht, die Ausgestaltung ist somit den Mitgliedstaaten überlassen.¹⁵²³ Daraus ist allerdings nur ein Umsetzungsspielraum aber keine Umsetzungsfreiheit für die Mitgliedstaaten abzuleiten.¹⁵²⁴

Als problematisch bei der Umsetzung in Österreich sah etwa *Loos* den Umstand an, dass die Öffentlichkeit in Verfahren, die geistiges Eigentum betreffen (bei Patent- oder Markenverletzungen) selbst dann nicht ausgeschlossen werden könne, wenn Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sogar evident gefährdet seien. Auch das Akteneinsichtsrecht könne Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse gefährden.¹⁵²⁵ Dazu freilich Rz 540 ff und Rz 657 ff.

452 Die Durchsetzungs-RL belebte die diesbezügliche Diskussion. Schließlich wird im RL-Vorschlag der Europäischen Kommission hervorgehoben, dass trotz des TRIPS-Übereinkommens noch bedeutende Abweichungen bei den Instrumenten

1518 Stellungnahme der Bundesregierung BT-Drucks 12/7655, 347.

1519 *McGuire/Joachim/Künzel/Weber*, GRUR Int 2010, 835 leiten aus Art 42 TRIPS eine Verpflichtung zur Bereitstellung eines *in camera*-Verfahrens ab.

1520 *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie 105; *Dreier*, GRUR Int 1996, 211.

1521 Aus Satz 5 dieser Bestimmung leiten *McGuire/Joachim/Künzel/Weber* (GRUR Int 2010, 835) die Pflicht zur Bereitstellung eines *in camera*-Verfahrens ab, wobei sie diese Aussage wegen des genannten Vorbehalts gleichzeitig relativieren.

1522 *Von Hartz*, Beweissicherung 51.

1523 *Von Hartz*, Beweissicherung 50; *Siebert*, Geheimnisschutz 36.

1524 *Von Hartz*, Beweissicherung 50; *Markfort*, Geistiges Eigentum 96.

1525 *Loos*, ÖBl 1997, 271.

zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum zwischen den Mitgliedstaaten bestünden.¹⁵²⁶ Nach wohl einhelliger Ansicht ist die RL von einem »TRIPS-Plus«-Ansatz geprägt,¹⁵²⁷ wonach der Richtliniengeber einerseits Teile des Abkommens¹⁵²⁸ wortident übernahm, andererseits aber das Schutzniveau über die Standards des Abkommens an hob.¹⁵²⁹

Bei richtigem Verständnis der Vorgaben der RL stellt sich die Frage, in welcher Form die dort gebotene Interessensabwägung stattzufinden hat und welche Instrumente zur Verfügung stehen müssen, damit Informations- und Geheimhaltungsinteressen gewahrt werden können. Diese sich im Bereich des Verfahrensrechts stellende Problematik führte zu einer Diskussion darüber, ob im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie die Zurückdrängung bzw der Ausschluss der (oder einer der) Parteien eines Zivilverfahrens im Rahmen eines sog *in camera*-Verfahrens zulässig bzw geboten ist, um effektiven Rechtsschutz unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen zu gewähren. Viele sehen in der RL – zumindest im von ihr umfassten Bereich des geistigen Eigentums – einen (weiteren) argumentativen Ansatzpunkt für ein »Geheimverfahren« bzw *in camera*-Verfahren.¹⁵³⁰ Dazu Rz 476 ff.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Richtlinie für die hier zu behandelnde Problematik aber nur einen der möglichen Aspekte abdeckt, indem mit ihr die verfahrensrechtlichen Durchsetzungsmechanismen der gewerblichen Schutzrechte gestärkt werden sollten.¹⁵³¹ Es geht in erster Linie darum, auf das Informationsinteresse eines von einem rechtswidrigen Eingriff betroffenen Inhabers eines absoluten Rechts aus dem Bereich des geistigen Eigentums Rücksicht zu nehmen und diesen zu unterstützen, die notwendigen Informationen zur Durchsetzung seiner Rechte zu erlangen.¹⁵³² Als flankierende Maßnahme sollen dabei die Geheimhaltungsinteressen des potentiellen Verletzers bzw Dritter gewahrt bleiben. Die RL

1526 Vorschlag der Europäischen Kommission vom 30.1.2003, KOM (2003) 46 endgültig für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, 31.

1527 Franz, ZUM 2005, 803; *Gniadek*, Beweismittlung 269; *McGuire*, GRUR Int 2005, 15.

1528 Die Grundlage der RL bilden dabei (nur) die Art 41 bis Art 60 TRIPS-Übereinkommen. Siehe *Amschwitz*, Durchsetzungsrichtlinie 103.

1529 Das Abkommen wird in den Erwägungsgründen der RL (nämlich in 4, 5 und 7) mehrfach erwähnt. In Art 2 Abs 3 lit b wird klargestellt, dass die RL die sich aus internationalen Übereinkünften für die Mitgliedstaaten ergebenden Verpflichtungen, insb solche aus dem TRIPS-Übereinkommen, nicht berührt.

1530 ZB *Rausch*, Arca-nigra-Verfahren Rz 260. *Bahner* (Geheimnisschutz 138 ff) kritisiert die seiner Meinung nach überschießende Umsetzung der Richtlinie in Deutschland, die auf die (Geheimhaltungs)Interessen des Anspruchsgegners nicht genügend Rücksicht nehme. Den Gerichten sei die Berücksichtigung des Geheimnisschutzes delegiert worden, dabei sei die Einführung eines Geheimverfahrens, das den Vorgaben der RL entspreche, durch richterliche Rechtsfortbildung möglich.

1531 *Amschwitz*, Durchsetzungsrichtlinie 77.

1532 Die RL beschränkt sich dabei auf die Durchsetzung bereits definierter Schutzrechte. Vgl *Amschwitz*, Durchsetzungsrichtlinie 99.

umfasst aber nicht den Fall, dass die Geheimhaltungssphäre des Schutzhalters tangiert ist, zumal vom idealtypischen Fall ausgegangen wird, dass dessen Rechte ohnedies offenkundig sind (Patente).

Im Zusammenhang mit den hier geschilderten Regeln über Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Bereich des geistigen Eigentums verdient das Übereinkommen über ein Einheitliches PatGericht (2013/C 175/01) Beachtung. Nach dessen Art 58 kann das Gericht zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, personenbezogenen Daten oder sonstigen vertraulichen Informationen einer Verfahrenspartei oder eines Dritten oder zur Verhinderung eines Missbrauchs von Beweismitteln anordnen, dass die Erhebung und Verwendung von Beweisen in den vor ihm geführten Verfahren eingeschränkt oder für unzulässig erklärt werden *oder der Zugang zu solchen Beweismitteln auf bestimmte Personen beschränkt wird*. In Art 59 wird (ganz im Sinn von Art 6 RL) eine Vorlagepflicht bzw Mitwirkungspflicht des Gegners der beweisbelasteten Partei ermöglicht, wenn Letztere alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihrer Ansprüche vorgelegt und die in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei oder einer dritten Partei befindlichen Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche bezeichnet hat – »sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird«. Eine solche gerichtliche Anordnung darf allerdings nicht zu einer Pflicht zur Selbstbelastung führen. Das betrifft nach Art 59 Abs 2 des Übereinkommens die Anordnung der Übermittlung von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Das Abkommen ermöglicht daneben beweissichernde Maßnahmen selbst vor Einleitung eines Verfahrens »sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird« (Art 60).

3. Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen

455 Im Bereich des Kartellrechts ist auf die Kartellschadenersatz-RL hinzuweisen. Diese RL, die bis zum 27.12.2016 in nationales Recht umzusetzen war, soll in allen Mitgliedstaaten einen effektiven Zugang zu einem Mindestmaß an Beweisen gewährleisten, die der Kläger und/oder der Beklagte zur Begründung ihres Anspruchs auf kartellrechtlichen Schadenersatz und/oder diesbezüglicher Einwände benötigen.¹⁵³³

456 Die Regelungen der RL sind von der Überlegung geprägt, dass die erfolgreiche Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen Kartellbeteiligte nicht zuletzt vom *Zugang zu Informationen* abhängt, aus denen sich Anhaltspunkte für die *Schadensentstehung* und die *Höhe des Schadens* ergeben können.¹⁵³⁴ Den beweissichernden Regelungen der RL (Art 6 bis 8 RL) liegt dabei durchaus die hier als Ausgangssituation beschriebene Konstellation zugrunde, dass sich die für die Begründung eines Schadenersatzanspruchs erforderlichen Beweismittel häufig aus-

1533 Vorschlag Kommission zur Kartellschadenersatz-RL COM(2013) 404 final 16.

1534 *Ollerdißen* in *Wiedemann*, Kartellrecht³ § 61 Rz 88.

schließlich im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter befinden und dem Kläger nicht hinreichend bekannt und zugänglich sind. In Kombination mit einer strengen Handhabung der Behauptungs- und Beweislast kann dieser Umstand die *wirksame Geltendmachung* des durch den AEUV garantierten Schadenersatzanspruchs übermäßig erschweren (Erwägungsgrund 14). Hinzu kommt, dass der Schadenersatzanspruch in der Regel aufgrund geheimer Kartellabsprachen entstanden ist,¹⁵³⁵ die der Geschädigte schwer nachweisen kann. Auch die Ermittlung des Schadensumfangs als solche kann eine erhebliche Hürde bilden, die wirksame Schadenersatzansprüche verhindert (Erwägungsgrund 45). Die von der RL hier konstatierte *Informationsasymmetrie* (Erwägungsgründe 15 und 46 ff), soll mit dem Recht der Partei ausgeglichen werden, die Offenlegung der für ihren Anspruch relevanten Beweismittel zu erwirken, ohne konkrete einzelne Beweismittel benennen zu müssen (Erwägungsgrund 15). Eine derartige Offenlegung von relevanten (»sachdienlichen«) Beweismitteln durch die Parteien oder Dritte können die nationalen Gerichte anordnen (Art 5 RL). Damit normiert diese RL eine prozessuale Kooperationspflicht *unabhängig* von der jeweiligen Beweislast, was somit auch die nicht beweisbelastete Partei betrifft.

Freilich muss die Partei, die eine Offenlegung anstrebt, einige Hürden überspringen: Erforderlich ist eine *substantiierte Begründung*, die – mit zumutbarem Aufwand – zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadenersatzanspruchs ausreichend stützen (Art 5 Abs 1 RL). In der Begründung muss *so präzise wie möglich* eine abgrenzbare Kategorie von Beweismitteln benannt werden, die offengelegt werden sollten (zB durch Bezugnahme auf Art, Gegenstand oder Inhalt der Unterlagen), vgl Art 5 Abs 2 RL. Die gebotene Offenlegung von Beweismitteln muss schließlich *verhältnismäßig* sein, wobei dabei die *berechtigten Interessen* aller Parteien und betroffener Dritter zu berücksichtigen sind (Art 5 Abs 3 RL). Hier kommen vor allem *Geheimhaltungsinteressen* ins Spiel. Es ist demnach zu berücksichtigen, ob die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen – insb Dritte betreffende Informationen – enthalten und welche Vorkehrungen zum Schutz dieser vertraulichen Informationen bestehen (Art 5 Abs 3 lit c RL). Naturgemäß betrifft das in erster Linie (aber nicht ausschließlich) Unternehmensgeheimnisse (vgl Erwägungsgrund 18). »Die Anordnung der Offenlegung geheimer Informationen wird umso eher verhältnismäßig sein, je zuverlässiger die offengelegten Daten geschützt werden können« (Art 5 Abs 3 lit c RL).¹⁵³⁶ Es ist auch in diesem Zusammenhang interessant, dass die RL eine *geschützte Verwertung* und nicht eine »Entweder-oder«-Situation vor Augen hat. Die Mitgliedstaaten müssen nämlich gewährleisten, dass die nationalen Gerichte »bei der Anordnung der Offenlegung solcher Informationen über wirksame Maßnahmen für deren

457

1535 Makatsch/Mir, EuZW 2015, 8.

1536 Ollerdtßen in Wiedemann, Kartellrecht³ § 61 Rz 112.

Schutz verfügen« (Art 5 Abs 4 RL). »Die Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und sonstigen vertraulichen Informationen sollten die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs in der praktischen Anwendung jedoch nicht behindern.« (Erwägungsgrund 18). Das Spannungsfeld zwischen effektiver Rechtsdurchsetzung, Geheimnisschutz und dem Recht auf ein faires Verfahren wird dadurch besonders offenbar. Die RL postuliert verfahrensrechtliche Regelungen, die den Schutz offengelegter Geschäftsgeheimnisse gewährleisten *und* den Gerichten eine verfahrensrechtlich sichere Handhabung ermöglichen!¹⁵³⁷

Beweismittel, die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind, genießen besonderen Schutz (Art 6 und 7 RL). Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen kommt dabei ein absoluter Schutz dahingehend zu, dass deren Offenlegung keinesfalls angeordnet werden darf. Hervorzuheben ist dabei die Möglichkeit, beim nationalen Gericht zu beantragen, dass (nur) dieses in Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen Einsicht nimmt, um sich davon zu überzeugen, dass es sich tatsächlich um ein derartiges Beweismittel handelt. Zur Kritik des besonderen Schutzes von Kronzeugen vgl Rz 460 und 693.

458 Die nach der RL von den Mitgliedstaaten geforderten wirksamen Maßnahmen für deren (Geheimnis-)Schutz von offenzulegenden Informationen werden im eigentlichen Normtext nicht näher erläutert. Allerdings werden in Erwägungsgrund 18 folgende Maßnahmen des Geheimnisschutzes beispielhaft aufgezählt:

- ▷ die Unkenntlichmachung (»Schwärzen«) sensibler Passagen von Dokumenten,
- ▷ die Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit,
- ▷ die Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises und
- ▷ die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung der Informationen in aggregierter oder sonstiger nichtvertraulicher Form vorzulegen.

459 Die RL versucht damit effektiven Rechtsschutz mit Geheimhaltungsinteressen zu vereinbaren, wobei Einschränkungen der (Volks- aber auch Partei-)Öffentlichkeit in Kauf genommen werden. Die Regelungen zeigen dadurch den engen Zusammenhang zwischen Mitwirkungspflicht und Geheimhaltungsinteressen. *Sowohl* die Offenlegungs- *als auch* die Geheimhaltungsinteressen müssen durch wirksame Sanktionen abgesichert werden (Art 8 RL). Derartige Sanktionen können gegen die Parteien, Dritte und ihre Vertreter ua dann verhängt werden, wenn gegen die Offenlegungsanordnung oder gerichtliche Anordnung zum Schutz vertraulicher Informationen verstoßen wird (Art 8 RL).¹⁵³⁸ Sanktionen sollten verhängt werden

¹⁵³⁷ Vgl Ollerdießen in Wiedemann, Kartellrecht³ § 61 Rz 113.

¹⁵³⁸ Sanktionen sollten auch verhängt werden können, wenn Informationen, die durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, in Schadenersatzklagen missbräuchlich verwendet werden (Erwägungsgrund 33).

können, wenn Informationen, die durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, in Schadenersatzklagen missbräuchlich verwendet werden (Erwägungsgrund 33).

Die normative Abstimmung von Geheimhaltungs- und Informationsinteressen ist grundsätzlich zu begrüßen. Die RL zieht aus den grundrechtlichen bzw primärrechtlichen Vorgaben die richtigen Schlüsse, indem sie den Fokus auf eine *geschützte Verwertung vertraulicher Informationen* legt.

460

Der absolute Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen ist aber kritisch zu bewerten und widerlegt das Argument, dass die RL die oben referierte Rechtsprechung des EuGH (insb die Entscheidung vom 6. 6. 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donauchemie*, Rs C-536/11) fortführt.¹⁵³⁹ Vielmehr entfernt sich die RL hier von der Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁴⁰ und widerspricht dem Primärrecht,¹⁵⁴¹ weil sie – ähnlich wie § 39 KartellG 2005 – in diesem Bereich eine Interessensabwägung verschiedener Grundrechtspositionen kategorisch ausschließt.¹⁵⁴² Dieser Rückschritt ist umso bedauerlicher, weil sich in vielen Fällen die für eine Schadenersatzklage relevanten Informationen aus den Erklärungen des Kronzeugen ergeben.¹⁵⁴³ Dadurch wird die Durchsetzung von Schadenersatzklagen in all jenen Fällen vereitelt, in denen der Geschädigte genau auf diese Dokumente angewiesen ist.¹⁵⁴⁴ Es ist gewiss nicht zu verkennen, dass Kronzeugenregelungen einen wesentlichen und oft allein entscheidenden Beitrag zur Aufklärung von kartellrechtswidrigen Handlungen fördern. Muss ein Kronzeuge damit rechnen, als Mittäter zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, kann das dazu führen, dass er – ungeachtet der ihm zugesicherten Strafflosigkeit – von einer Zusammenarbeit mit den Behörden Abstand nimmt, womit die sich aus Art 101 AEUV abzuleitenden Rechte im Ergebnis beeinträchtigt werden. Allerdings gefährdet – iSd EuGH *Bundeswettbewerbsbehörde/Donauchemie*, Rs C-536/11, Rn 31 – eine starre Regel (sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines allgemein gewährten Zugangs zu diesen) die effektive Durchsetzung der Rechte, die Art 101 AEUV den Einzelnen verleiht. Ein Schutz des Kronzeugen ist im zivilrechtlichen Schadenersatzverfahren geboten. Das muss freilich unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit und Angemessenheit und in Abwägung mit widerstreitenden Interessen geschehen. Die bedingungslose Immunität ist überschießend und widerspricht dem Primärrecht.¹⁵⁴⁵

1539 IdS aber *Kriebchaumer*, RdW 2015, 354, der dazu die die Akteneinsicht betreffenden Entscheidungen des EuGH 6. 6. 2013, Rs C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donauchemie*, und vom 27. 2. 2014, Rs C-365/12 P, *Kommission/Energie Baden-Württemberg*, anführt.

1540 *Ollerdißen* in *Wiedemann*, Kartellrecht³ § 61 Rz 97.

1541 IdS auch *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 10, die »angesichts der Primärrechtswidrigkeit des Offenlegungsverbots für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen« den Mitgliedstaaten empfehlen über eine Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV vor dem EuGH nachzudenken.

1542 Zutreffend *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 9; vgl auch *Seelos*, ÖZK 2015, 16.

1543 *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 9; *Schweitzer*, NZKart 2014, 343.

1544 *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 9.

1545 IdS auch OLG Hamm 26. 11. 2013 1 VAS 116/13–120/13, 122/13 [»erscheint zurzeit zudem jedenfalls äußerst fraglich, ob diese Richtlinie im Fall ihrer förmlichen Annahme Bestand haben würde«]; vgl auch *Weitbrecht*, WuW 2015, 964 (potentielle Primärrechtswidrigkeit) oder *Schnitzler*, WuW 2015,

- 461 Die RL trägt durchaus den Gedanken, dass dem Kläger die Durchsetzung seines Anspruchs um den Preis der Einschränkung seines eigenen prozessualen Anspruchs auf rechtliches Gehör ermöglicht werden soll. Das kommt etwa dadurch zum Ausdruck, dass der zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechnete Personenkreis beschränkt werden kann oder der Sachverständige angewiesen werden kann, eine Zusammenfassung in nichtvertraulicher Form vorzulegen.¹⁵⁴⁶
- 462 Einige der in der RL genannten Geheimhaltungsmaßnahmen finden sich bereits im geltenden österreichischen Recht. Dennoch kann der von *Kriechbaumer* vertretenen pauschalen Auffassung, dass die österreichische Rechtslage und Judikatur den Vorgaben der RL im Bereich der Geheimhaltungsmaßnahmen im Wesentlichen entsprechen würde, in dieser allgemeinen Form nicht zugestimmt werden.¹⁵⁴⁷ Während der Schutz von Geheimnissen vor Verfahrensfremden relativ gut ausgebaut ist (Stichwort Begrenzung der Akteneinsicht oder Ausschluss der Volksöffentlichkeit), ist ein durchgehendes System, das die Geheimnisse einer Partei bei ihrem Sachvortrag bzw im Beweisverfahren schützt *und* gleichzeitig den Zugang zu Informationen und/oder Beweismitteln sichert, nicht erkennbar. Es wurde bereits aufgezeigt, dass die (obendrein lückenhaften) Regelungen zum Geheimnisschutz von einem »Entweder-oder«-Ansatz geprägt sind.

So hat der OGH in der Entscheidung 9 ObA 7/04a klargestellt, dass keine gesetzliche Grundlage dafür bestehe, dass Beweisurkunden nur dem Sachverständigen zugänglich gemacht werden und sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert. Auch dem »geschützten« Einführen eines Unternehmensgeheimnisses in ein Verfahren wurde bislang strikt eine Abfuhr erteilt. Vgl 4 Ob 162/90 wonach ein Kläger, der dem Beklagten eine Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses zum Vorwurf macht, dieses aber nicht (ungeschützt) offenlegen will, in Kauf nehmen muss, dass er sein Prozessziel nicht erreicht.

- 463 Mit dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 setzt der Gesetzgeber die RL ua in § 37j KartellG 2005 um, der einerseits Pflichten zur Offenlegung von Beweismitteln normiert, andererseits wird das Gericht nach § 37j Abs 6 KartellG 2005 ausdrücklich verpflichtet, »wirksame Maßnahmen für den Schutz vertraulicher Informationen anzuordnen«. Dabei kann es insb 1. die Vorlage eines von vertraulichen Informationen bereinigten Auszugs eines Dokuments anordnen, 2. die

1003. Letzterer weist darauf hin, dass es den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie verwehrt sei [»auch wenn dahingehende Zweifel berechtigt sein mögen«] die RL auf ihre EU-Primärrechtskonformität hin zu überprüfen.

1546 Derartige hat bereits der BGH (NJW 2005, 3718, 3720) in einer Entscheidung gebilligt, bei der es um die Vorlage von Kalkulationsgrundlagen durch den Beklagten an den Sachverständigen ging. Den Geheimhaltungsinteressen sei insofern Rechnung zu tragen, als der Sachverständige sich auf die Beantwortung der entscheidungsrelevanten Frage beschränken muss, ohne die Grundlagen einer Schlussfolgerung offenzulegen.

1547 *Kriechbaumer*, RdW 2015, 354.

Öffentlichkeit von der Verhandlung ausschließen, 3. bis auf die Parteien und ihre Vertreter den Personenkreis beschränken, der von den Beweismitteln Kenntnis erlangen darf, soweit dadurch nicht die Parteirechte ungebührlich eingeschränkt werden, oder 4. einen Sachverständigen anweisen, eine Zusammenfassung vorzulegen, die keine vertraulichen Informationen enthält.¹⁵⁴⁸ Die Vollstreckbarkeit des Vorlagebeschlusses (auch) gegenüber der zur Offenlegung verpflichteten Partei (§ 37j Abs 9 KartellG 2005) ist innovativ, wenngleich ein Fremdkörper im bisherigen System der ZPO. Die durch die Umsetzung vorgenommenen verfahrensrechtlichen Änderungen, die sich auf den Anwendungsbereich der RL beschränken, sind durchaus ein (wenngleich zaghafter) Fortschritt und anerkennen die vom Unionsrecht und der EMRK geforderte Konkordanz widerstreitender, grundrechtlich abgesicherter Positionen. Der Gesetzgeber geht damit einige Schritte in Richtung einer *geschützten Verwertung* vertraulicher Informationen. Die Kooperationspflicht entfällt (entgegen § 305 ZPO) etwa nicht bereits dann, wenn sich die nicht beweisbelastete Partei auf gesetzlich anerkannte Geheimhaltungsinteressen berufen kann.¹⁵⁴⁹ Zu bedauern ist freilich, dass vor allem § 37j Abs 6 Z 3 KartellG 2005 wiederum die Dominanz der Parteiöffentlichkeit hervorhebt. Allerdings fügt sich zumindest § 37j Abs 7 KartellG 2005 in das hier aufgezeigte System von EMRK und Unionsrecht ein, weil das Gericht Geheimhaltungsinteressen – durchaus im Sinn des § 12 Abs 5 WettbG (siehe Rz 824 ff) – unter Ausschluss der Gegenpartei prüfen kann. Erfreulich ist vor allem, dass der österreichische Gesetzgeber mit der Regelung der Offenlegungspflichten die prozessualen Kooperationspflichten stärkt. Aus der Sicht des Geheimnisschutzes erteilt er außerdem einer »*Entweder-oder*«-Lösung eine Absage und anerkennt den Grundsatz, dass die geschützte Verwertung von vertraulichen Umständen nicht zwingend an den Vorgaben für ein faires Verfahren scheitern muss.

4. Vergabekoordinierungs-RL

Auch mit der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge 2014/24/EU, die die Vergabekoordinierungs-RL 2004/18/EG ersetzt, wird der Geheimnisschutz, insb bei einem Unternehmensgeheimnis, besonders betont, ihr kann »*eine entsprechende Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechtsetzers zugunsten des Schutzes von*

464

¹⁵⁴⁸ Dieser Aspekt kann auch unter Anwendung der Grundsätze von EGMR und EuGH insoweit problematisch sein, wenn dem Sachverständigen damit richterliche Kompetenzen (nämlich das Ziehen von Schlussfolgerungen) übertragen werden. Ein Ausliehen von vertraulichen Umständen, die für das Verfahren keine Relevanz haben, erscheint jedoch unproblematisch, wobei zu erwägen ist, dass es wohl auch dem Sachverständigen überlassen werden kann, ob bestimmte Umstände für ihn zur Erfüllung des Gutachtensauftrags nicht erforderlich und daher als irrelevant vor dem Prozessgegner zu schützen sind, ohne dass dieser dabei beteiligt wird (vgl Art 7 RL). Letzteres wird das Gericht (ohne Mitwirkung der Parteien) zu beurteilen haben.

¹⁵⁴⁹ Zutreffend ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 12.

*Geschäftsgeheimnissen entnommen werden.*¹⁵⁵⁰ Sofern in dieser RL oder im nationalen Recht »insb in den Rechtsvorschriften betreffend den Zugang zu Informationen« nichts anderes vorgesehen ist, und unbeschadet der Verpflichtungen zur Bekanntmachung vergebener Aufträge und der Unterrichtung der Bewerber und Bieter gemäß den Artikeln 50 und 55 soll der öffentliche Auftraggeber verpflichtet sein, keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten und von diesen als vertraulich eingestuft Informationen weiterzugeben, »wozu insb technische und handelsbezogene Geschäftsgeheimnisse sowie die vertraulichen Aspekte der Angebote selbst gehören.« (Art 21 RL). Daneben hebt die RL die Vertraulichkeit noch an anderen Stellen hervor,¹⁵⁵¹ woraus sich ein umfassender Geheimnisschutz im Bereich des Vergaberechts ableiten lässt.

Bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen stellen die öffentlichen Auftraggeber sicher, dass die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Angebote und der Teilnahmeanträge gewährleistet ist (Art 22 Abs 3 RL). Die öffentlichen Auftraggeber dürfen vertrauliche Informationen eines Bewerbers, Bieters oder Partners nur mit dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben (Art 29 Abs 5 RL [für das Verhandlungsverfahren]; Art 30 Abs 3 RL [beim wettbewerblichen Dialog]; Art 31 Abs 4 und 6 RL [bei Innovationspartnerschaften]). Beim nach Art 53 Abs 1 RL gebotenen öffentlichen Zugang zu den Auftragsunterlagen geben die Auftraggeber an, welche Maßnahmen sie zum Schutz der Vertraulichkeit der Informationen fordern und wie auf die betreffenden Dokumente zugegriffen werden kann, wenn im Hinblick auf Art 21 RL ein uneingeschränkter und vollständiger direkter Zugang zu bestimmten Auftragsunterlagen nicht angeboten werden kann. Nach Art 57 Abs 4 lit e RL kann ein Teilnehmer vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn dieser versucht hat, vertrauliche Informationen zu erhalten. Die Mitgliedstaaten stellen bei der gegenseitigen Amtshilfe die vertrauliche Behandlung der ausgetauschten Informationen sicher (Art 86 Abs 1 RL).

465 Die gebotene Vertraulichkeit zwingt die Bieter (indirekt) gegenüber dem Auftraggeber zur Offenlegung; sie können sich demnach im Vergabeverfahren nicht auf Geheimhaltungsinteressen berufen, »weil Angaben und Unterlagen im Vergabeverfahren streng vertraulich zu behandeln sind.«¹⁵⁵² Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn in einem späteren Nachprüfungsverfahren der Geheimnisschutz schlagartig aufgegeben werden müsste.¹⁵⁵³ Zwar richten sich die Bestimmungen in erster Linie an den

1550 IdS zur Vorgänger-RL: *Eisner/Schiffkorn*, ZVB 2010, 144.

1551 Art 22 Abs 3 Art, 29 Abs 5 Art, 30 Abs 3, Art 31 Abs 4 und 6, Art 53 Abs 1, Art 57 Abs 4 lit i und Art 86 Abs 1 RL.

1552 Vgl Bescheid des Vergabekontrollsenat Wien vom 29. 7. 2005, VKS-2203/05.

1553 Von einem derartigen Geheimnisschutz im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren geht auch § 314 BVergG 2006 aus [»Parteien und Beteiligte können bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen

(öffentlichen) Auftraggeber,¹⁵⁵⁴ ganz im Sinne der *Varec*-Entscheidung¹⁵⁵⁵ ist freilich hervorzuheben, dass diese Geheimnisschutzpflicht im Rechtsschutz fortwirkt,¹⁵⁵⁶ was die Parteirechte bei einer gerichtlichen Kontrolle notwendigerweise einschränken muss.¹⁵⁵⁷ Die an mehreren Stellen geschützten Geheimhaltungsinteressen der Bieter würden deutlich entwertet, wenn die Bieter stets damit rechnen müssten, dass etwa Unternehmensgeheimnisse im Fall einer gerichtlichen Kontrolle allen Beteiligten offen stehen müssen.¹⁵⁵⁸ Zugunsten des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen kann somit in das rechtliche Gehör eingegriffen werden.¹⁵⁵⁹ Konkrete Anforderungen an einen derartigen Geheimnisschutz stellt die RL zwar nicht auf, es ist aber deutlich erkennbar, dass Vertraulichkeitsschutz vorausgesetzt wird. Bei den Sicherheitsinteressen eines Mitgliedsstaates nimmt Art 15 Abs 2 RL etwa auf »Maßnahmen« Bezug, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens im Sinne dieser Richtlinie zur Verfügung stellt, so zum Beispiel auf »Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen«. Freilich sind die Einschränkungen des Gehörs nur im notwendigen Umfang (eben bei vertraulichen Informationen) zulässig, was aus Erwägungsgrund 51 abzuleiten ist, der festhält, »dass die Bestimmungen zum *Schutz vertraulicher Informationen* in keiner Weise der Offenlegung der nicht vertraulichen Teile von abgeschlossenen Verträgen, einschließlich späterer Änderungen, entgegenstehen.« Die Einschränkungen dürfen nicht dazu führen, dass eine effektive Rechtsverfolgung durch die Parteien nicht möglich ist.¹⁵⁶⁰ Es gilt auch hier die Vorgabe des EuGH, dass »*der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen so ausgestaltet sein muss, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten im Einklang steht,*«¹⁵⁶¹

werden. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage zu bezeichnen.«]. Die Materialien beziehen sich dabei ausdrücklich und umfassend auf die *Varec*-Entscheidung; vgl ErläutRV 2170 BlgNR 24. GP 11.

- 1554 Freilich nicht nur. Art 86 RL betrifft die vertrauliche Behandlung bei der Verwaltungszusammenarbeit der Mitgliedstaaten. Demnach müssen diese »die vertrauliche Behandlung der ausgetauschten Informationen sicher(stellen)«.
- 1555 EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*.
- 1556 IdS zur Vorgänger-RL: *Eisner/Schiffkorn*, ZVB 2010, 144.
- 1557 *Frauenberger-Pfeiler*, RPA 2008, 103 [Entscheidungsanm], die im Bereich des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Entscheidung *Varec* konstatiert, dass die Aussage des EuGH, wonach die Behörde Tatsachen, die wegen des Geheimnisschutzes nur ihr bekannt sind, der Entscheidung zugrunde legen darf, »*neue, geradezu revolutionäre Wege fordert.*«
- 1558 IdS wohl auch *Grasböck*, ZVB 2016, 391 f [Entscheidungsanm] auch unter Hinweis auf die neue Fassung des § 314 BVergG 2006.
- 1559 *Aicher* (in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² § 131 Rz 30) vertritt, dass die Geheimhaltungspflicht (des § 23 Abs 3 BVergG 2006) »*auch in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren zu beachten sein [wird]*«.
- 1560 *Eisner/Schiffkorn*, ZVB 2010, 151.
- 1561 EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, Rn 52.

was letztlich den Weg für eine Interessensabwägung bzw für ausgleichende Maßnahmen ebnet.¹⁵⁶²

5. *Know-how-RL*

466 Ähnlich wie die Durchsetzungs-RL (vgl Rz 437 ff, 476 ff) knüpft auch die *Know-how-RL* an das TRIPS-Übereinkommen an.¹⁵⁶³ Im Gegensatz zur Durchsetzungs-RL schützt die *Know-how-RL* dabei aber nicht nur die Geheimnissphäre eines potentiellen Schädigers/Verletzers, sondern auch jene des Geschädigten/Verletzten, um es diesem zu erleichtern, zur effektiven Rechtsdurchsetzung ein Geheimnis in das Verfahren einzuführen.¹⁵⁶⁴ Abgesehen vom sich aufdrängenden Zusammenhang mit den durch die Durchsetzungs-RL bzw dem TRIPS-Übereinkommen geschützten Rechten des geistigen Eigentums, kommt der *Know-how-RL* freilich darüber hinaus weitere Bedeutung zu, weil nach ihr die *Vertraulichkeit von Unternehmensgeheimnissen* während und nach Gerichtsverfahren allgemein geschützt werden muss (Art 9 RL),¹⁵⁶⁵ ohne dass die RL dabei auf eine bestimmte im Verfahren zu prüfende Materie (etwa den Bereich des geistigen Eigentums) abstellt. Die Schutzmaßnahmen setzen nur voraus, dass der rechtswidrige Erwerb bzw die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen den Prozessgegenstand bilden. Das bedeutet aber auch, dass die RL auch außerhalb von Verfahren, die in Zusammenhang mit dem geistigen Eigentum stehen, Anwendung findet, etwa wenn der Schutz von Unternehmensgeheimnissen die Grundlage des Anspruchs in einem arbeitsrechtlichen oder lauterkeitsrechtlichen Verfahren oder in einem allgemeinen Schadenersatzprozess ist. Die RL normiert nur eine Mindestharmonisierung, den Mitgliedstaaten ist es gestattet, strengere Maßnahmen anzuwenden (Erwägungsgrund 10).

467 Hervorzuheben sind für die hier interessierende Thematik die verfahrensrechtlichen Maßnahmen zum Schutz eines Unternehmensgeheimnisses. Die Art 6 ff RL verpflichten die Mitgliedstaaten zu verhältnismäßigen Maßnahmen, Verfahren

1562 Die *Varec*-Entscheidung lässt hier die konkrete Lösung offen, schließt sie doch mit folgenden Worten: »Es ist Sache dieser Instanz, zu entscheiden, inwieweit und nach welchen Modalitäten die Vertraulichkeit und die Geheimhaltung dieser Angaben im Hinblick auf die Erfordernisse eines wirksamen Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten und – im Fall einer Klage oder eines Rechtsbehelfs bei einer Stelle, die ein Gericht im Sinne von Art. 234 EG ist – zu gewährleisten sind, damit in dem Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet wird.«

1563 Kommissionentwurf 7.

1564 Vgl die Ausführungen im Entwurf der Kommission 7, wonach die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen dazu eher bereit wären, wenn sie sich auf die Wahrung der Vertraulichkeit im Rahmen von Gerichtsverfahren verlassen könnten, um rechtlichen Schutz vor etwaigen Schäden aufgrund einer widerrechtlichen Aneignung von Geheimnissen in Anspruch zu nehmen. Vgl auch Erwägungsgrund 24 der RL.

1565 Vgl auch Kommissionentwurf 17.

und Rechtsbehelfen, die erforderlich sind, um Geschäftsgeheimnisse zu schützen, wobei kein Wettbewerbsverhältnis vorliegen muss.¹⁵⁶⁶ Art 10 f RL sehen Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vor. Vor allem aber Art 9 RL verdient Beachtung. Demnach sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass alle Beteiligten eines Verfahrens (inkl Vertreter, Gerichtsbedienstete, Zeugen und Sachverständige) die ihnen offenbarten Geheimnisse vertraulich behandeln und nicht nutzen. Es muss diesen Personen verboten sein, das Geheimnis, von dem sie aufgrund der Teilnahme an dem Verfahren oder des Zugangs zu den Dokumenten Kenntnis erlangt haben, zu nutzen oder offenzulegen (Art 9 Abs 1 RL). Der entsprechende Schutz besteht auch nach Abschluss des Gerichtsverfahrens und so lange weiter, wie die Informationen, die Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses sind, nicht öffentlich verfügbar sind (Art 9 Abs 1 RL, Erwägungsgrund 24).

Dem Verbot nach Art 9 Abs 1 RL liegt zugrunde, dass Geschäftsgeheimnisse nicht absolut geschützt sind; der Inhaber eines Unternehmensgeheimnisses hat daher keine Exklusivrechte an den geheimen Informationen.¹⁵⁶⁷ Ungeachtet der schutzwürdigen Interessen eines Geheimnisinhabers steht Dritten nämlich stets die Möglichkeit offen, das Geheimnis auf lautere Weise (etwa durch ein zulässiges¹⁵⁶⁸ *Reverse-Engineering*¹⁵⁶⁹) zu erlangen.¹⁵⁷⁰ Erlangt ein Dritter Kenntnis vom Unternehmensgeheimnis, kann sich der Berechtigte gegen eine Verwertung daher nur dann wehren, wenn der Dritte gegen den Willen des Berechtigten rechtswidrig bzw unlauter Kenntnis vom geheimen *Know-how* erlangt hat.¹⁵⁷¹ Das ist zB bei Diebstahl, Datenmissbrauch oder Bestechung der Fall.¹⁵⁷² Die RL setzt damit die unlautere Erlangung im Ergebnis der Erlangung der Kenntnis im Zuge eines Verfahrens gleich.

1566 *Gassauer-Fleissner*, *ecolex* 2016, 708 unter Hinweis auf Erwägungsgrund 6.

1567 Kommissionsentwurf 3.

1568 Siehe Art 3 Z 1 lit b RL. Vgl auch Kommissionsentwurf 9 und *Witz* in FS-Bornkamm 517.

1569 Wikipedia <https://de.wikipedia.org/wiki/Reverse_Engineering> *Reverse Engineering* (engl, bedeutet: *umgekehrt entwickeln, rekonstruieren*, Kürzel: *RE*), auch Nachkonstruktion, bezeichnet den Vorgang, aus einem bestehenden, fertigen System oder einem meistens industriell gefertigten Produkt durch Untersuchung der Strukturen, Zustände und Verhaltensweisen die Konstruktionselemente zu extrahieren. Aus dem fertigen Objekt wird somit wieder ein Plan erstellt.

1570 Vgl auch Kommissionsentwurf 3: »[...] dass es Wettbewerbern freisteht – und sie dazu ermutigt werden sollten –, im Innovationswettbewerb dieselben, ähnliche oder alternative Lösungen zu entwickeln und zu nutzen, dass sie aber nicht betrügen, stehlen oder täuschen dürfen, um in den Besitz vertraulicher Informationen über die von anderen entwickelten Lösungen zu gelangen.«

1571 Bezeichnenderweise definiert die RL in Art 1 deren Gegenstand danach, dass Vorschriften für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor *rechtswidrigem* Erwerb, *rechtswidriger* Nutzung und *rechtswidriger* Offenlegung festgelegt werden sollen, was auch im Langtitel der RL seinen Niederschlag findet.

1572 In Art 4 Z 2 RL wird der unbefugte Zugang zu oder die Kopie von Dokumenten, Gegenständen, Materialien, Stoffen oder elektronischen Dateien, die ein Geschäftsgeheimnis betreffen und jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraxis nicht vereinbar gilt, angeführt. Im Entwurf der Kommission waren auch noch Diebstahl, Bestechung, Betrug und die Verletzung einer Vertraulichkeitsvereinbarung ausdrücklich angeführt.

Eine derartige ausdrückliche Anordnung wie in Art 9 RL ist erforderlich (vgl den Erwägungsgrund 33 der Kartellschadenersatz-RL¹⁵⁷³), weil der Umstand, dass eine Partei im Zuge eines Verfahrens Kenntnis von den dort offenbarten Geschäftsgeheimnissen erlangt, nicht *per se* unlauter sein muss. Das ist wohl nur dann der Fall, wenn das Verfahren nur deshalb eingeleitet wurde, um Zugang zu den Geheimnissen der Gegenseite zu erlangen.

468 Allerdings sind die Interessen des Geheimnisinhabers allein durch dieses Verbot nicht ausreichend gewahrt, weil dieser wohl nicht gesichert davon ausgehen kann, dass sich die Personen, die im Zuge eines Verfahrens vom Geheimnis Kenntnis erlangen, »für alle Ewigkeit in den Mantel des Schweigens hüllen werden«.¹⁵⁷⁴ Um Geschäftsgeheimnisse zu wahren, sollen die Gerichte daher noch weitere *spezifische Maßnahmen* ergreifen können. Hier zeigt sich das Spannungsfeld zwischen Geheimnisschutz, Parteiöffentlichkeit (rechtliches Gehör) und effektivem Rechtsschutz besonders deutlich.¹⁵⁷⁵ Dabei ist vor allem die Entstehungsgeschichte der Richtlinie hervorzuheben,¹⁵⁷⁶ weil sich daraus der Umgang mit dem oben skizzierten »*Trilemma*« (Rz 249 ff) besonders plastisch ergibt. Auch die RL geht davon aus, dass ein Prozesserverfolg bereits an der erforderlichen schlüssigen Darstellung von Tatsachen, die das Geschäftsgeheimnis berühren, scheitern¹⁵⁷⁷ und es wegen des Gehörsanspruchs des Gegners zu einer »*verfassungsrechtlich problematischen Pattsituation*«¹⁵⁷⁸ kommen kann. Um diese Situation aufzulösen, soll die Vertraulichkeit eines Unternehmensgeheimnisses während eines Prozesses gewahrt bleiben.¹⁵⁷⁹ Von dieser Problematik geht die RL etwa in Erwägungsgrund 24 aus, in dem darauf hingewiesen wird, die rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen würden angesichts der Möglichkeit, dass die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses während eines Gerichtsverfahrens nicht gewahrt bleibt, häufig davor zurückschrecken, zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Verfahren einzuleiten.¹⁵⁸⁰ Wenngleich diese Konstellation vom eigentlichen Untersuchungsgegenstand nicht umfasst ist (betrifft sie doch die oben bei Rz 254 beschriebene Variante 2), wird die RL hier schon deshalb skizziert, weil das Gesagte spiegelbildlich für die Problematik

1573 Demnach sollten Sanktionen auch dann verhängt werden können, wenn Informationen, die durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, in Schadenersatzklagen missbräuchlich verwendet werden.

1574 *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 813.

1575 *Gärtner*, NZG 2014, 650; *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 812.

1576 Kommissionsentwurf vom 28.11.2013 bzw Entwurf des Rates der Europäischen Union vom 19.5.2014; Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses; Bericht des Rechtsausschusses vom 10.2.2015.

1577 *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 812.

1578 *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 812.

1579 *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 812.

1580 Vgl zB 4 Ob 162/90, wonach der Kläger den Prozessverlust in Kauf nehmen müsse, wenn er bei behaupteter Verletzung seines Geschäftsgeheimnisses dieses nicht (ungeschützt) offenlegen will.

der Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei gilt. Wenn sogar die beweisbelastete Partei davor zurückschrecken wird, ihr Unternehmensgeheimnis zu opfern, um im Verfahren zu obsiegen, wird es ihrem Gegner umso weniger zumutbar sein, sein Geheimnis zu lüften, um damit die andere Partei zu unterstützen. Die RL soll nun *einerseits* die Rechtsdurchsetzung, *aber auch* die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen wahren.¹⁵⁸¹

Ähnlich wie die Kartellschadenersatz-RL sieht die RL bestimmte Möglichkeiten vor, dass vertrauliche Informationen im Verfahren verwertet *und* geschützt werden. Dabei sind in Art 9 RL konkrete Beispiele für derartige Mechanismen vorgesehen. Darunter fallen die Beschränkung des Zugangs zu Dokumenten und Anhörungen¹⁵⁸² und die Herstellung einer vertraulichen (»geschwärzten«) Fassung der Endentscheidung.

Nach dem Entwurf der Kommission war die Parteiöffentlichkeit von diesen Beschränkungen noch wesentlich einschneidender betroffen; demnach wäre es möglich gewesen, den Zugang der Parteien zu Beweismitteln oder Anhörungen ganz auszuschließen.^{1583, 1584}

469

470

1581 Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 812.

1582 Damit auch der Ausschluss der Volksöffentlichkeit, vgl McGuire, GRUR 2016, 1008.

1583 In Art 8 des Entwurf heißt es ua:

»2. Die Mitgliedstaaten stellen des Weiteren sicher, dass die zuständigen Justizbehörden auf einen ordnungsgemäß begründeten Antrag einer Partei hin spezifische Maßnahmen treffen können, die erforderlich sind, um die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses oder eines angeblichen Geschäftsgeheimnisses, auf das im Laufe des Gerichtsverfahrens im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses Bezug genommen wird, zu wahren.

Die in Unterabsatz 1 genannten Maßnahmen sehen mindestens folgende Möglichkeiten vor:

- a) den Zugang zu von den Parteien oder Dritten vorgelegten Dokumenten, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, ganz oder teilweise zu beschränken;
- b) den Zugang zu Anhörungen, bei denen unter Umständen Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden, und zu den entsprechenden Aufzeichnungen oder Abschriften zu beschränken; unter außergewöhnlichen Umständen und vorbehaltlich einer angemessenen Begründung können die zuständigen Justizbehörden den Zugang der Parteien zu diesen Anhörungen beschränken und anordnen, dass solche Anhörungen nur in Gegenwart der gesetzlichen Vertreter der Parteien und der Geheimhaltungspflicht gemäß Absatz 1 unterliegender autorisierter Sachverständiger stattfinden;
- c) eine nicht vertrauliche Fassung gerichtlicher Entscheidungen bereitzustellen, in der die Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Passagen gelöscht wurden.

Wenn die zuständige Justizbehörde mit Blick auf den notwendigen Schutz eines Geschäftsgeheimnisses oder eines angeblichen Geschäftsgeheimnisses und gemäß Unterabsatz 2 Buchstabe a entscheidet, dass Beweismittel, über die eine Partei die rechtmäßige Kontrolle besitzt, der anderen Partei nicht offengelegt werden dürfen, und wenn diese Beweismittel für den Ausgang des Rechtsstreits erheblich sind, kann die betreffende Justizbehörde dennoch die Offenlegung der betreffenden Informationen gegenüber den gesetzlichen Vertretern der anderen Partei und gegebenenfalls gegenüber den autorisierten Sachverständigen – vorbehaltlich der Verpflichtung zur Vertraulichkeit gemäß Absatz 1 – gestatten.«

1584 Nach diesem Entwurf erschien es auch denkbar, dass auch dem Gericht kein voller Zugang zu den Beweismitteln zustand.

- 471 Gegen den Richtlinienentwurf der Kommission hat ua der deutsche Bundesrat Einspruch erhoben.¹⁵⁸⁵ Demnach erscheine Art 8 des Richtlinienvorschlags (nunmehr Art 9 RL) problematisch, weil auch den beteiligten Parteien selbst der Zugang zu Anhörungen versagt werden könne und offensichtlich vom Gericht zu verwertende Beweismittel den Parteien selbst vorenthalten werden dürften. Dies lasse sich mit dem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz nach Art 103 Abs 1 des Grundgesetzes, dass vor Gericht jedermann einen Anspruch auf rechtliches Gehör habe, in dieser allgemeinen Form nicht vereinbaren. Vgl auch die Kritik der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer.¹⁵⁸⁶ Demnach könne eine gebotene Geheimhaltung nur dadurch durchsetzbar sein, dass der anwaltliche Vertreter einer Partei Zugang zu vertraulichen Beweismitteln habe und dieser bis auf weiteres zur Geheimhaltung gegenüber der Naturalpartei verpflichtet sei.¹⁵⁸⁷ Siehe ebenso den Bericht des EWSA¹⁵⁸⁸ und den Bericht des Rechtsausschusses vom 10. 2. 2015.¹⁵⁸⁹ In Letzterem wird Art 8 des Entwurfs mehrfach entschärft und betont, dass es wichtig sei, den Parteien ein Mindestmaß an Zugang zum gesamten Verfahren zu gewähren und eine wirksame Vertretung sicherzustellen. Vgl den Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. 6. 2015.¹⁵⁹⁰
- 472 Die Kritik fand in der RL Niederschlag. Diese wurde in der Folge wesentlich gehörfreundlicher formuliert. Demnach rechtfertigen es Geschäftsgeheimnisse zwar, dass der Zugang zu Dokumenten und Anhörungen »ganz oder teilweise auf eine begrenzte Anzahl von Personen« beschränkt wird. Das setzt aber voraus, dass »mindestens eine natürliche Person jeder Partei und ihre jeweiligen Rechtsanwälte oder sonstige Vertreter« unbeschränkten Zugang erhalten (Art 9 Abs 2 RL).¹⁵⁹¹ Auch eine Zurückdrängung des Gerichts zB durch einen vorgeschalteten Sachverständigen, der geheime Grundlagen filtert und zusammenfasst, ist nicht vorgesehen. Mit den Maßnahmen soll nach Ansicht des Rats¹⁵⁹² ein »Ausgleich zwischen dem

1585 Bundesrat Drucksache 786/13 (Beschluss) 14. 2. 2014.

1586 Bundesrechtsanwaltskammer Stellungnahme Nr. 12/2014 März 2014; Registernummer: 25412265365-88.

1587 Vgl dazu auch *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 813.

1588 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulicher *Know-hows* und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung COM(2013) 813 final – 2013/0402 (COD).

1589 2013/0402(COD).

1590 A8-0199/2015.

1591 Wobei alle diese Personen den Geheimhaltungsvorschriften dieser Richtlinie unterliegen sollten (Erwägungsgrund 25).

1592 Vgl auch den Erwägungsgrund 14 des Entwurfs des Rats: »Daher bedarf es – vorbehaltlich geeigneter Schutzmaßnahmen, die das Recht auf ein faires Verfahren garantieren – spezifischer Anforderungen, die darauf abstellen, die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses, das Gegenstand eines Gerichtsverfahrens ist, im Verlauf des Verfahrens zu wahren.«

Schutz von Geschäftsgeheimnissen und dem Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren geschaffen werden.«¹⁵⁹³

Die weitgehende (bzw volle) Wahrung der Parteiöffentlichkeit kann durchaus als Rückschritt gegenüber dem Entwurf der Kommission bezeichnet werden, der stärker von der Überlegung geprägt war, dass das Recht auf rechtliches Gehör nicht absolut wirkt, sondern zugunsten von Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden kann. Der Sinneswandel gegenüber dem Kommissionsentwurf ist zu bedauern,¹⁵⁹⁴ zumal nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁹⁵ ein Verfahren bei berücksichtigungswürdigen Geheimhaltungsinteressen uU *auch dann* dem Fairnessgebot entsprechen kann, wenn die Parteiöffentlichkeit *nicht umfassend* gewährt wird. Dies vor allem dann, wenn ohne Ausschluss zumindest der Naturalpartei die Gewährleistung von Geheimhaltungsinteressen *und* eines effektiven Rechtsschutzes schwer umsetzbar ist. Das an die Prozessbeteiligten gerichtete Verbot, die ihnen im Zuge des Verfahrens bekannt gewordenen Geschäftsgeheimnisse nicht zu nutzen, kann dieses Manko nicht ausgleichen, weil es für den Berechtigten oft kaum nachzuweisen sein wird, dass sein *Know-how* von Prozessteilnehmern genutzt wird.

Ungeachtet der Kritik an der Relativierung ist die RL insgesamt als Fortschritt in der Entwicklung auch des verfahrensrechtlichen Geheimnisschutzes zu betrachten. In der RL wird der zu gewährende Geheimnisschutz in einem Atemzug mit dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren genannt (Erwägungsgrund 24). Es muss »sichergestellt werden, dass die Geschäftsgeheimnisse wirksam geschützt werden und *gleichzeitig* das Recht der Verfahrensparteien auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren gewahrt bleibt.« (Erwägungsgrund 25). Während das österreichische Prozessrecht vor Umsetzung dieser RL noch von der Überlegung geprägt ist, ein Geheimnis entweder zu schützen oder zu verwerten, hat der Unionsrechtsgesetzgeber bereits anerkannt, dass die Problematik nur gelöst werden kann, wenn die grundrechtlich geschützten Positionen – Gehör, Rechtsschutz, Geheimnisschutz – jeweils nicht absolut gesehen werden. Vielmehr muss danach getrachtet werden, die divergierenden Interessen harmonisch zu vereinen, was in Art 9 RL zum Ausdruck kommt, womit einer »*Entweder-oder*«-Situation eine Absage erteilt wird. Der österreichische Gesetzgeber hat mit der UWG-Novelle 2018 bei Verfahren, deren Gegenstand Unternehmensgeheimnisse betrifft, Möglichkeiten geschaffen, wonach unumgängliche Unternehmensgeheimnisse von den Prozessbeteiligten geheim gehalten werden bzw vor diesen geschützt werden können.¹⁵⁹⁶ Dazu Rz 903 ff.

1593 Entwurf des Rates, 6.

1594 Kritisch auch *Ann*, GRUR-Prax 2016, 467; *Hauck*, NJW 2016, 2218; *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 813.

1595 Vgl etwa EuGH 13.7.2006, Rs C-438/04, *Mobistar SA/IBPT* oder EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, RPA 2008, 99 [*Frauenberger-Pfeiler*].

1596 Vgl bereits *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 52.

6. Resümee

475 Die sekundärrechtlichen Regeln des Unionsrechts sind von einem modernen Grundrechtsverständnis geprägt und trachten danach, widerstreitende, grundrechtlich geschützte Positionen im Dreieck effektive Rechtsdurchsetzung, faires Verfahren und Geheimnisschutz auszugleichen. Viele Regelungen wollen einer *Informationsasymmetrie* unabhängig von einer allfälligen Beweislast mit einer Offenlegungspflicht entgegenwirken, wobei *gleichzeitig* der Schutz vertraulicher Informationen berücksichtigt werden soll. Die Bezugnahme auf vertrauliche Informationen in der *Durchsetzungs-RL* gibt den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit, die Einräumung von Informationsrechten bereits dann zu verweigern, wenn diese in einem Spannungsfeld zu Geheimhaltungsinteressen des Gegners stehen. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber gehalten, beides zu vereinen. Die Konsequenz des Schutzes vertraulicher Informationen darf nicht die Verweigerung des Eingriffs sein, vielmehr sind die Geheimhaltungsinteressen des Prozessgegners durch verfahrensrechtliche Mittel zu schützen.¹⁵⁹⁷ Ähnliches gilt etwa für die *Kartellschadenersatz-RL* und die *Know-how-RL*, wobei diese RL bereits einen Maßnahmenkatalog enthalten, die die praktische Konkordanz erleichtern. Damit sollen vertrauliche Informationen im Verfahren verwertet *und* geschützt werden. Dabei handelt es sich um Maßnahmen zur Einschränkung der Parteiöffentlichkeit, die allerdings eher moderat ausfallen, zumal nach dem Entwurf der Kommission zur *Know-how-RL* die Parteiöffentlichkeit von diesen Beschränkungen noch wesentlich einschneidender betroffen ist. Positiv ist freilich das Bekenntnis des Unionsrechtsgesetzgebers hervorzuheben, dass die Problematik nur gelöst werden kann, wenn die grundrechtlich geschützten Positionen nicht absolut gesehen werden können, während das österreichische Prozessrecht noch stark von der Überlegung geprägt ist, ein Geheimnis entweder zu schützen oder zu verwerten.

C. Fordert das Unionsrecht ein geheimes in *camera*-Verfahren?

1. Meinungsstand

476 Insb die Erlassung der *Durchsetzungs-RL* veranlasste viele Stimmen im Schrifttum, für das Zivilverfahren ein sogenanntes *in camera*-Verfahren zu fordern bzw dessen Zulässigkeit auf die RL zu stützen. Ansatzpunkt war dabei vor allem *Art 6 Durchsetzungs-RL*.

477 Nach *Bornkamm* zwingt der nach *Art 6 Durchsetzungs-RL* gebotene Schutz vertraulicher Informationen dazu, über diese Informationen *in-camera* zu verhan-

¹⁵⁹⁷ 4 Ob 83/17k mwN auf das Schrifttum.

deln.¹⁵⁹⁸ Vieles spreche dafür, ein derartiges Verfahren auch ohne ausdrückliche Regelung zuzulassen;¹⁵⁹⁹ jedenfalls nötige die Durchsetzungs-RL die Gerichte dazu, wenn der Gesetzgeber das Verfahren nicht ausdrücklich vorsehe.¹⁶⁰⁰

Bornkamm hat dabei die Situation vor Augen, dass der Berechtigte eines Immaterialgüterrechts als Kläger in einem Verletzungsprozess dem Beklagten einen Verstoß nur dann nachweisen kann, wenn jener auf Informationen bzw Beweismittel zugreifen kann, die sich in der Sphäre des Beklagten befinden. Das betrifft somit die hier zu untersuchende Ausgangssituation, die davon geprägt ist, dass die prozessuale Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei die Beweisnot des Beweisführers beheben kann. Der »Zielkonflikt« zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners und dem Informationsinteresse des Gläubigers ist nach *Bornkamm* ohne *in camera*-Verfahren, in dem die Beteiligungsrechte des Gläubigers samt Informations Sperre beschränkt werden, kaum lösbar. Gemeint ist ein beweisicherndes Verfahren, das dem eigentlichen Verletzungsprozess vorgeht. Dabei werde nicht nur die Öffentlichkeit ausgeschlossen und ein Geheimhaltungsgebot ausgesprochen. Der Kläger dürfe persönlich bei der Erörterung der vertraulichen Informationen und gegebenenfalls bei einer Beweisaufnahme, die sich auf die geheim zu haltenden Tatsachen bezieht, nicht anwesend sein und müsse insoweit auf eine Unterrichtung durch seinen Anwalt¹⁶⁰¹ verzichten. Dem Gläubiger, der eine Verletzung eines Schutzrechts behauptet, werde dabei nichts genommen, worauf er Anspruch hätte.¹⁶⁰² Er werde quasi vor seinem eigenen Vorteil geschützt.¹⁶⁰³ Wolle sich der Gläubiger auf ein Verfahren mit eingeschränkten Beteiligungsrechten nicht einlassen, stehe es ihm frei, sein Ziel ohne *in camera*-Verfahren zu erreichen. Wohl dürfe das Gericht grundsätzlich nur jene Tatsachen und Beweisergebnisse verwerten, zu denen die Parteien Stellung nehmen konnten. Ganz im Sinne *Stürners*¹⁶⁰⁴ stellt *Bornkamm* den Gerechtigkeitsgehalt dieses Satzes jedoch in Frage, wenn sich die Wahrung des rechtlichen Gehörs zum Nachteil jener Partei auswirkt, zu deren Schutz sie bestimmt ist.¹⁶⁰⁵ Könne eine Partei ihr Recht nur durchsetzen, wenn der Entscheidung vertrauliche Informationen zugrunde gelegt werden, von denen sie keine Kenntnis erhalten darf, führe das uneingeschränkte Gebot des rechtlichen Gehörs letztendlich zum Rechtsverlust.¹⁶⁰⁶ Das von *Bornkamm* als zulässig erachtete Geheimverfahren sei verfassungsrechtlich zulässig, wobei sich der Autor auf eine Entscheidung des BVerfG zu einem Verwaltungsprozess bezieht,¹⁶⁰⁷ die nach

1598 *Bornkamm* in FS-Ullmann 912.

1599 *Bornkamm* in FS-Ullmann 909.

1600 *Bornkamm* in FS-Ullmann 910.

1601 Der Parteienvertreter sei hingegen grundsätzlich nicht auszuschließen, zumal sonst die Verletzungshandlung nicht sinnvoll dargelegt werden könnte (*Bornkamm* in FS-Ullmann 910). Nur wenn sich die rechtlichen Schlussfolgerungen relativ einfach aus der vertraulichen Information ergeben, könne man in Betracht ziehen, auch den Vertreter auszuschließen.

1602 *Bornkamm* in FS-Ullmann 903.

1603 *Bornkamm* in FS-Ullmann 911.

1604 Aufklärungspflicht 227.

1605 *Bornkamm* in FS-Ullmann 903.

1606 *Bornkamm* in FS-Ullmann 905.

1607 BVerfGE 101, 106. Das BVerfG erachtete eine Vorschrift mit dem GG unvereinbar, die die Vorlage von verwaltungsbehördlichen Akten an das eine Auskunftsverweigerung überprüfende

seiner Ansicht »geradezu für den Zivilprozess geschrieben scheint«.¹⁶⁰⁸ Bornkamm hält ein derartiges Verfahren aber nur dann für zulässig, wenn (wie bei der von ihm besprochenen Konstellation) die beweisbelastete Partei ausgeschlossen werden soll, weil sich ihr Rechtsschutz dann durch den begrenzten Verzicht auf rechtliches Gehör verbessere.¹⁶⁰⁹

- 478 Stadler zieht (ua) ebenfalls die Durchsetzungs-RL heran, um die Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens zu begründen.¹⁶¹⁰ Sie zweifelt allerdings daran, ob »viele Gerichte angesichts der Eingriffe in die Verfahrensrechte [...] den Mut aufbringen, ein solches *in camera*-Verfahren« anzuordnen.¹⁶¹¹ Sie räumt ein, dass ein derartiges Verfahren »auf den ersten Blick ein ungutes Gefühl [hinterlässt], weil es grundlegende Verfahrensrechte beschränkt«. Der Gesetzgeber sei aufgerufen, klarere Regelungen in der ZPO selbst zu schaffen, um die praktische Konkordanz zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimnisschutz herzustellen.¹⁶¹²

Art 6 der RL verlange demnach eine tatsächlich erzwingbare Vorlagepflicht der gegnerischen Partei. Die bloße negative Würdigung genüge nicht. Die Richtlinienvor-

Gericht wegen Geheimhaltungsinteressen auch in den Fällen ausschließt, in denen die Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art 19 Abs 4 GG von der Kenntnis der Verwaltungsvorgänge abhängt. Die Regelung sei zur an sich legitimen Zweckerreichung nicht erforderlich, weil Möglichkeiten bestünden, den Geheimhaltungsbedürfnissen Rechnung zu tragen, ohne den Rechtsschutzanspruch zu verkürzen. Und wörtlich: »Die Belange der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge und die Rechtsschutzansprüche des Betroffenen können insb dadurch besser in Einklang gebracht werden, dass die Akten dem Gericht vorgelegt werden, das unter Verpflichtung zur Geheimhaltung nachprüft, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Auskunftsverweigerung im konkreten Fall erfüllt sind. Den Geheimhaltungsbedürfnissen wäre dadurch Rechnung getragen, dass die Kenntnisnahme auf das Gericht beschränkt bliebe (»in camera« Verfahren). Der Rechtsschutzsuchende selber erführe nicht, welche Gründe im einzelnen die Auskunftsverweigerung tragen.« Das Grundrecht auf rechtliches Gehör stünde einer solchen Ausgestaltung nicht entgegen, weil jenes aus sachlichen Gründen eingeschränkt werden könne. Ein solcher sachlicher Grund bestünde darin, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gerade ein Absehen von einem *in camera*-Verfahren zu einer Minderung des Individualrechtsschutzes führe, die erheblich schwerer wiege als eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs. Werde der effektive Rechtsschutz aber erst – wie in den Fällen der Geheimhaltungsbedürftigkeit von Tatsachen – durch eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs möglich, dann liege in dem damit verbundenen Vorteil, dass jedenfalls das Gericht die vollständigen Akten kennt und aufgrund dieser Kenntnis zu dem Schluss kommen kann, dass die Geheimhaltungsinteressen nicht vorliegen oder nicht überwiegen, ein hinreichender sachlicher Grund. Dabei sei der Gesetzgeber freilich nicht auf das Verfahren *in camera* festgelegt. Soweit andere Möglichkeiten bestünden, das Rechtsschutzdefizit auszugleichen, ohne die Geheimhaltungsinteressen zu vernachlässigen, würden ihm auch diese offenstehen. Infolge dieser Entscheidung wurde § 99 dVwGO dahingehend geändert, dass über die Frage der Vorlage der Akten bei Geltendmachung von Geheimhaltungsinteressen in einem *geheimen Zwischenverfahren* zu entscheiden ist. Hingegen besteht nach wie vor keine Möglichkeit, über die Hauptsache in einem *in camera*-Verfahren zu entscheiden. Dazu auch dazu Rz 850 ff.

1608 Bornkamm in FS-Ullmann 906 f.

1609 Bornkamm in FS-Ullmann 906.

1610 Stadler, ZJP 123 (2010) 277 ff.

1611 Stadler, ZJP 123 (2010) 281.

1612 Stadler, ZJP 123 (2010) 282; Stadler in Musielak/Voit¹⁶ § 142 ZPO Rz 7a.

gaben seien im deutschen Recht nicht erfüllt worden.¹⁶¹³ Aus § 140c dPatG¹⁶¹⁴ leitet sie die Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens als ultima ratio ab.¹⁶¹⁵ Nur damit gewährleiste man die Umsetzung der Durchsetzungs-RL im Sinne der Wegweisung des EuGH in *Mobistar* (vgl dazu oben Rz 420 ff). Die ausgeschlossene Partei müsste in den entsprechenden Teilen des Verfahrens von einem Rechtsbeistand vertreten werden, der ihr keine Details mitteilen dürfte.¹⁶¹⁶

Auch weitere Stimmen des deutschen Schrifttums leiten aus der Durchsetzungs-RL Umsetzungsbedarf in Richtung einer Einschränkung der Parteiöffentlichkeit ab. 479

G. Wagner konstatiert wegen Art 6 der Durchsetzungs-RL »europarechtlichen Druck in Richtung auf *in camera*-Verfahren« auch¹⁶¹⁷ im Recht des Geistigen Eigentums.¹⁶¹⁸ Wie *Bornkamm* und *Stadler* bezieht er sich auf jene Fälle, bei denen sich »*der – angebliche oder tatsächliche – Verletzte hinter dem Schutzschild des Unternehmensgeheimnisses verschanzt und so die Durchsetzung der Ansprüche Verletzter zu vereiteln sucht.*« Es erscheine ausgeschlossen, dass der EuGH eine Umsetzung von Art 6 RL akzeptieren könnte, die die Zugänglichmachung geschützter Informationen unter Wahrung der Vertraulichkeit nicht vorsieht.¹⁶¹⁹ Auch unter Verweis auf die Rechtslage in der Schweiz, die zu keinen rechtsstaatlich bedenklichen Defiziten geführt habe, plädiert er dafür, dass außerhalb von Spezialmaterien die Aufgabe gelöst werden müsste, das Interesse an Geheimnisschutz und dasjenige an effektivem Rechtsschutz zu einem möglichst schonenden Ausgleich zu bringen, anstatt das »dienende« Grundrecht aus Art 103 GG zu verabsolutieren.¹⁶²⁰

Auch *Rausch* erwägt, ob die Durchsetzungs-RL eine Grundlage für den Ausschluss einer Partei sein könnte, verweist gleichzeitig aber darauf, dass das (deutsche) Verfahrensrecht dafür bisher keine Regelung vorsehe.¹⁶²¹

Bahner kritisiert die seiner Meinung nach überschießende Umsetzung der Richtlinie in Deutschland, die auf die (Geheimhaltungs-)Interessen des Anspruchsgegners

1613 Vgl auch *Stadler* in *Musielak/Voit*¹⁶ § 142 ZPO Rz 1a: »nicht unproblematisch«. Ähnlich zB *Rausch*, Arca-nigra-Verfahren Rz 123.

1614 »Wer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit entgegen den §§ 9 bis 13 eine patentierte Erfindung benutzt, kann von dem Rechtsinhaber oder einem anderen Berechtigten auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache, die sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, oder eines Verfahrens, das Gegenstand des Patents ist, in Anspruch genommen werden, wenn dies zur Begründung von dessen Ansprüchen erforderlich ist. Besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung, erstreckt sich der Anspruch auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Soweit der vermeintliche Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten.«

1615 *Stadler*, ZJP 123 (2010) 280.

1616 *Stadler*, ZJP 123 (2010) 280.

1617 Mit Blick auf die *Mobistar*-Entscheidung erachtet er die Bereitstellung eines *in camera*-Verfahrens im Anwendungsbereich der telekommunikationsrechtlichen Rahmen-RL als zwingend (vgl *G. Wagner*, JZ 2007, 718).

1618 *G. Wagner*, JZ 2007, 718.

1619 *G. Wagner*, JZ 2007, 718.

1620 *G. Wagner*, JZ 2007, 718.

1621 *Rausch*, Arca-nigra-Verfahren Rz 260.

nicht genügend Rücksicht nehme. Den Gerichten sei die Berücksichtigung des Geheimnisschutzes delegiert worden, dabei sei die Einführung eines Geheimverfahrens, das den Vorgaben der RL entspreche, durch richterliche Rechtsfortbildung möglich.¹⁶²²

480 In Österreich betrachtet *Schneider* das *in camera*-Verfahren als »ideale Lösung« für die Umsetzung (nämlich von Art 6 der RL).¹⁶²³ Sie bezweifelt, dass die österreichische Rechtslage der von der RL geforderten Möglichkeit der effektiven Rechtsdurchsetzung entspricht.¹⁶²⁴

Der österreichische Gesetzgeber habe nicht bedacht, ob eine Einführung des Geheimnisses in den Prozess unter gleichzeitiger Wahrung gegenüber dem Prozessgegner möglich sei.¹⁶²⁵ Der (klagende) Schutzrechtsinhaber habe bei Berufung auf ein Unternehmensgeheimnis durch den potentiellen Verletzter keine Möglichkeit, seine Ansprüche zu beweisen. Sie plädiert für eine zwangsweise durchsetzbare Vorlageanordnung unter gleichzeitigem Schutz vertraulicher Informationen. Zu diesem Zweck bejaht sie unter Abwägung der betroffenen Grundrechte die Möglichkeit, das rechtliche Gehör zu beschränken. Nur durch die Möglichkeit eines *in camera*-Verfahrens könne effektiver Rechtsschutz im Sinne der RL tatsächlich gewährt werden.¹⁶²⁶

Auch abseits der RL betont *Schneider*, dass dieses Verfahren eine Möglichkeit biete, einen Einklang zwischen rechtlichem Gehör, Geheimnisschutz und effektivem Rechtsschutz herzustellen.¹⁶²⁷ Im Wesentlichen knüpft sie an die Lehren von *Stadler* an und kritisiert, dass bei der Argumentation der Gegenmeinung das *Recht auf effektiven Rechtsschutz* vielfach auf der Strecke bleibe. Die betroffenen Grundrechte (rechtliches Gehör, effektiver Rechtsschutz, Eigentumsrecht) dürften nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden; vielmehr müsse eine *Optimierung der betroffenen Grundrechte* zu erreichen versucht werden. Die von ihr vorgeschlagenen prozessualen Maßnahmen zur Ausgestaltung eines *in camera*-Verfahrens sind weitgehend.

1622 *Bahner*, Geheimnisschutz 138 ff.

1623 *Schneider*, Geheimnisschutz 175.

1624 Der österreichische Gesetzgeber betrachtet die Vorgaben der RL in Art 6 im Hinblick auf die §§ 303 bis 307 ZPO bereits als erfüllt. Nach den ErläutRV 1423 BlgNR 22. GP 3 verlange die Richtlinie nicht, dass die Anordnung der Beweismittelvorlage erzwungen werden kann, weshalb die in § 307 Abs 2 ZPO vorgesehene Sanktion, wonach die Verweigerung der Vorlage bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sei, mit der Richtlinie vereinbar sei. Zur Klarstellung, dass einstweilige Verfügungen auch zur Sicherung von Beweisen erlassen werden können, wurden Regelungen geschaffen, die Art 7 der RL entsprechen sollten (§ 151b PatG 1970, § 21 HalbleiterSchG, §§ 56, 59 Abs 2 und § 68g Abs 1 MSchG). Zur Umsetzung des Art 8 RL wurde der materiellrechtliche Auskunftsanspruch des § 151a PatG 1970 und des § 55a MSchG entsprechend umgestaltet, während der Gesetzgeber die prozessualen Auskunftsspflichten durch die Bestimmungen der §§ 333 ZPO, §§ 325, 326 ZPO § 337 ZPO und §§ 384 ff ZPO bereits als erfüllt ansah (ErläutRV 1423 BlgNR 22. GP 3). Die in § 321 ZPO enthaltenen Beweisverwertungsverbote und Gründe für die Verweigerung der Aussage seien demnach mit der Richtlinie vereinbar, weil Art 8 RL diese Bestimmung nur unbeschadet solcher gesetzlicher Regelungen über Beweisverwertungsverbote und über die Aussageverweigerung gelte.

1625 *Schneider*, Geheimnisschutz 170.

1626 *Schneider*, Geheimnisschutz 187.

1627 *Schneider*, ÖJZ 2013, 149.

Sie führt den Ausschluss der Partei vom Parteienvortrag¹⁶²⁸ und »jedenfalls« vom Beweisverfahren,¹⁶²⁹ den Ausschluss des gewählten Vertreters und die Auswahl eines anwesenheitsberechtigten Anwalts durch das Gericht,¹⁶³⁰ die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts der Partei,¹⁶³¹ die Nichtzustellung des Urteils an die ausgeschlossene Partei,¹⁶³² und die Anordnung einer Verschwiegenheitspflicht des Parteienvertreters an.¹⁶³³ Aus ihrem abschließenden Hinweis, dass eine »eindeutige« Rechtsgrundlage für die Möglichkeit eines *in camera*-Verfahrens fehlt, ist zu erschließen, dass es sich um Forderungen *de lege ferenda* handelt und die Autorin nicht davon ausgeht, dass die von ihr vorgeschlagene Vorgangsweise schon nach bestehender Rechtslage möglich ist.¹⁶³⁴

Auch *Schachter* bezweifelt, dass die freie Beweiswürdigung bei der Verweigerung der Vorlage von Beweismitteln ausreicht, um die Anforderungen der RL zu erfüllen.¹⁶³⁵

481

Die »Anordnung« der Beweisvorlage durch das Gericht impliziere die Durchsetzbarkeit der Vorlage. Die Autorin verweist auf Erwägungsgrund 20, wonach wirksame Mittel zur Vorlage, zur Erlangung und Sicherung von Beweismitteln zur Verfügung stehen müssten. Art 3 Abs 2 RL sehe als allgemeine Verpflichtung vor, dass die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe ua wirksam und abschreckend sein müssten. Nicht nur aufgrund der fehlenden Exekutierbarkeit, sondern auch in Bezug auf die Verweigerungsgründe in § 305 ZPO würden die Bestimmungen der ZPO hinter Art 6 RL zurückbleiben: Nach Art 6 Abs 1 RL könnte der Vorlage von Beweismitteln nur der mangelnde Schutz vertraulicher Informationen entgegenstehen. Die in der RL vorgesehene Gewährleistung des Schutzes von vertraulichen Informationen sei zur Gänze unberücksichtigt geblieben.

Neben Art 6 RL werden im Zusammenhang mit Art 7 RL gewisse Einschränkungen des rechtlichen Gehörs als zulässig erachtet. Die deutsche Lehre¹⁶³⁶ nimmt hier neben prozessualen Vorschriften¹⁶³⁷ und § 810 BGB¹⁶³⁸ den Besichtigungsanspruch nach § 809 BGB 2. Variante¹⁶³⁹ als Ausgangssituation, wonach jeder Schutzrechts-

482

1628 *Schneider*, Geheimnisschutz 182.

1629 *Schneider*, Geheimnisschutz 182; vgl auch *Schneider*, ÖJZ 2013, 152 ff.

1630 *Schneider*, Geheimnisschutz 183.

1631 *Schneider*, Geheimnisschutz 185.

1632 *Schneider*, Geheimnisschutz 185.

1633 *Schneider*, Geheimnisschutz 184; *Schneider*, ÖJZ 2013, 152.

1634 *Schneider*, Geheimnisschutz 187.

1635 *Schachter*, *ecolex* 2006, 811.

1636 *ZB von Hartz*, *ZUM* 2005, 379; *Tilman* in *FS-Ullmann* 1017.

1637 §§ 142 und 144 dZPO; vgl zB *Tilman* in *FS-Ullmann* 1017.

1638 »Einsicht in Urkunden

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse 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.«

1639 »Wer gegen den Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewissheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, kann, wenn die Besichtigung

inhaber, der sich in Ansehung einer Sache Gewissheit verschaffen möchte, ob ihm ein Anspruch gegen den Besitzer einer Sache (= potentieller Verletzer) zusteht, die Besichtigung verlangen kann.¹⁶⁴⁰ Viele Stimmen im deutschen Schrifttum knüpfen dabei an die bisherige »Düsseldorfer Besichtigungspraxis«¹⁶⁴¹ an und gehen davon aus, dass nach der Durchsetzungs-RL die Teilnahme der Parteien durch einen zum Schutz möglicher Betriebsgeheimnisse des Beklagten (Antragsgegners) zwischen-geschalteten Sachverständigen ersetzt werden kann.¹⁶⁴² Zum Teil wird dabei (auch) vertreten, dass (nur) die Naturalpartei ausgeschlossen wird, während ihrem (ihr gegenüber) zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertreter Zugang zu den vertraulichen Informationen eingeräumt wird.¹⁶⁴³

Tilmann rät dabei, die Einzelheiten der Umsetzungspraxis den Gerichten zu überantworten und nicht zu detailliert zu regeln.¹⁶⁴⁴ Nach *Ahrens* nötigt (neben Art 42 und 43 des TRIPS-Übereinkommens) die RL zur Bereitstellung eines Prozessverfahrens zur Feststellung vertraulicher Informationen.¹⁶⁴⁵ Er fordert, dass die in Art 7 der RL vorgesehenen Maßnahmen zur Beweissicherung mit einer gesetzlichen Bestimmung umgesetzt werden, die die bestehenden Rechtsschutzlücken zwischen dem selbständigen Verfügungsverfahren und dem Beweissicherungsverfahren schließen.¹⁶⁴⁶ Dabei bedarf der Antragsgegner (also der potentielle Verletzer) eines

der Sache aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist, verlangen, dass der Besitzer ihm die Sache zur Besichtigung vorlegt oder die Besichtigung gestattet.«

- 1640 Dieser Anspruch ist dabei dem eigentlichen Hauptverfahren auf Unterlassung oder Schadenersatz vorgelagert und kann im Verfügungsverfahren durchgesetzt werden.
- 1641 Es handelt sich dabei um ein von der deutschen Rechtsprechung bei Verdacht einer Patentverletzung entwickeltes Beweissicherungsverfahren, bei dem ein zur Verschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit ausgleicht. Vorausgesetzt wird, dass der Antragsteller die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechts- oder Urheberrechtsverletzung bescheinigt, worauf im selbständigen Beweissicherungsverfahren ein Beweissicherungsbeschluss ergeht, der mit einer einstweiligen Durchführungsverfügung kombiniert wird, wenn die zu begutachtende Stelle nicht frei zugänglich ist. Ein zur Verschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger wird mit der Besichtigung beauftragt. Dieser übermittelt dem Gericht seine Feststellungen in einem Gutachten. Das Gericht verpflichtet die Prozessbevollmächtigten des Antragstellers zur Verschwiegenheit, und zwar auch gegenüber dem Mandanten. Zum dem Gericht übermittelten Gutachten wird der Antragsgegner zu eventuell geheim zu haltenden Tatsachen angehört. Unter Beteiligung des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers entscheidet das Gericht in einem mündlichen Verfahren oder schriftlich über die Freigabe des Gutachtens oder Teilen davon, wobei gegen die Entscheidung des Erstgerichts ein sofortiges Rechtsmittel zulässig ist. Dazu zB *Deichfuß*, GRUR 2015, 436; *Kühnen*, GRUR 2005, 187 ff; *Rojahn* in FS-Loewenheim 259; BGH GRUR 2010, 318; OLG Düsseldorf InstGE 10 Nr 27 S 198 und Nr 16 S 122.
- 1642 *Ahrens*, GRUR 2005, 839 [»sowie durch einen neutralen Rechtsberater«]; *Eck/Dombrowski*, GRUR 2008, 393; *Tilmann* in FS-Ullmann 1020.
- 1643 *Tilmann* in FS-Ullmann 1022.
- 1644 *Tilmann* in FS-Ullmann 1020 ff. Der Schutz vertraulicher Informationen müsse demnach »vom Richter von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falls [...] sichergestellt werden«.
- 1645 *Ahrens*, Beweis, Kap 7 Rz 74.
- 1646 *Ahrens*, GRUR 2005, 837. An anderer Stelle geht der Autor plastisch davon aus, dass durch die in einzelne (deutsche) Gesetze zum Schutz geistigen Eigentums (§ 140c dPatG, § 24c GebrMG,

besonderen Schutzes gegen das Eindringen des Antragstellers (also des potentiellen Verletzten) in Geschäftsgeheimnisse, wobei der Autor eine konkrete Gesetzesänderung vorschlägt und darin ebenfalls eine Art *in camera*-Verfahren skizziert.¹⁶⁴⁷ Das bestehende (deutsche) Recht löse die Problematik unbefriedigend.¹⁶⁴⁸ Ähnliches vertritt *Gniadek*, der betont, dass die widerstreitenden Interessen nicht alternativ, sondern kumulativ berücksichtigt werden können.¹⁶⁴⁹ Art 7 Abs 1 der Richtlinie setze den Ausschluss der Naturalpartei in einem sog *in camera*-Verfahren voraus, während die sie vertretenden Anwälte zur Verschwiegenheit verpflichtet seien.¹⁶⁵⁰ Der Autor erachtet ein derartiges Verfahren nach der deutschen Verfassung als zulässig, wenngleich einfachgesetzliche Bestimmungen ein derartiges Geheimverfahren verbieten würden.¹⁶⁵¹ *Von Hartz*¹⁶⁵² beleuchtet die beweissichernde Funktion des Art 7 RL und leitet daraus die Zulässigkeit eines thematisch begrenzten¹⁶⁵³ *in camera*-Verfahrens ab. Der gebotene Schutz vertraulicher Informationen begrenze den Anwendungsbereich von Beweissicherungsmaßnahmen.¹⁶⁵⁴ Er dürfe aber nicht vorgeschoben werden, um das Informationsbedürfnis des Schutzrechtinhabers zu negieren, zumal auch sonst kein absoluter Geheimnisschutz im Zivil-

§ 37c dSortSchG; § 19a dMarkenG; § 101a dUrhG, § 46a dGeschMMG) eingearbeitete Beweisermittlungsanordnung des Art 7 RL ein »Zwitter aus selbständigem Beweissicherungsverfahren und einstweiliger Verfügung [entstanden ist], über dessen Rechtsnatur der deutsche Gesetzgeber keine Rechenschaft abgelegt hat«; vgl *Ahrens*, Beweis, Kap 7 Rz 74. An dieser Stelle sei erwähnt, dass auch auf europäischer Ebene (vgl Schlusssanträge der Generalanwältin vom 18.7.2007, *Tedesco/Tomasoni Fittings Srl ua*, C-175/06) gegenüber der Regelung des Art 7 der Richtlinie ähnliche Kritik laut geworden ist, weil diese Norm Maßnahmen zur Beweissicherung und einstweilige Maßnahmen zur Sicherung des Hauptanspruchs »in unglücklicher Weise vermischt«. Auch im österreichischen Recht findet diese Mischform Niederschlag, weil die einschlägigen Bestimmungen des Immaterialgüterrechts (§ 56 Abs 1 und § 68g Abs 1 MSchG, § 151b Abs 1 PatG 1970 und § 87c Abs 1 UrhG) als Umsetzungsmaßnahme eine einstweilige Verfügung »zur Sicherung von Beweismitteln« vorsehen. Vgl dazu bereits auch RIS-Justiz RS0119566.

1647 Der Schutz sei nach dem Vorbild der englischen »*Anton Piller Order*« (vgl FN 1426) und des Wirtschaftsprüfervorbehalts durch die Zwischenschaltung eines neutralen Sachverständigen sowie eines neutralen Rechtsberaters zu gewährleisten. Gleichzeitig sei die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme durch Ausschluss des Antragstellers und seines frei gewählten Rechtsvertreters einzuschränken (*Ahrens*, GRUR 2005, 839). Der Antragsteller werde in diesem Abschnitt durch einen gerichtlich bestellten rechtlichen Beistand vertreten, der zur Geheimhaltung gegenüber dem Antragsteller und dessen Vertreter verpflichtet sei.

1648 *Ahrens*, Beweis, Kap 5 Rz 25.

1649 *Gniadek*, Beweisermittlung 354.

1650 *Gniadek*, Beweisermittlung 365 ff.

1651 *Gniadek*, Beweisermittlung 366.

1652 ZUM 2005, 376 ff.

1653 Nur über einen Gesichtspunkt des Verfahrens, nämlich über die Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen, sei *in camera* zu entscheiden. *Von Hartz* skizziert dabei die Beweissicherungsmöglichkeit des Besichtigungsanspruchs nach § 809 BGB: Die Besichtigung habe durch einen neutralen Gutachter zu erfolgen, um die (Geheimhaltungs-)Interessen des potentiellen Schutzrechtsverletzters zu wahren. Das Gericht entscheide unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen des Antragsgegners, inwieweit das von diesem Gutachter erstellte Gutachten herausgegeben wird. Durch dieses geheime Zwischenverfahren könne dem Geheimnisschutz auf der einen Seite und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz auf der anderen Seite sowie dem Recht auf Gehör auf beiden Seiten Rechnung getragen werden. Vgl *von Hartz*, ZUM 2005, 381.

1654 *Von Hartz*, ZUM 2005, 379.

prozess existiere.¹⁶⁵⁵ *Spindler/Weber*¹⁶⁵⁶ sehen hinsichtlich des effektiven Geheimnisschutzes iSd Art 7 der RL einen Umsetzungsbedarf. Diesem könne durch die Einführung eines *in camera*-Verfahrens nachgekommen werden, wobei eine gesetzliche Regelung eines derartigen Geheimverfahrens erforderlich sei.¹⁶⁵⁷ Die Notwendigkeit für einen gesetzlich geregelten Parteiausschluss ent falle nicht durch die Überlegung, dass bereits nach dem Verfassungsrecht ein Ausgleich zwischen dem Recht auf Gehör und dem kollidierenden Recht auf effektiven Rechtsschutz hergestellt werden könne. *Rojahn* bejaht im Zusammenhang mit Art 7 RL grundsätzlich die Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens iSd Düsseldorfer Praxis, wobei sie im Besichtigungsverfahren für die Einschaltung eines neutralen Anwalts plädiert. Im anschließenden Verfahren über die Freigabe des Sachverständigen-gutachtens sei ein *in camera*-Verfahren dann nicht mit Art 103 GG in Einklang zu bringen, wenn es hinsichtlich der Beweissicherung *ausschließlich* zwischen dem Gericht und dem Antragsgegner und dessen Anwälten stattfindet. Der Antragsteller müsse zwar nicht persönlich, aber durch dessen Vertreter etwa zur Frage der Aussonderung der als vertraulich bezeichneten Unterlagen gehört werden.¹⁶⁵⁸

- 483 Während das deutsche Recht im Zuge der Umsetzung der Durchsetzungs-RL in Bestimmungen zum gewerblichen Rechtsschutz¹⁶⁵⁹ zumindest (allgemein) festhielt, dass »das Gericht die erforderlichen Maßnahmen (trifft), um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten«,¹⁶⁶⁰ sah sich der österreichische Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Durchsetzungs-RL nicht zur Schaffung verfahrensrechtlicher Regelungen veranlasst, die auf vertrauliche Informationen Rücksicht nehmen.¹⁶⁶¹ Die Materialien erwähnen freilich weder das Wort Vertraulichkeit noch Geheimnis, sondern weisen nur allgemein darauf hin, dass der Richtlinie durch die Regeln der ZPO über das Beweissicherungsverfahren, die Urkundenvorlage und die Aussagepflicht von Zeugen samt den jeweiligen Verweigerungsgründen entsprochen werde.

2. Stellungnahme

- 484 Oben wurde bereits gezeigt, dass die referierten unionsrechtlichen Regeln vom engen Zusammenhang zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse geprägt sind. Vor allem der Durchsetzungs-RL¹⁶⁶² und der Kartellschadenersatz-

1655 IdS bereits *Stadler*, NJW 1989, 1203; *Stürner*, JZ 1985, 457.

1656 MMR 2006, 713 f.

1657 Ähnlich *Kitz*, NJW 2008, 2376.

1658 *Rojahn* in FS-Loewenheim 264.

1659 § 140c dPatG; § 24c dGebrMG; 19a dMarkenG; § 46a dDesigngesetz; § 37c dSortSchG und § 101a dUrhG.

1660 Die konkrete Ausgestaltung dieser Maßnahmen bleibt indes offen. Vgl dazu etwa *Bahner*, Geheimnisschutz 128.

1661 ErläutRV 1324 Blg 22. GP 2 und ErläutRV 1423 Blg 22. GP 3.

1662 Aus dem Erwägungsgrund 20: »Da Beweismittel für die Feststellung einer Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums von zentraler Bedeutung sind, muss sichergestellt werden, dass wirk-

RL¹⁶⁶³ liegt die Überlegung zugrunde, dass die effektive Durchsetzung eines Anspruchs (oder dessen Abwehr) von Beweisschwierigkeiten bzw von einer sog *Informationsasymmetrie* gehindert werden kann. In diesen Richtlinien nehmen die Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln breiten Raum ein.¹⁶⁶⁴ Die Durchsetzung von materiellen Rechten soll nämlich nicht am Zugang des Berechtigten zu Informationen scheitern. Der entsprechende Zugang zu Informationen und Beweismitteln muss (auch) durch das Verfahren gewährleistet sein;¹⁶⁶⁵ die Mitgliedstaaten haben demnach in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten.¹⁶⁶⁶ Der Schutz vertraulicher Tatsachen steht dazu nicht im Gegensatz, sondern vielmehr in engem Zusammenhang. Ähnliches lässt sich aus der *Know-how*-RL und der Vergabekoordinierungs-RL ableiten. Im Vordergrund muss das Bemühen stehen, *praktische Konkordanz* zwischen dem legitimen Geheimnisschutz und dem effektiven Rechtsschutz, einschließlich des Rechts auf ein faires Verfahren herzustellen. Art 6 und 7 Durchsetzungs-RL verknüpfen Informations- mit Geheimhaltungsrecht (»sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird«). Nach der Kartellschadenersatz-RL muss die Vertraulichkeit bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen werden (Art 5 Abs 3 lit c leg cit). Die *Know-how*-RL will sicherstellen, dass die Geschäftsgeheimnisse wirksam geschützt werden und gleichzeitig das Recht der Verfahrensparteien auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren gewahrt bleibt (Erwägungsgrund 25). Auch die Anforderungen an einen umfassenden Geheimnisschutz, den die Vergabekoordinierungs-RL für den Auftraggeber normiert, wirkt sich auf die Gestaltung des Nachprüfungsverfahrens aus, wobei dabei das Recht auf ein faires Verfahren beachtet werden muss.

Ganz im Sinne des oben angeführten unionsrechtlichen Primärrechts bzw der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH will das Sekundärrecht dadurch erreichen, dass der zur Durchsetzung oder Abwehr von materiellrechtlichen Ansprüchen notwendige Zugriff auf Informationen der nicht beweisbelasteten Partei und der Schutz damit berührter Geheimhaltungsinteressen in einem kohärenten und fairen Verfahren umgesetzt wird. In Übereinstimmung mit dem EU-Primärrecht

485

same Mittel zur Vorlage, zur Erlangung und zur Sicherung von Beweismittel zur Verfügung stehen.«

1663 Vgl ausdrücklich den Erwägungsgrund 15: »Den Beweismitteln kommt bei der Erhebung von Schadenersatzklagen wegen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht der Union oder nationales Wettbewerbsrecht große Bedeutung zu. Da wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten jedoch durch eine Informationsasymmetrie gekennzeichnet sind, ist es angebracht zu gewährleisten, dass die Kläger das Recht erhalten, die Offenlegung der für ihren Anspruch relevanten Beweismittel zu erwirken, ohne konkrete einzelne Beweismittel benennen zu müssen.«

1664 Vgl zB Erwägungsgrund 20 der Durchsetzungsrichtlinie [»Beweismittel [...] von zentraler Bedeutung«]. Für die Schadenersatzrichtlinie zB *Weitbrecht*, WuW 2015, 962.

1665 Erwägungsgrund 20 der Durchsetzungs-RL.

1666 Erwägungsgrund 4 Kartellschadenersatz-RL.

geht das geschilderte unionsrechtliche Sekundärrecht dabei (grundsätzlich¹⁶⁶⁷) davon aus, dass relevante, aber vertrauliche Beweismittel im Verfahren zur Verfügung stehen, *gleichzeitig* aber auch vertrauliche Informationen angemessen geschützt werden müssen.¹⁶⁶⁸

486 Nach dem unionsrechtlichen Konzept muss ein verfahrensrechtlicher Geheimnisschutz die Wahrheitsfindung im Zivilverfahren nicht blockieren. Im Gegenteil. Ein (zumindest in einem bestimmten Ausmaß gewährter) Schutz vertraulicher Informationen kann eher dazu beitragen, dass im Verfahren Beweisschwierigkeiten überwunden werden. Mit den sekundärrechtlichen Regelungen sollen *sowohl* der Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung *als auch* die grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen berücksichtigt und eine »*Alles oder Nichts*«-Situation nach Möglichkeit vermieden werden. Das Geheimhaltungsinteresse muss gegenüber dem Rechtsdurchsetzungsinteresse nicht weichen.¹⁶⁶⁹ Das ist aber nur dann der Fall, wenn das Verfahren konkrete Maßnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen vorsieht, die es den Parteien gerade ermöglichen, vertrauliche Tatsachen und Beweismittel in das Verfahren einzuführen. Das gilt für die beweisbelastete Partei, weil diese mangels ausreichender Schutzvorkehrungen bei Unternehmensgeheimnissen sonst davor zurückschreckt, die ihr verfügbaren Informationen vorzubringen. Aber auch einem nicht beweisbelasteten Geheimnisträger ist die prozessuale Kooperation eher zumutbar, wenn er sich auf die Wahrung der Vertraulichkeit im Rahmen eines Gerichtsverfahrens verlassen kann. Von diesem Gedanken geht der Vorschlag zur *Know-how*-RL aus. Gerade *weil* Geheimnisse geschützt werden, können vermeintlich gegenläufige Interessen auf Aufklärung erfüllt werden.¹⁶⁷⁰ Nebenbei machen die genannten unionsrechtlichen Vorschriften die bereits von *Stürner*¹⁶⁷¹ erkannte große praktische Bedeutung des Konflikts der hier bejahten allgemeinen, prozessualen Aufklärungspflicht der Prozessparteien mit den Geheimhaltungsinteressen plastisch deutlich.

487 Jenen Stimmen im Schrifttum, die ein Geheimverfahren präferieren, ist insoweit zuzustimmen, als sich aus der Durchsetzungs-RL (aber auch aus den anderen

1667 Vgl aber den problematischen absoluten Schutz von Kronzeugenerklärungen; vgl Rz 460 und 693.

1668 Vgl ausdrücklich Art 5 Abs 4 und den Erwägungsgrund 18 der Kartellschadenersatz-RL. Auch für die Durchsetzungs-RL ist anerkannt, dass Informationsansprüche nicht »nur« deshalb zu verneinen sind, weil sie mit Geheimhaltungsinteressen kollidieren. Der Geheimnisschutz soll vielmehr auf andere Weise erreicht werden, als durch den absoluten Schutz des Geheimnisses durch Nichtoffenbarung (*Bornkamm* in FS-Ullmann 894 f).

1669 *Bornkamm* in FS-Ullmann 903.

1670 Diese wahrheitsfördernde Wirkung des Geheimnisschutzes wird exemplarisch auch beim Schutz von Geheimnissen gegenüber Dritten deutlich. Wird nämlich ungeachtet eines zu wahrenen Unternehmensgeheimnisses die Volksöffentlichkeit nicht ausgeschlossen, besteht die Gefahr, dass etwa ein zu vernehmender Zeuge oder eine Partei sich auf das Aussageverweigerungsrecht zurückzieht oder undeutlich oder gar falsch aussagt. Siehe Rz 81 und die Ausführungen im vierten Teil.

1671 Aufklärungspflicht 208 ff.

oben referierten RL) die Pflicht der Mitgliedstaaten ergibt, in deren Anwendungsbereich Maßnahmen zum Schutz von vertraulichen Tatsachen und Beweismitteln zu schaffen, *damit* eine effektive Rechtsdurchsetzung bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Rechts auf Gehör gewährleistet werden kann. In Anknüpfung an das Grundrechtsverständnis des EGMR und des EuGH (siehe oben) räumt die Durchsetzungs-RL aber keiner der betroffenen Grundrechtspositionen einen absoluten Vorrang ein. Entscheidend ist der Ansatz, dass diese bestmöglich geschützt werden. Es kommt daher weniger darauf an, durch die »*Einfügung eines in camera-Verfahrens*«¹⁶⁷² konkrete Vorgaben für ein »*Geheimverfahren*« im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes zu entwickeln, wenn Geheimnisse betroffen sein könnten. Vielmehr sollte in erster Linie darauf abgestellt werden, inwieweit ein der Durchsetzungs-RL entsprechendes Verfahrensergebnis erzielt werden kann, nämlich ein billiger Interessensausgleich unter angemessener Berücksichtigung *aller* betroffenen Grundrechte. Der Fokus sollte somit nicht darauf gerichtet werden, ob und inwieweit *ein bestimmtes* »*geheimes*« Verfahren in der Form eines umfassend geregelten Modells erforderlich oder zulässig ist. Viele Stimmen, die einem *in camera*-Verfahren positiv gegenüberstehen, postulieren weder ein geschlossenes Modell noch definieren sie exakt, wie ein derartiges »*Geheimverfahren*« geregelt sein soll. Wenngleich vor allem in Deutschland das dort praktizierte »*Düsseldorfer Modell*« als *eine* Möglichkeit betrachtet wird,¹⁶⁷³ die Vorgaben an die Richtlinie umzusetzen, ist aus der Durchsetzungs-RL gerade kein »*durchkomponiertes Modell*« ableitbar, zumal sie sogar offen lässt, in welchem Umfang der Geheimnisschutz überhaupt greifen soll, also ob davon nur das Beweisverfahren oder auch weitere Aspekte (Parteivorbringen, Entscheidungen, Volksöffentlichkeit etc) umfasst sein sollen. Zu Recht wird vertreten, dass die Durchsetzungs-RL – ungeachtet spezifischer Regelungen für den prozessualen Schutz von *Know-how* – die entscheidende Frage, wie der Geheimnisschutz erzielt werden soll, gerade offenlässt.¹⁶⁷⁴ Konkrete verfahrensrechtliche Maßnahmen sind aus der Richtlinie gar nicht ableitbar,¹⁶⁷⁵ diese ist vielmehr von einem *ergebnisorientierten Ansatz* dominiert.¹⁶⁷⁶

Das ist grundsätzlich zu begrüßen. Ein institutionelles Verfahren oder die strikte Regelung eines entsprechenden Verfahrensabschnitts birgt das Risiko struktureller Starre in sich, die die erforderliche flexible Umsetzung widerstreitender

488

1672 Spindler/Weber, MMR 2006, 714.

1673 Dazu oben FN 1641.

1674 Amschewitz, Durchsetzungsrichtlinie 112; McGuire, GRUR 2015, 432 FN 120.

1675 Das hätte durchaus Auswirkungen auf die innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben. Soweit sich nämlich der Gesetzgeber auf die konkrete Umsetzung der Vorgaben einer unionsrechtlichen Richtlinie beschränkt, sind diese Normen der Überprüfung des Verfassungsrechts entzogen, vgl Wartenburger, Verfassungsrechtliche Vorgaben 55.

1676 Vgl etwa auch den sehr allgemein gehaltenen Erwägungsgrund 20, wonach »die Verfahren den Rechten der Verteidigung Rechnung tragen und die erforderlichen Sicherheiten einschließlich des Schutzes vertraulicher Informationen bieten [sollten]«.

Interessen nicht nur nicht fördern, sondern sogar behindern könnte. Es droht die Gefahr eines *zivilprozessualen Sonderverfahrens*, das die davon umfassten Konstellationen anders löst als andere damit durchaus vergleichbare Fallgruppen, die nicht geregelt sind. Einem allzu starren »geheimen« Verfahren ist der flexible Einsatz von einzelnen Maßnahmen vorzuziehen, die das Geheimnis weitgehend wahren, ohne gleichzeitig den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verletzen und insgesamt der effektiven Rechtsdurchsetzung dienen. Eine richtlinienkonforme Umsetzung ist bereits dann gegeben, wenn das Verfahren *insgesamt* den Zielen der Richtlinie entspricht, indem es Einschränkungen des rechtlichen Gehörs (bzw der Partei- und Volksöffentlichkeit, des Akteneinsichtsrechts udgl) dann zulässt, wenn im Bereich der von der Richtlinie umfassten Materien Geheimhaltungsinteressen im Zusammenhang mit der effektiven Rechtsdurchsetzung betroffen sind. Damit schließt sich der Kreis zu den oben aufgezeigten Vorgaben des Primärrechts, wonach das Spannungsfeld unter Berücksichtigung aller Grundrechte harmonisch aufzulösen ist.

489 Weiters darf nicht übersehen werden, dass die in der Durchsetzungs-RL normierten Geheimhaltungsvorgaben nur *eine* Variante der möglichen Fälle abdecken, bei denen das Geheimhaltungsinteresse einer Partei mit dem Informationsbedürfnis der anderen Partei kollidiert. Geschützt wird das Geheimnis des als Verletzer in Anspruch genommenen Beklagten. Der Schutz von seinen vertraulichen Informationen gleicht – quasi als flankierende Maßnahme – dessen in der RL normierte Kooperationspflicht aus.¹⁶⁷⁷ Nicht umfasst ist die (hier nicht näher untersuchte) Situation, bei dem die klagende Partei als Geheimnisträger ein Geheimnis in das Verfahren einführen will, an dessen Geheimhaltung sie ebenso ein Interesse hat wie am Prozesssieg.

490 Wenngleich die Kartellschadenersatz-RL im Gegensatz zur Durchsetzungs-RL durchaus einzelne konkrete Maßnahmen skizziert, fordert sie nicht zwingend die Schaffung eines Instituts »Geheimverfahren« oder *in camera*-Verfahren. Der in der Kartellschadenersatz-RL aufgenommene Maßnahmenkatalog tendiert (auch) zur Einschränkung der *Parteiöffentlichkeit* und des rechtlichen Gehörs. Insb die zusammenfassende (»verdichtete«) Darstellung durch einen Sachverständigen zielt geradezu darauf ab, dass in diesem Umfang nur »gefilterte« Daten ins Verfahren einfließen, gerade um die Geheimnisse vor den Parteien zu schützen. Die Vorlage einer Zusammenfassung durch den Sachverständigen hätte aber keinen Sinn, wenn die Parteien ohnedies alle Grundlagen des Gutachtens überprüfen

¹⁶⁷⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat den Geheimhaltungsschutz der Art 6 und 7 der Richtlinie insoweit entsprechend umgesetzt, als daran angeknüpft wird, dass der vermeintliche Verletzer geltend macht, es handle sich um vertrauliche Informationen. Vgl § 140c Abs 1 dPatG [»Soweit der vermeintliche Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten«] oder § 19a Abs 1 dMarkenG.

könnten.¹⁶⁷⁸ Diesfalls müsste man den Hinweis dahingehend verstehen, dass *Dritte* (etwa im Rahmen einer Akteneinsicht) von der Langfassung des Gutachtens ausgeschlossen wären. Derartiges könnte man aber ohnedies bereits aus der erwähnten »Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten *Personenkreises*« und allenfalls aus der Einschränkung der Öffentlichkeit ableiten, sodass die Gutachtenszusammenfassung keinen eigenen Anwendungsbereich hätte. Die Einschränkung des berechtigten *Personenkreises* muss nicht zwingend mit einer Einschränkung der *Parteiöffentlichkeit* einhergehen. Vielmehr würde darunter die Einschränkung der Akteneinsicht Dritter fallen. Der Schutz vertraulicher Beweise vor Dritten findet im Ausschluss der Öffentlichkeit Niederschlag. Auch aus diesem »Maßnahmenpaket« der Kartellschadenersatz-RL folgt somit nicht, dass der nationale Gesetzgeber strukturierte Regeln über ein in sich geschlossenes *in camera*-Verfahren zur Verfügung stellen *muss*. Vielmehr kommt es darauf an, ob eine Interessensabwägung und ein Interessensausgleich dahingehend möglich ist, dass das Verfahren bei Wahrung von Geheimhaltungsinteressen und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz *insgesamt* fair bleibt. Der Schutz der vertraulichen Informationen und von Unternehmensgeheimnissen muss derart ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes *und* den Grundsätzen eines fairen Verfahrens im Einklang steht.¹⁶⁷⁹

Auch die *Know-how*-RL zwingt nicht zu einem Ausschluss der (Natural-)Parteien von relevanten und zu verwertenden Beweismitteln und fordert nicht zwingend ein *in camera*-Verfahren,¹⁶⁸⁰ zumal sie in Art 9 Abs 2 RL – im Gegensatz noch zum Entwurf der Kommission – verlangt, dass »mindestens eine natürliche Person jeder Partei und ihre jeweiligen Rechtsanwälte oder sonstige Vertreter« *unbeschränkten* Zugang erhalten. Die Anzahl der Personen auf jeder Seite kann zwar eingeschränkt werden, dessen ungeachtet stehen vertrauliche Informationen jeder Naturalpartei und einem Vertreter offen. Der österreichische Gesetzgeber, der sich mit § 26h UWG zu einem *in camera*-Verfahren entschlossen hat, geht davon aus, dass diese Vorgabe nicht zwingend umzusetzen ist, weil sie in Art 1 Abs 1 RL nicht angeführt wird.¹⁶⁸¹ Dazu Rz 903 ff.

Insoweit das (ua oben referierte) Schrifttum aus der Durchsetzungs-RL die Weiterentwicklung des (nationalen) Zivilverfahrens, vor allem in Richtung eines sog geheimen *in camera*-Verfahrens ableitet, wird dabei nicht immer klar offenge-

491

492

1678 Es ist fraglich, ob mit diesen Maßnahmen auch die Prüfpflicht und -möglichkeit des Gerichts zurückgedrängt wird. Das könnte hinsichtlich der vorgesehenen Gutachtenszusammenfassung bejaht werden. Vor dem Hintergrund der im dritten Teil referierten Rechtsprechung des EGMR und des EuGH ist das aber eher zu verneinen.

1679 *Hoeren*, Schutz 107.

1680 *Kalbfus*, GRUR 2016, 1016. Dieser Autor weist zutreffend darauf hin, dass ein weitgehender Geheimnisschutz möglich ist, weil Art 9 Abs 2 RL in Art 1 Abs 1 RL nicht genannt ist.

1681 ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 8.

legt, ob sich das auf den von der Richtlinie umfassten Bereich (des geistigen Eigentums) beschränken soll oder ob eine generelle Umgestaltung des Zivilverfahrens postuliert wird. Diese Frage wird auch im Zusammenhang mit der Kartellschadenersatz-RL virulent. Wenngleich der Umsetzungsbedarf unionsrechtlicher Normen auf eine bestimmte Materie sachlich beschränkt ist, muss ganz grundsätzlich die Schaffung zivilprozessualer »Sondernormen« nur für den Bereich bestimmter Materien hinterfragt werden. Etwa dann, wenn bei der Umsetzung der Durchsetzungs-RL explizit nur auf verfahrensrechtliche Fragen zur Durchsetzung von Ansprüchen des Patentrechts, des Urheberrechts oder anderer verwandter Materien oder wenn bei der Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL nur auf einen aus dem Kartellrecht abzuleitenden Schadenersatzanspruch abgestellt wird.

493 Der wegen sekundärrechtlicher Regelungen gebotene Schutz der Vertraulichkeit lässt sich in vielen Fällen nicht leicht auf einen klar abzugrenzenden Bereich des materiellen Rechts einschränken. Das trifft etwa auf die *Know-how*-RL zu, aus der ein eher breiter Anwendungsbereich abzuleiten ist, bei dem Geheimnisschutz zu gewähren ist (vgl. Rz 243, 466 ff). Ganz allgemein forderten Teile des Schrifttums bereits zum Richtlinienentwurf die Schaffung einer allgemeinen zivilprozessualen Regelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.¹⁶⁸² Diesem Anliegen kommt die *Know-how*-RL nur zum Teil nach, die (nur) an Gerichtsverfahren »im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses« anknüpft. Es wird damit ganz allgemein auf den Umgang mit (entscheidungsrelevantem) *Know-how* abgestellt, ohne dass es darauf ankommt, ob der geltend gemachte Anspruch einer bestimmten Sachmaterie zuzuordnen ist oder der Geheimnisherr Träger eines absolut geschützten Rechts bzw eines Immaterialgüterrechts ist. Eine Regelung, die den Geheimnisschutz im Zivilverfahren strukturell umfassend regelt, scheiterte wohl an der fehlenden Kompetenz des Unionsrechtsgesetzgebers.

494 An den Schnittstellen des nationalen Zivilverfahrensrechts zum Unionsrecht ist die erwähnte *materienbezogene* Behandlung von Verfahrensregeln freilich nichts Neues und dort bereits seit einigen Jahren zu beobachten.

Besonders im Immaterialgüterrecht, Wettbewerbsrecht (Lauterkeitsrecht und Kartellrecht) und im Konsumentenschutzrecht zeichnen sich Konturen europäisch determinierter Sonderprozessrechte ab,¹⁶⁸³ die die hier zu untersuchende Problematik umfassen. Es handelt sich um Annexregelungen mit prozessualen Gehalt, die sich in sekundärrechtlichen Regeln finden, mit denen die Rechtsangleichung im Binnenmarkt beabsichtigt ist (Art 95 EGV bzw Art 114 AEUV).¹⁶⁸⁴ Die entsprechenden Bestimmungen umfassen verfahrensrechtliche Bereiche, die weit über das »klassische« Europäische Zivilverfahrensrecht hinausreichen. Zu Letzterem zählen

1682 Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 812.

1683 Heinze, EuR 2008, 655.

1684 Heinze, EuR 2008, 654.

jene Verordnungen¹⁶⁸⁵ und Richtlinien,¹⁶⁸⁶ die aufgrund von Art 65 EGV bzw Art 81 AEUV¹⁶⁸⁷ ergangen sind und vor allem die Internationale Zuständigkeit, grenzüberschreitende Streitigkeiten, grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung von nationalen Titeln, europäische Titel und die grenzüberschreitende Kooperation von Gerichten und Behörden (Rechtshilfe, Zustellung) betreffen.

Das Sekundärrecht dringt darüber hinaus weit in den klassischen Zivilprozess ein. Zu denken ist zB an die Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, an Art 11 und 12 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (RL-UGP), Art 5 und 7 der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, Art 35 der Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, Art 64, 85, 86 der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, Art 16 der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, Art 16 und 56 der Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung), Art 53 und 54 der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, Art 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der

1685 EuGVVO 2012, EuEheKindVO, EuMahnVO, EuBagatellVO, EuUnterhaltsVO, EuVTVO, EuZustVO, EuErbrechtsVO, EuBVO.

1686 Richtlinie 2002/8/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen; Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

1687 Das unionsrechtliche Primärrecht (Art 81 AEUV) ermächtigt die Union zu einer »justizielle[n] Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug«, nicht aber generell zur Normengebung in rein innerstaatlichen Fällen. Art 81 Abs 2 AEUV führt dazu beispielhaft (»insbesondere«) folgende Bereiche an: gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen; grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke; Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten; Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln; effektiven Zugang zum Recht; Beseitigung von Hindernissen für die reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften; Entwicklung von alternativen Methoden für die Beilegung von Streitigkeiten; Förderung der Weiterbildung von Richtern und Justizbediensteten. Dazu zB *Pollak* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 81 AEUV Rz 28 ff. Gegenüber der Vorgängerbestimmung des Art 65 EGV fällt auf, dass der Katalog der einzelnen Bereiche ausgeweitet wurde. Neben der Förderung der alternativen Streitbeilegung und der Richterfortbildung wird auch der *effektive Zugang zum Recht* ausdrücklich erwähnt.

Dienste der Informationsgesellschaft, insb des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt; die Verordnung (EU) Nr 524/2013 des Europäischen Parlaments und Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten¹⁶⁸⁸ und Art 102 und 107 der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW). Hingegen wird mit der *Know-how*-RL (dazu Rz 243, 466 ff) der Schutz von Geschäftsgeheimnissen (zumindest)¹⁶⁸⁹ generalisiert, ohne dass dabei auf eine bestimmte Materie abgestellt wird.

495 Dieses Phänomen liegt freilich nicht nur im Unionsrecht vor. Auch nach dem innerstaatlichen Recht gibt es eine Vielzahl von Konstellationen, bei denen sich verfahrensrechtliche Bestimmungen nach dem jeweils im Verfahren zu prüfenden *materiellen Recht* unterscheiden.¹⁶⁹⁰

Vor allem die Bestimmungen des ASGG sind ein beredtes Beispiel für ein Konglomerat von zivilprozessualen Sonderregeln für die Bereiche Arbeits- und Sozialrecht. Daneben sind die besonderen Bestimmungen in Besitzstörungssachen (§ 222 ZPO, §§ 454 ff ZPO), in Ehesachen (§ 460 ZPO), in Bestandsachen (§§ ff 560 ZPO), in Wechselstreitigkeiten (§ 222 ZPO, §§ 555 ff ZPO) und in Amts- und Organhaftungssachen (§§ 8 ff AHG und §§ 7 ff OrgHG) hervorzuheben. Bestimmte das Familienrecht und das Bestandrecht betreffende Streitigkeiten sind hinsichtlich der Rechtsmittelbeschränkungen ebenso privilegiert wie Verbandsklagen nach dem KSchG (vgl § 502 Abs 5 ZPO). Für Opfer von strafbaren Handlungen sind in der ZPO spezielle Regeln vorgesehen (§§ 73b, 289a ZPO). Auch die Handelsgerichtsbarkeit, die von der allgemeinen Gerichtsbarkeit freilich nur sehr konturlos abgegrenzt ist, kennt zahlreiche prozessuale Sonderregeln (vor allem die Zusammensetzung der Gerichte betreffend, vgl aber § 213 UGB). Prozessuale Sonderregeln kennt ebenfalls das Lauterkeitsrecht (§ 25 Abs 5 und 6, § 26 UWG) und Immaterialgüterrecht (§ 85 Abs 2 und 3 UrhG; §§ 141 ff PatG 1970; § 49 GebrauchsmusterG; § 43 MusterschutzG). Auch die Rechtsprechung hat bestimmte prozessuale Lösungen auf ausgewählte Bereiche des materiellen Rechts beschränkt. Viele im Bereich der Arzthaftung entwickelten Regeln zur Beweiserleichterungen (vor allem zum Anscheinsbeweis) werden in vergleichbaren Haftungsprozessen gegen berufliche Parteienvertreter oder Anlegerberater nicht angewandt.¹⁶⁹¹ In Sozialrechtssachen ist der Anscheinsbeweis im Gegensatz zu anderen Materien nur dann entkräftet, wenn dem atypischen

1688 Wenngleich es sich bei dieser Verordnung um ein unionsrechtliches Regelwerk über Streitigkeiten handelt, fällt sie nicht mehr in den klassischen Begriff des Europäischen Zivilprozessrechts, zumal die Verordnung auch für reine Binnenstreitigkeiten gilt (vgl Erwägungsgrund 11).

1689 Entwurf des Rates 6.

1690 Davon zu unterscheiden ist freilich der Umstand, dass sich materielle rechtliche und verfahrensrechtliche Bestimmungen nicht immer exakt abgrenzen lassen bzw die entsprechenden Grenzen verschwimmen, wofür etwa das Insolvenzrecht und das Grundbuchsrecht gute Beispiele sind. Auch das ABGB enthält eine Reihe von verfahrensrechtlichen Regeln. Vgl § 370 ABGB oder § 567 ABGB. Im Kindschaftsrecht erscheint eine sinnvolle Grenzziehung zwischen den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des AußStrG schwer machbar.

1691 RIS-Justiz RS0106890.

Geschehensablauf zumindest die gleiche Wahrscheinlichkeit zukommt.¹⁶⁹² Eine aus Treu und Glauben entwickelte Darlegungspflicht zu Gunsten des Geschädigten wurde (zunächst nur) im Bereich des Transportrechts entwickelt.¹⁶⁹³ Eine Unterlassungsklage wird von der Rechtsprechung vorwiegend im Lauterkeitsrecht wegen fehlendem Rechtsschutzinteresse dann abgewiesen, wenn der Kläger bereits einen Unterlassungstitel gegen den Beklagten besitzt, der jenen Verstoß umfasst, den der Kläger seiner zweiten Klage zugrunde legt.¹⁶⁹⁴ In anderen Konstellationen (etwa im Bereich des Besitzstörungsrechts) führt eine derartige Konstellation hingegen zur Zurückweisung der Klage wegen entschiedener Rechtsache.¹⁶⁹⁵ Nach Ansicht des exekutionsrechtlichen Fachsenats des OGH enthält ein Unterlassungstitel (wegen § 15 UWG) nur im Bereich des Wettbewerbsrechts die Pflicht zur Beseitigung, sodass außerhalb des Wettbewerbsrechts für eine durchsetzbare Beseitigungspflicht ein eigener Titel erforderlich ist.¹⁶⁹⁶

Die Sinnhaftigkeit von Prozessregeln, deren Anwendung sich auf bestimmte Materien des materiellen Rechts – bewusst – beschränkt, ist nicht pauschal abzulehnen. Der Gesetzgeber sollte aber stets prüfen, ob der konkrete materielle Bereich derartige Sondernormen tatsächlich rechtfertigt oder ob es sich um Fragestellungen handelt, die 1:1 auch in anderen Teilen des Zivilrechts vorkommen. **496**

Wegen der Vorgabe von prozessrechtlichen Vorschriften durch den unionsrechtlichen Materiengesetzgeber stellt sich für den österreichischen Gesetzgeber somit stets die Frage, ob das österreichische Verfahrensrecht strukturell mit *prozessualen Partikularrechten* ausgestaltet (»überladen«) werden muss, wenn vom Umsetzungsbedarf (einer Richtlinie) nur die vom unionsrechtlichen Sekundärrecht umfasste Materie betroffen ist. Das kann im hier interessierenden Zusammenhang zur Folge haben, dass der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung Fragen des Beweisverfahrens oder des Umgangs mit Geheimnissen und andere Probleme unterschiedlich lösen, je nachdem man ob ein Schadenersatzprozess wegen eines Kartellrechtsverstoßes, eine Verletzung von Immaterialgüterrechten, ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch oder etwa ein rein »innerstaatlicher« Verkehrsunfall, eine Scheidungsklage oder ein Bauprozess zu entscheiden sind. **497**

Bisher ging der österreichische Gesetzgeber bei der Umsetzung sekundärrechtlicher Bestimmungen des Unionsrechts, die (auch) das Verfahrensrecht betrafen, durchaus unterschiedlich vor. Art 6 der Mediations-RL wurde etwa richtlinienüberschießend für Binnenfälle umgesetzt (vgl § 433a ZPO), während die übrigen Bestimmungen dieser Richtlinie mit dem EU-Mediations-G auf den eigentlichen Anwendungsbereich beschränkt umgesetzt wurden und einen grenzüberschreiten- **498**

1692 RIS-Justiz RS0040266 (T9, T11).

1693 RIS-Justiz RS0062591.

1694 RIS-Justiz RS0038062 (T1, T3), RS0002451, RS0079417, RS0038040 (T5), RS0037297.

1695 ZB 2 Ob 10/01m oder LG Eisenstadt 13 R 175/06t = RIS-Justiz RES0000104.

1696 RIS-Justiz RS0117238; abl *Klicka*, wbl 2003, 260.

den Sachverhalt voraussetzen (vgl § 1 Abs 1 EU-Mediations-G).¹⁶⁹⁷ Auch im Bereich der Prozesskosten-RL hat der nationale Gesetzgeber mit der ZVN 2004 grundsätzlich nur grenzüberschreitende Sachverhalte im Sinne dieser Richtlinie geregelt.¹⁶⁹⁸ Allerdings wurden gleichzeitig viele Bestimmungen über die Verfahrenshilfe im Sinne der Richtlinie umfassend (somit auch für Inlandsfälle) novelliert (vgl § 64 Abs 1 Z 1 lit f, § 64 Abs 1 Z 3 und 5 ZPO) »um eine Diskriminierung der im Inland ansässigen Parteien zu verhindern«.¹⁶⁹⁹

Im Bereich der Umsetzung der Durchsetzungs-RL erachtete der Gesetzgeber die verfahrensrechtlichen Bestimmungen als ausreichend und setzte die Richtlinie im Wesentlichen nur im Bereich des materiellen Rechts durch Änderung des PatG 1970, des HalbleiterSchG, des MarkenschutzG und des UrhG um (vgl aber den das Verfügungsverfahren betreffenden § 87c UrhG). Hingegen würden die einschlägigen Bestimmungen der ZPO den verfahrensrechtlichen Regelungen der Richtlinie »weitgehend Rechnung tragen«.¹⁷⁰⁰

499 Wenngleich – wie aufgezeigt – auch dem innerstaatlichen Recht prozessuale Sonderregeln für Bereiche des materiellen Rechts nicht fremd sind, sollte schon aus systematischen und grundsätzlichen Überlegungen eine derartige Aufspaltung des Prozessrechts tunlichst vermieden werden. Die Zersplitterung kann darin bestehen, dass prozessrechtliche Sonderregeln entweder nur für die vom Sekundärrecht umfassten Materien oder gar nur für grenzüberschreitende Prozesse in diesen Materien gelten. Schon aus verfahrensökonomischen Gründen sollte eine möglichst breite Anwendung von prozessualen Regeln im Vordergrund stehen, weshalb eine derartige Zersplitterung rechtspolitisch abzulehnen ist, zumal damit – wegen der Klärung des jeweiligen Anwendungsbereichs – ein vermeidbarer Aufwand verbunden ist, selbst wenn im konkreten Einzelfall ein Binnenfall gleich zu beurteilen ist wie eine grenzüberschreitende Streitigkeit.¹⁷⁰¹

Für eine »Harmonisierung« des innerstaatlichen Rechts mit dem Unionsrecht böten sich die Zuständigkeitsregeln der Jurisdiktionsnorm an. Eine (unionsrechtlich nicht erforderliche) Angleichung der zahlreichen Gerichtsstände der JN an die EuGVVO würde das Zuständigkeitssystem vereinfachen und brächte wegen der Möglichkeit, die Rechtsprechung des EuGH (faktisch) heranzuziehen zahlreiche verfahrensökonomische Effekte mit sich.

500 Die Notwendigkeit, dass prozessuale Regelungen den Zugang zu Informationen und die Vertraulichkeit wahren müssen, gründet sich in den meisten Fällen auf

1697 Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 3.

1698 Vgl ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 3 und § 64a ZPO.

1699 Vgl ErläutRV 613 Blg 22. GP 3 und 9.

1700 ErläutRV 1423 BlgNR 22. GP 3; ErläutRV 1324 Blg 22. GP 2 f.

1701 Auch das TRIPS-Übereinkommen, das grundsätzlich nur Verfahren zur Durchsetzung von geistigem Eigentum betrifft, übt Druck auf das allgemeine Zivilprozessrecht zur Stärkung des Geheimnisschutzes aus. Götz, Schutz 422.

den Umstand, dass im Zusammenhang mit der Rechtsverfolgung oder Verteidigung eine *Informationsasymmetrie* gegeben ist, die die nicht beweiselastete Partei beheben könnte, wobei ihr dies wegen des Schutzes von Geheimnissen nicht zumutbar sein muss. Derartiges ist aber nicht auf ausgewählte Materien beschränkt. Verfahrensrechtliche Probleme des Geheimnisschutzes bzw der damit in einem Spannungsfeld stehenden prozessualen Informationsrechte treten vielmehr ganz allgemein und nicht bloß in ausgewählten Bereichen des materiellen Rechts auf.

So können zB verfahrensrechtliche Probleme bei der Stoffsammlung, der Akteneinsicht, der Partei- oder Volksöffentlichkeit wegen Geheimhaltungsinteressen, die sich aus einem (allfälligen) Unternehmensgeheimnis ergeben, nicht nur im Bereich des Kartellrechts¹⁷⁰² oder des gewerblichen Rechtsschutzes¹⁷⁰³ virulent werden, sondern durchaus auch in einem Bestandverfahren, Arbeitsrechtsverfahren,¹⁷⁰⁴ bei einem Werklohnprozess,¹⁷⁰⁵ in einem Schadenersatzprozess,¹⁷⁰⁶ oder bei einer Unterhaltsstreitigkeit.¹⁷⁰⁷

501

Die Konstellationen in den zitierten Entscheidungen betrafen geschützte Geheimnisse oder Verschwiegenheitspflichten. Davon abgesehen sind aber zahlreiche Konstellation denkbar, die das Interesse an einem »*Geheimverfahren*« dokumentieren, ohne dass die Geheimhaltungsinteressen in einem Zusammenhang mit dem im konkreten Verfahren zu prüfenden materiellen Recht stehen. Zu denken ist etwa an das Problem, wenn Zeugen gehemmt sind, in einem Verfahren unter Offenbarung ihrer Identität auszusagen, weil sie Sanktionen befürchten.¹⁷⁰⁸ Das kann etwa in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren gegeben sein, wenn der Arbeitgeber einen Mitarbeiter als Zeugen beantragen will, der Verfehlungen des Prozessgegners (des Arbeitnehmers) belegen kann, aber Sanktionen der Belegschaft fürchtet. Umgekehrt ist es denkbar, dass ein vom Arbeitnehmer beantragter Zeuge, der noch im Betrieb arbeitet, wegen möglicher Sanktionen des Arbeitgebers ein-

1702 16 Ok 6/14i – Ediktsdatei II; 16 Ok 10/14b – *domestic interchange fee*; 16 Ok 9/14f – Akteneinsicht Bankomatvertrag; 16 Ok 2/14 – Versiegelungsverfahren; 5 Ob 154/07v.

1703 4 Ob 319/76; 4 Ob 101/89; 4 Ob 101/09w *justIT* 2009/236 [*Mader*] = EvBl 2010/18 [*Konecny*]; vgl die Darstellung bei *Bornkamm* in FS-Ullmann 898 über jene Konstellation, bei der dem verletzten Berechtigten eines Immaterialgüterrechts die für die Durchsetzung des Anspruchs (zB Berechnung des Schadens) benötigten Informationen unverschuldet nicht zugänglich sind und der (vermeintliche) Verletzer darüber Auskunft geben könnte, wobei dabei aber auch dessen Geheimhaltungsinteressen berührt sein könnten.

1704 8 OBA 9/15d EvBl 2016/5 [*Schumacher*].

1705 Vgl zB 3 Ob 27/06a. Dieser Entscheidung lag das Begehren der klagenden Partei auf Zahlung des Werklohns für Reparaturarbeiten an einer Laserschneideanlage zugrunde. Die beklagte Partei verweigerte zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen dem Geschäftsführer der klagenden Partei und ihrem Rechtsvertreter den Zutritt und die Teilnahme an der Befundaufnahme des Sachverständigen. Die klagende Partei rügte den Umstand, dass das Gutachten dennoch verwertet wurde, als Mangelhaftigkeit und Nichtigkeit.

1706 6 Ob 157/14b EvBl 2015/61 [*Schneider*] = ÖBA 2015/2114 [*Sindelar*].

1707 2 Ob 987/52 SZ 26/42; 9 Ob 342/97b (Außerstreitverfahren); 9 OBA 50/03y (Kläger macht Schadenersatz geltend, weil sein ehemaliger Dienstgeber in einem Unterhaltsverfahren Auskunft über die Abfertigung des Klägers erteilt hat); LG Feldkirch 1 R 247/01h (Außerstreitverfahren).

1708 Dazu etwa *Walker* in FS-E. Schneider 150.

geschüchtert ist. Auch bei einem Schadenersatzprozess gegen einen Schläger sind solche Ängste von Zeugen nachvollziehbar. Möglich ist auch, dass sich in Nachbarschaftskonflikten oder bei Scheidungsverfahren Zeugen scheuen, im Frontenkampf »Stellung zu beziehen«.

502 Schon wegen dieses breiten Anwendungsbereichs ist es geboten, die entsprechenden Regeln zu verallgemeinern und nicht auf einzelne Materien abzustellen. Bereits aus prinzipiellen Gründen sollte ein derartiges materienbezogenes Abstellen bei der Lösung von (allgemeinen) verfahrensrechtlichen Problemen möglichst vermieden werden.¹⁷⁰⁹ Die für die Auslegung und Anwendung erforderliche Systematik des Zivilverfahrens leidet durch die Zersplitterung. Zudem besteht die Gefahr einer Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz, der darin liegen kann, dass das Gesetz ohne sachliche Rechtfertigung ähnlich gelagerte Problemstellungen unterschiedlich regelt. Bekanntlich verbietet der in Art 7 B-VG normierte Gleichheitsgrundsatz willkürliche, unsachliche Differenzierungen auf den Gebieten der Normsetzung und des Normvollzuges.¹⁷¹⁰ Es ist aber nicht einzusehen, dass die sich im Zusammenhang mit dem Recht auf Gehör und effektiven Rechtsschutz stellenden Fragen des Geheimnisschutzes zB im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes normativ anders gelöst werden sollen als bei anderen Materien.¹⁷¹¹ Das gleiche gilt für eine unterschiedliche Behandlung von Binnenprozessen und grenzüberschreitenden Prozessen,¹⁷¹² zumal eine unterschiedliche Behandlung derartiger grundlegender verfahrensrechtlicher Fragen nicht durch das grenzüberschreitende Element gerechtfertigt werden kann.

503 Davon abgesehen ist es aus der Sicht des Unionsrechts keinesfalls erforderlich, dass die in den unionsrechtlichen Richtlinien (nur) für Spezialmaterien vorgesehenen Bestimmungen vom nationalen Gesetzgeber zwingend in einem Sonderverfahren umgesetzt werden müssen, das nur den von der Richtlinie betroffenen Teil umfasst. Derartiges wird vom Unionsrechtsgesetzgeber wohl kaum angestrebt. Es

1709 Vgl auch *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz 43, die zutreffend darauf hinweist, dass sich die Probleme der Informationsasymmetrien in *allen Rechtsgebieten* stellen.

1710 VfSlg 3197; RIS-Justiz RS0053981, RIS-Justiz RS0058455: Das Sachlichkeitsgebot wird aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitet; es ist verletzt, wenn der Gesetzgeber zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder wenn die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen.

1711 Zutreffend *Ahrens*, JZ 1996, 738 [Entscheidungsanm] in seiner Besprechung zu BGH I ZR 126/93 – *Anonymisierte Mitgliederliste*. Dem Fall lag ein wettbewerbsrechtlicher Prozess zugrunde, bei dem Geheimhaltungsinteressen des klagenden Verbands zur Förderung fremder Interessen hinsichtlich seiner Mitglieder zu prüfen waren. Dieses (vom BGH verneinte) Interesse kollidierte mit dem Gehörsanspruch der beklagten Partei, die die mangelnde Aktivlegitimation des Verbands einwendete, zu deren Prüfung die namentliche Kenntnis der Mitglieder relevant ist. *Ahrens* wies zutreffend darauf hin, dass die Problematik des Falls nichts mit den Eigentümlichkeiten des Verfahrens in Wettbewerbssachen zu tun hat; »sie betrifft das Zivilprozessrecht ganz allgemein«.

1712 Vgl zB die Prüfung des Aktenzugangs Dritter im Anwendungsbereich des unionsrechtlichen und des österreichischen Kartellrechts (16 Ok 9/14f und 16 Ok 10/14b).

kann nicht unterstellt werden, dass der Unionsrechtsgesetzgeber etwa die *Konkordanz* von Geheimnisschutz, rechtlichem Gehör und effektiver Rechtsdurchsetzung exklusiv *nur in bestimmten Materien* gewähren will. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Unionsrechtsgesetzgeber die Aspekte des Geheimhaltungsschutzes bei der verfahrensrechtlichen Durchsetzung jeweils anlassbezogen für die entsprechenden Materien (vor allem im Bereich des geistigen Eigentums oder des Schadenersatzes bei Kartellrechtsverletzung, usw) quasi »mitregeln« wollte. Daraus darf aber nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass die verfahrensrechtlichen Vorgaben für andere Materien ausgeschlossen sind, zumal der Unionsrechtsgesetzgeber ohnedies keine Kompetenz hat, die Grundsätze des Zivilverfahrensrechts *umfassend* zu regeln.¹⁷¹³ Die oben angeführten Beispiele des unionsrechtlichen Sekundärrechts sind nur besonderer Ausfluss der primärrechtlichen Vorgaben zum Schutz von Geheimnissen und den Ansprüchen auf rechtliches Gehör und effektiven Rechtsschutz.

Die *Know-how-RL* kann eine derartige »ganzheitliche Lösung« des Geheimnisschutzes durchaus erleichtern.¹⁷¹⁴ Wenngleich von ihr nicht alle Verfahrenssituationen umfasst werden, bei denen der Umgang mit einem Unternehmensgeheimnis zu lösen ist, fokussiert sich ihr Anwendungsbereich gerade nicht auf einen abgeschlossenen Bereich des materiellen Rechts. Vielmehr setzt der verfahrensrechtliche Schutz eines Unternehmensgeheimnisses nur voraus, dass der rechtswidrige Erwerb bzw die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geheimnisses der *Gegenstand des Verfahrens* sein muss (vgl Art 9 Abs 1 RL und Erwägungsgründe 24 f). Insb muss es sich um kein Verfahren nach dem Lauterkeitsrecht¹⁷¹⁵ oder nach dem Immaterialgüterrecht¹⁷¹⁶ handeln, wenngleich in solchen Verfahren das Problem besonders virulent ist.¹⁷¹⁷ Ein Unternehmensgeheimnis ist etwa auch in einem Arbeitsrechtsprozess »Gegenstand des Verfahrens«, wenn die Rechtmäßigkeit einer

504

1713 Art 81 AEUV ist keine Grundlage für eine umfassende Vereinheitlichung oder Angleichung des Zivilrechtverfahrens, weil diese Regel nur von der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug spricht, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruht. Vgl *Pollak in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV, Art 81 AEUV Rz 16*.

1714 Nach *Frauenberger* (in *Fasching/Konecny*³ § 321 ZPO Rz 52) muss der Gesetzgeber explizite Möglichkeiten schaffen, die gewährleisten, dass die in einem Verfahren über die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen idR zu offenbarenden Unternehmensgeheimnisse von allen daran Beteiligten (Parteien, Rechtsanwälte, Zeugen etc) weiterhin geheim gehalten werden bzw ihnen gar nicht zur Kenntnis gelangen.

1715 So spricht etwa Erwägungsgrund 6 von einer Unterlassungsverfügung gegen Dritte, die nicht Wettbewerber des rechtmäßigen Inhabers des Geschäftsgeheimnisses sind.

1716 Bei Rechten des geistigen Eigentums geht die *Know-how-RL* als *lex specialis* der Durchsetzungs-RL vor (Erwägungsgrund 39). Allein daraus ist aber ableitbar, dass die *Know-how-RL* eben nicht nur Geheimnisse im Bereich des geistigen Eigentums betrifft.

1717 An mehreren Stellen wird die Bedeutung von Unternehmensgeheimnissen für den Wettbewerb und damit auch für das Wettbewerbsrecht (Lauterkeitsrecht) besonders deutlich. Vgl etwa die Erwägungsgründe 1, 2, 3, 5, 9, 13, 14, 16, 17 und 38.

zu prüfenden Entlassung auf den Bruch eines Geheimnisses gestützt wird. Denkbar ist ein Schadenersatzprozess gegen den beklagten Schädiger, dem vorgeworfen wird, er habe dem Kläger durch die Verwertung eines unredlich erlangten Geheimnisses einen Schaden schuldhaft zugefügt.

- 505 Der österreichische Gesetzgeber wird somit durch die EMRK die primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts nicht zur Bereitstellung eines (umfassenden) »Geheimverfahrens« gezwungen. Geboten ist aber eine *praktische Konkordanz* zwischen den betroffenen grundrechtlichen Positionen. Diese bedeutet eben nicht, dass zwischen einem Geheimnisschutz *oder* einer Kooperation gewählt werden muss, sondern dass sie eine *geschützte Verwertung* von vertraulichen Informationen zum Ziel haben muss, was letztendlich aber zur Einschränkung der Beteiligungsrechte führen kann. Eine solche Einschränkung muss durch ausgleichende Maßnahmen kompensiert werden, damit die Fairness des Verfahrens *insgesamt* gegeben ist. Nur eine derartige Einschränkung kann die prozessuale Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei zumutbar machen, was schlussendlich die gebotene Wahrheitsermittlung fördert.

IV. Zusammenfassung

- 506 Steht der Schutz von Geheimhaltungsinteressen zum *Anspruch auf rechtliches Gehör* und zum *Recht auf effektive Rechtsdurchsetzung* bzw zum *Justizgewährungsanspruch* in Spannung, bedarf es aus Sicht der EMRK und des Unionsrechts einer Lösung dieses »*verfassungsrechtlichen Trilemmas*« im Sinne der *praktischen Konkordanz*. Ungeachtet der grundrechtlichen Absicherung von Unternehmensgeheimnissen ist es aus verfassungs- und grundrechtlicher Sicht abzulehnen, dass diese Geheimnisse in einem Zivilprozess stets *absolut* (im Sinne von uneingeschränkt) geschützt werden müssen. Entsprechendes gilt für den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör. Entgegen der noch eher strengen Haltung der österreichischen Rechtsprechung und der wohl noch hL haben sowohl EGMR als auch EuGH Eingriffe in den Gehörsanspruch bereits dann als gerechtfertigt erachtet, wenn es gilt, effektiven Rechtsschutz *und* ausreichenden Geheimnisschutz zu gewähren.
- 507 Der österreichische Gesetzgeber wird durch die EMRK sowie die primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts allerdings nicht zur Bereitstellung eines umfassenden »Geheimverfahrens« gezwungen. Geboten ist aber eine *praktische Konkordanz* zwischen den betroffenen grundrechtlichen Positionen. Diese kann nicht *entweder* geheim *oder* kooperativ sein – sie muss eine *geschützte Verwertung* von vertraulichen Informationen zum Ziel haben. Die von Unternehmensgeheimnissen betroffenen Tatsachen sollen in einer Art 6 EMRK

entsprechenden Form in das Verfahren fließen und vom Gericht in seiner Entscheidung nach Möglichkeit derart verwertet werden, dass der vom Geheimnis auszuschließende Personenkreis *nicht* davon erfährt. Zur Förderung der Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei sind Eingriffe in das rechtliche Gehör zum Schutz von Geheimhaltungsinteressen zulässig. Das kann dazu führen, dass die Parteiöffentlichkeit auch bei entscheidungsrelevanten Umständen eingeschränkt ist. Das setzt nach der Rechtsprechung des EGMR, an die der EuGH anknüpft, voraus, dass der Eingriff *unbedingt erforderlich* und *verhältnismäßig* ist, ihm eine *umfassende Interessensabwägung* vorausgeht und er schließlich durch *Maßnahmen ausgeglichen* wird, damit das Verfahren *insgesamt* fair ist. Dem Gericht müssen dabei stets die vollen Einsichts- und Überprüfungsmöglichkeiten aller in der Entscheidung zu verwertenden Grundlagen offenstehen.

Die sekundärrechtlichen Regeln des Unionsrechts sind von diesem modernen Grundrechtsverständnis geprägt und trachten danach, widerstreitende, grundrechtlich geschützte Positionen im Dreieck effektive Rechtsdurchsetzung, faires Verfahren und Geheimnisschutz auszugleichen. Viele Regelungen wollen einer *Informationsasymmetrie* unabhängig von einer allfälligen Beweislast mit einer Offenlegungspflicht entgegenwirken, wobei *gleichzeitig* der Schutz vertraulicher Informationen berücksichtigt werden soll. Die Bezugnahme der Durchsetzungs-RL auf vertrauliche Informationen gibt den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit, von der Normierung von Informationsrechten bereits dann Abstand zu nehmen, wenn diese in Spannung zum nationalen Geheimhaltungsrecht steht. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber gehalten, beide Positionen zu vereinen.

508

Ähnliches gilt etwa für die Kartellschadenersatz-RL und die *Know-how-RL*, wobei diese RL jeweils Maßnahmenkataloge enthalten, die die Herstellung der praktischen Konkordanz erleichtern. Damit sollen vertrauliche Informationen im Verfahren verwertet *und* geschützt werden. Dabei handelt es sich auch um Maßnahmen zur Einschränkung der Parteiöffentlichkeit, die allerdings eher moderat ausfallen, zumal nach dem Entwurf der Kommission zur *Know-how-RL* die Parteiöffentlichkeit von diesen Beschränkungen noch wesentlich einschneidender betroffen war. Während das österreichische Prozessrecht noch stark von der Überlegung geprägt ist, ein Geheimnis entweder zu schützen oder zu verwerten, ist das Unionsrecht davon bestimmt, dass die Problematik nur gelöst werden kann, wenn die grundrechtlich geschützten Positionen eben nicht absolut gesehen werden.

509

Im Folgenden wird untersucht, inwieweit das österreichische Prozessrecht ungeachtet der oben aufgezeigten Tendenz zu einer »*Entweder-oder*«-Lösung Platz für die Idee einer geschützten Verwertung ermöglicht, wenn sich eine Partei auf ein Unternehmensgeheimnis berufen kann. Dabei sind im Wesentlichen zwei Problemfelder zu unterscheiden: Zum einen muss das Geheimnis *gegenüber Dritten* geschützt werden (siehe vierten Abschnitt). Zum anderen kann der Schutz auch *gegenüber dem Prozessgegner* geboten sein (siehe fünften und sechsten Abschnitt).

510

§ 4 Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen: Schutz vor Dritten

I. Einleitung

Die Frage der Zumutbarkeit einer Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei wird nicht nur dann relevant, wenn der *Prozessgegner* infolge einer solchen Mitwirkung oder Aufklärung Kenntnis von vertraulichen Tatsachen, etwa einem – hier im Zentrum stehenden – Unternehmensgeheimnis erlangen könnte. In vielen Fällen ist der Prozessgegner ohnedies in das Geheimnis eingeweiht, sodass die Kooperation daran nicht scheitern wird.¹⁷¹⁸ In solchen Fällen wird sich die nicht beweisbelastete Partei dennoch auf die Wahrung des Unternehmensgeheimnisses berufen, um dessen Offenbarung *gegenüber Dritten* zu verhindern. Dabei ist insb an die *Volksöffentlichkeit*, die *Veröffentlichung* von Entscheidungen, aber auch an das Recht auf *Akteneinsicht* Dritter oder die *Rechtshilfe* durch Übermittlung von Akten für andere Verfahren zu denken. Es besteht daher die Gefahr, dass ein in einem Verfahren preisgegebenes Geheimnis einmal Dritten offensteht. Billigt man der nicht beweisbelasteten Partei zu, ihre Kooperation im Hinblick auf die drohende Offenlegung des Geheimnisses gegenüber Dritten als unzumutbar abzulehnen, könnte dies ein Scheitern der Rechtsdurchsetzung des sich in Beweisnot befindlichen Beweisführers zur Folge haben.¹⁷¹⁹ Gerade um das zu verhindern, ist eine *geschützte Verwertung* von Geheimnissen anzustreben, die das Geheimnis gegenüber Dritten wahrt. Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Prozessordnung in dieser Hinsicht ausreichenden Schutz vorsieht, hinsichtlich der UWG-Novelle

511

¹⁷¹⁸ Zu denken ist etwa an arbeitsrechtliche Streitigkeiten oder Prozesse zwischen ehemaligen Geschäftspartnern, bei denen eine Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses verfahrensgegenständlich ist, wobei das Geheimnis aber beiden Streitparteien ohnedies bekannt ist. Erlangen nun aber Außenstehende durch den Zivilprozess etwa im Wege der Volksöffentlichkeit oder der Akteneinsicht Kenntnis vom Geheimnis, könnte sich der behauptete Schaden für den Geheimnisherrn noch vergrößern, während im Verhältnis der Streitparteien zueinander kein Bedarf für Schutzmaßnahmen besteht.

¹⁷¹⁹ Für den (von dieser Arbeit nicht umfassend untersuchten) Fall, dass die beweisbelastete Partei Herr des Geheimnisses ist, besteht wegen der unsicheren Rechtslage, ob Unternehmensgeheimnisse im Verfahren vor der Öffentlichkeit geheim zu halten sind, die Gefahr, dass gerichtliche Auseinandersetzungen bei Bestehen solcher Geheimnisse gescheut werden. Vgl. *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 642; *Zimmermann*, RZ 2015, 201.

2018, mit der die *Know-how*-RL umgesetzt wird, auch die Änderung des § 172 ZPO zu berücksichtigen ist.

II. Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen vor der Volksöffentlichkeit – Schwerpunkt Verhandlung

A. Begriff und Umfang der Öffentlichkeit nach der ZPO

- 512 Der Grundsatz der allgemeinen *Öffentlichkeit* (Volksöffentlichkeit), wonach grundsätzlich jedermann ohne Nachweis eines Interesses¹⁷²⁰ an der Verhandlung teilnehmen kann,¹⁷²¹ gehört zu den Prinzipien des Zivilprozesses.¹⁷²² Zur Öffentlichkeit bei der Urteilsverkündung siehe Rz 637 ff.

Von der Öffentlichkeit ist die Medienberichterstattung umfasst, zumal nach Art 6 Abs 1 EMRK nicht nur die eigentliche Öffentlichkeit, sondern auch »die Presse« ausgeschlossen werden kann, was aber gerade voraussetzt, dass die Medien an der Verhandlung teilnehmen dürfen.¹⁷²³ Man spricht hier von der mittelbaren Öffentlichkeit, die »sogar in besonderem Maße die Öffentlichkeit der Verhandlung garantiert«.¹⁷²⁴ Davon zu trennen ist die – nicht in Art 6 EMRK – geregelte Frage, ob Fernseh- und Hörfunkaufnahmen und -übertragungen sowie Film- und Fotoaufnahmen von Verhandlungen der Gerichte zulässig sind, was § 22 MedienG verneint.¹⁷²⁵ Eine solche Rundfunk- oder Fernsehöffentlichkeit ergibt sich nicht aus Art 6 EMRK.¹⁷²⁶

- 513 Der Begriff der *Volksöffentlichkeit* findet sich nicht in der österreichischen Rechtsordnung, sondern ist ein Begriff der Lehre. Teilweise wird er in Abgrenzung zur

1720 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 682; *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 29. Vgl *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I 355, wonach jeder, wenn unbewaffnet, öffentlichen Verhandlungen »anwohnen kann«. »Um einen Grund seines Erscheinens oder seines Interesses darf ihn niemand fragen.« Ein derartiges Frageverbot ist freilich weder aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz noch einfachgesetzlichen Bestimmungen abzuleiten. Zutreffend wird dieses von *Walter* auch »als zu weitgehend« abgelehnt (*Walter*, Gerichtsbarkeit 183).

1721 Es kommt dabei auf die allgemeine Zugänglichkeit an, sodass die Öffentlichkeit auch dann vorliegt, wenn es keinen Zuhörer gibt. Der Anspruch ist durch die Kapazitäten beschränkt, sodass kein Verstoß vorliegen muss, wenn nicht alle Interessierten Platz finden. Allerdings kann gegen das Gebot der Öffentlichkeit trotz einer großen Anzahl von Zuhörern verstoßen werden, etwa wenn ausgewählte Zuseher (zB bestellte Polizeischüler oder Angehörige des Gerichts) sämtliche Plätze belegen. Vgl *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 2.

1722 Bei der Volksöffentlichkeit fungierte freilich der Strafprozess als Vorbild. Vgl *Simotta* in *FS-Matscher* 463 mwN.

1723 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 87; *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 849.

1724 RIS-Justiz RS0098350.

1725 Kritisch zum Verbot des § 22 MedienG: *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 849.

1726 *Peukert* in *Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 188 auch unter Hinweis auf BVerfG 1 BvR 2623/95.

Parteiöffentlichkeit mit der Öffentlichkeit gleichgesetzt¹⁷²⁷ bzw gemeint, wenn nur von *Öffentlichkeit* gesprochen wird.¹⁷²⁸ Zum anderen wird die Volksöffentlichkeit als Teil der Öffentlichkeit betrachtet, zu der die davon zu unterscheidende Parteiöffentlichkeit gehören soll.¹⁷²⁹

Nach richtiger Auffassung ist die Parteiöffentlichkeit aber nicht eine (reine) Teilmenge der Volksöffentlichkeit, sondern zentraler Aspekt des Anspruchs auf Gehör der Parteien, ohne das ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 EMRK nicht denkbar wäre.¹⁷³⁰ Sie unterscheidet sich von der Volksöffentlichkeit durch ihre unterschiedliche Ausgestaltung und ihren auf individuelle Rechtsverfolgung ausgerichteten Zweck.¹⁷³¹ Es erscheint daher angebracht, die Parteiöffentlichkeit als *Aliud* und nicht als *Minus* der Volksöffentlichkeit zu qualifizieren. Der Begriff der Öffentlichkeit ist mit jenem der Volksöffentlichkeit gleichzustellen.¹⁷³²

514

Neuwirth weist darauf hin, dass die ZPO den Begriff der Öffentlichkeit in zweifachem Sinn gebrauche. Zum einen sei die Allgemeinheit der Bevölkerung gemeint, zum anderen bezeichne die Öffentlichkeit die Unverborgenheit in Bezug auf die Tätigkeit des Gerichts.¹⁷³³

Dieser Befund über diese Doppeldeutigkeit trifft aber nur auf das Adjektiv »öffentlich« zu. Das Nomen »Öffentlichkeit« verwendet die ZPO hingegen ausschließlich im Sinne von Volksöffentlichkeit und zwar im Zusammenhang mit der Frage der Teilnahme der Öffentlichkeit an einer Verhandlung (§§ 171 ff, § 207 Abs 1 Z 1, § 616 Abs 2 und § 617 Abs 11 ZPO; vgl Art XIX und XXIII Z 8 EGZPO). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die überwiegende Lehre¹⁷³⁴ den Begriff der Öffentlichkeit mit Volksöffentlichkeit gleichstellt. Das Adjektiv »öffentlich« wird hingegen zum

1727 *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 171 ZPO Rz 1; *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 28 f; *Pollak*, ZPR³ 448 [»Öffentlichkeit besteht also für das Publikum«]; *Rassi* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* § 59 EO Rz 1 ff; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 471; *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 1 ff; *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 1 ff; *Simotta* in FS-Matscher 449 ff; *Walter*, Gerichtsbarkeit 183. Vgl für das Insolvenzverfahren: *Riel*, Öffentlichkeit 189 ff; in diesem Sinne etwa die Entscheidung des OLG Wien 10 Ra 160/06g [»sieht § 172 Abs 1 ZPO einen Ausschluss der Öffentlichkeit – somit nicht der Parteien – dann vor [...]«].

1728 *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*³ § 581 Rz 264 und § 616 ZPO Rz 4; *Klein*, Vorlesungen 11; *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Art XIX EGZPO Rz 1 ff; *Neumayr*, Erkenntnisverfahren 1⁶, 12; *Rechberger/Hofstätter* in *Rechberger/Klicka*⁵ Art XIX EGZPO Rz 1; *Simotta* in *Fasching/Konecny*³ § 51 JN Rz 149/1, 150/5 und 150/11; *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I, 354 und 356 [»Alle Öffentlichkeit [...] ist Volksöffentlichkeit«]; *Zechner* in *Fasching/Konecny*² § 515 ZPO Rz 2.

1729 *Anzenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 73b ZPO Rz 39 f; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 77 f; *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 816; *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 184 f; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*² § 477 ZPO Rz 65 ff; *Wolff*, Grundriss² 270.

Holzhammer (Zivilprozessrecht² 132 f) nimmt bei den (gerichtlichen) Prozesshandlungen drei Abstufungen vor und unterteilt zwischen volksöffentlichen, parteiöffentlichen und geheimen Prozesshandlungen.

1730 *Rassi*, ÖJZ 2014, 1043 ff.

1731 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 29.

1732 *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 636 [»auch Saalöffentlichkeit«].

1733 *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 814.

1734 Vgl FN 1727 und 1728.

einen verwendet, um auf die Volksöffentlichkeit oder deren Ausschluss Bezug zu nehmen (§ 171 Abs 1, § 173 Abs 2, § 207 Abs 1 Z 1, und § 460 Z 3 ZPO), zum anderen findet man es im Bereich der Senatsgerichtsbarkeit – aber auch dann, wenn dort angeordnet wird, dass nach »nicht öffentlicher Sitzung« zu entscheiden ist (§ 473 Abs 1, § 473a Abs 5, § 480 Abs 1 und 2, § 509 Abs 1, § 526 Abs 1, § 538 Abs 1 und § 539 Abs 2 ZPO) oder die Beratung und Abstimmung »nicht öffentlich« ist (§ 413 ZPO). Hier ordnet das Gesetz zum Schutz des Beratungs- und Abstimmungsgeheimnisses eine geheime Sitzung unter Ausschluss der Parteien an. »Nicht öffentlich« ist in diesem Kontext dahingehend zu verstehen, dass niemand Zutritt zur Sitzung hat; es besteht diesbezüglich somit *weder* Parteiöffentlichkeit noch (Volks-)Öffentlichkeit. Davon zu unterscheiden sind nicht-öffentliche Verhandlungen, bei denen nur die Volksöffentlichkeit ausgeschlossen ist.¹⁷³⁵

- 515 Es wird hier nicht übersehen, dass der Schwerpunkt der Geheimhaltungsproblematik im Bereich von Unternehmensgeheimnissen bei der Parteiöffentlichkeit liegt,¹⁷³⁶ etwa wenn die Gefahr besteht, dass der Prozessgegner oder ein Nebenintervenient als Konkurrent jener Partei, die ein Geheimnis in das Verfahren einführen will, vertrauliche Informationen für eigene Interessen nützen könnte. Dessen ungeachtet kann die Volksöffentlichkeit die Einführung von Unternehmensgeheimnissen in einen Zivilprozess erschweren oder gar verhindern. Es sind durchaus Konstellationen denkbar, bei denen die Geheimhaltungsproblematik nicht gegenüber dem Prozessgegner, sondern darin besteht, dass unbeteiligte Dritte (oder die Medien) von einem Geheimnis Kenntnis erlangen,¹⁷³⁷ wodurch das Geheimnis zerstört würde.¹⁷³⁸ Die Geheimhaltungsproblematik fokussiert sich vor allem dann auf außenstehende Dritte, wenn beide Streitparteien vom Inhalt des Geheimnisses wissen, dieses aber zB vor einem potentiellen Konkurrenten bewahrt werden soll. Aber rechtfertigt eine drohende Kenntnis Dritter den Ausschluss der Volksöffentlichkeit, um es einer Partei möglich zu machen, Geheimnisse in das Verfahren einzuführen?¹⁷³⁹ Das Problem stellt sich insb dann, wenn man das Prinzip der Volksöffentlichkeit derart weit auslegt, dass davon grundsätzlich alle Grundlagen für die Entscheidung in der öffentlichen und mündlichen Verhandlung enthalten sein müssten,¹⁷⁴⁰ weshalb man nur mit einem Ausschluss der Öffentlichkeit die Geheimhaltung von entscheidungsrelevanten Umständen erreichen kann.

1735 Vgl auch *Neumann*, Kommentar⁴ I, 765 FN 2.

1736 *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 285.

1737 Vgl etwa 6 Ob 157/14b EvBl 2015/61 [*Schneider*] = ÖBA 2015/2114 [*Sindelar*] zur vergleichbaren Konstellation beim Bankgeheimnis.

1738 *Kersting*, Wirtschaftsgeheimnis 202; *Malmström*, Schutz 109.

1739 Drastisch (für den Fall, dass der Beweisführer der Geheimnisherr ist) *Kloeppe*, JW 1914, 223: »Deshalb ist ein Rechtsstreit über Geschäftsgeheimnisse undurchführbar. Die Partei wird in solchen Fällen vor die harte Wahl gestellt, entweder auf die Geltendmachung ihres Rechts oder auf ihr sorgfältig gehütetes Geheimnis zu verzichten.«

1740 *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 434 mwN.

Nach grundsätzlich richtiger Auffassung soll die Volksöffentlichkeit zu denjenigen prozessualen Vorgängen zugelassen werden, die dazu bestimmt sind »*das prozessuale Bild der Streitsache vor dem erkennenden Richter zu entrollen*«. ¹⁷⁴¹ Daraus ist aber nicht abzuleiten, dass sich die Entscheidungsgrundlage mit all jenen Umständen decken muss, die volksöffentlich wahrnehmbar waren. Einen besonders strengen Ansatz vertrat *Klöppel* ¹⁷⁴² zur älteren deutschen Rechtslage, wonach der erkennende Richter im allgemeinen *nichts* erfahren dürfe, was nicht *zugleich die ganze Öffentlichkeit* erfahren könnte. Und: »*Dinge, die vor der Öffentlichkeit verschlossen werden dürfen oder müssen, bleiben auch dem erkennenden Richter Geheimnis*.« Dieser strenge Ansatz ist für die österreichische ZPO zu bezweifeln, weil er ausblendet, dass es einen schriftlichen Teil des Verfahrens geben muss, auf den sich die Öffentlichkeit (»der Verhandlung«) gar nicht bezieht. Das betrifft Vorbereitungsmaßnahmen, schriftliche Prozesshandlungen oder Anträge außerhalb der Verhandlung, auf die nur Bezug genommen werden muss (§ 177 Abs 2 ZPO) etc. Zudem umfasst die Volksöffentlichkeit etwa nicht die mittelbare Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg, wenngleich deren Ergebnisse in der Verhandlung vom Richter darzulegen sind (§ 287 ZPO). ¹⁷⁴³ Die ZPO lässt den Schluss der Verhandlung vor Aufnahme aller Beweise zu (§ 193 Abs 3 ZPO), was dokumentiert, dass auch Beweise verwertet werden können, die nicht Teil der öffentlichen mündlichen Verhandlung waren.

Der Umstand, dass das Verfahren mit Nichtigkeit bedroht ist, wenn der Ausschluss zu Unrecht erfolgt ist (§ 477 Abs 1 Z 7 ZPO), ¹⁷⁴⁴ soll die Gewährung der Volksöffentlichkeit absichern. Demgegenüber ist eine zu Unrecht zugelassene Volksöffentlichkeit nicht mit Nichtigkeitssanktion ¹⁷⁴⁵, sondern (und das nur allenfalls) mit einem Verfahrensmangel bedroht. ¹⁷⁴⁶ Dieses Ungleichgewicht an Sanktionen führte zumindest bis zur Novellierung des § 172 ZPO im Zuge der Umsetzung der *Know-how-RL* in der Praxis dazu, dass viele der verhandelnden Richter bei einem behaupteten

516

1741 *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I, 354; *Walter*, Gerichtsbarkeit 185.

1742 *Kloppel*, JW 1914, 223.

1743 Nur wenn diese Darlegung nach Ansicht einer der Parteien in erheblichen Punkten vom Inhalt der Akten abweicht, sind die entsprechenden Aktenteile zur Gänze vorzulesen (§ 287 Abs 2 ZPO). Daraus lässt sich ableiten, dass nur eine (inhaltlich richtige) Zusammenfassung geboten ist, wodurch der Volksöffentlichkeit für die Entscheidung relevante Teile vorenthalten werden können. Aus der Sicht des Art 6 EMRK erscheint diese Einschränkung der Volksöffentlichkeit betreffend Rechtshilfersuchen nicht unproblematisch. Vgl *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*² § 171 ZPO Rz 56.

1744 Zuletzt zB 1 Ob 154/14z.

1745 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 36; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 688; *Neuwirth* in *Fasching*² II, 817; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*² § 477 ZPO Rz 65; *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 4 (nur bei Willkür) und § 173 ZPO Rz 4; *Simotta* in FS-Matscher 459; *Wolff*, Grundriss² 271; aA *Neumann*, Kommentar⁴ II, 1300 (der die Nichtigkeit stets dann bejaht, wenn die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt wurde, worunter auch das Unterbleiben eines zwingend vorzunehmenden Ausschlusses falle). *Simotta* in FS-Matscher 465 erachtet die Nichtigkeitssanktion *de lege ferenda* geboten, um dem Persönlichkeits- und Datenschutz der Verfahrensbeteiligten wirklich zum Durchbruch zu verhelfen.

1746 *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 27; *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 36; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 688; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*² § 477 ZPO Rz 66; *Simotta* in FS-Matscher 459.

Unternehmensgeheimnis im Zweifel vor einem Ausschluss zurückschrecken, um ihren bisherigen Aufwand vor einer »Vernichtung« zu bewahren,¹⁷⁴⁷ zumal die ZPO bis zur UWG-Novelle 2018 die Möglichkeit eines Ausschlusses bei Unternehmensgeheimnissen nicht zweifelsfrei anordnet.¹⁷⁴⁸ Für *Schrage* war daraus erkennbar, dass die ZPO die grundsätzliche Öffentlichkeit der Verhandlung als wichtig erachtet und das Interesse einer Partei an deren Ausschließung gering bewertet.¹⁷⁴⁹

517 Damit bestand eine »Schieflage« zulasten des Geheimnisschutzes, die im Bereich der Unternehmensgeheimnisse insoweit noch verschärft wurde, weil die ZPO dem Wortlaut nach Unternehmensgeheimnisse nicht ausdrücklich als Ausschließungsgrund erwähnte (vgl unten). Hinzu kommt, dass ein Beschluss »über die Ausschließung der Öffentlichkeit« nicht abgesondert – und somit in vielen Fällen erst mit dem Urteil – bekämpft werden kann (§ 173 Abs 2 ZPO), weshalb manche Richter deshalb im Zweifelsfall dazu tendieren könnten, die Öffentlichkeit nicht auszuschließen,¹⁷⁵⁰ um die frustrierte Durchführung einer Verhandlung wegen Nichtigkeit zu vermeiden.

Es ist strittig, ob der Ausschluss eines abgesonderten Rechtsmittels dann gilt, wenn ein Ausschließungsantrag abgewiesen wird.¹⁷⁵¹ *Schrage* unterscheidet nicht, ob die Ausschließung der Öffentlichkeit beschlussmäßig angeordnet oder abgelehnt wurde, und bezieht sich dabei auf den »klaren Wortlaut«, weil das Gesetz den Beschluss »über« die Ausschließung vorsehe.¹⁷⁵² Die mündliche Verhandlung sei bei einem Ausschluss daher zunächst nicht öffentlich durchzuführen.¹⁷⁵³ Auch nach *Sperl* ist ein Beschluss nicht selbständig anfechtbar, »wie immer der Beschluss laute«,¹⁷⁵⁴ was auch von *Albiez/Pablik/Parzmayr* vertreten wird.¹⁷⁵⁵ Dieser Ansicht ist – mit *Neuwirth*¹⁷⁵⁶ – nicht zuzustimmen. Darauf deutet bereits der Wortlaut des § 173 Abs 2 ZPO mit dem Ausdruck »Beschluss über die Ausschließung« hin, der den »Antrag auf Ausschließung« gemäß § 173 Abs 1 ZPO nicht zur Gänze umfasst. Hinzu kommt die *ratio legis* einer eingeschränkten (also nicht abgesonderten) Anfechtbarkeit von Entscheidungen (§ 515 ZPO): Diese Regel soll vor allem der Verfahrensbeschleunigung dienen, um eine »Zerstückelung« des Verfahrens durch ständige Vorlagen des Akts an das Rechtsmittelgericht zu verhindern (unter Berücksichtigung der

1747 IdS bereits NN (JBl 1898, 254f [»Die Versuchung für den Richter liegt nahe, in jedem irgendwie zweifelhaften Falle die Öffentlichkeit aufrechtzuerhalten, selbst mit dem Bewusstsein, dass dadurch der unredlichen Partei geholfen, der redlichen Partei geschadet werde.«]); *Simotta* in FS-Matscher 459.

1748 *Simotta* in FS-Matscher 459.

1749 *Schrage* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 173 ZPO Rz 4.

1750 Das übersieht *Adamovic*, RZ 2004, 168, wenn er anregt, dass ein vorsichtiger Richter seinen Beschluss, mit dem er die Öffentlichkeit ausschließt, gesondert ausfertigen und dessen Rechtskraft abwarten wird, um »jedes Risiko auszuschließen«.

1751 Offengelassen: *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 642.

1752 *Schrage* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 173 ZPO Rz 4.

1753 *Schrage* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 18.

1754 *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I 357.

1755 *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 26.

1756 *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 827.

Anlegung eines Kopienakts).¹⁷⁵⁷ Die verbundene Anfechtung führt dazu, dass das Rechtsmittelgericht verfahrensökonomisch mehrere Probleme in einem Rechtsmittelverfahren lösen kann, was (insgesamt) zur Entlastung des Rechtsmittelverfahrens beiträgt. Auch der Umstand, dass mit dem Ausschluss eines selbständigen Rekurses manche Rechtsmittel überhaupt vermieden werden können, trägt zur Beschleunigung bei. Zu denken ist etwa daran, dass der spätere Prozesssieger der Hauptsache durch abgewiesene Anträge (etwa bei Beweisanträgen) nicht (mehr) beschwert ist und schon deshalb die Erhebung eines Rekurses unterlässt. Für diese Partei lösen sich die abweisenden Beschlüsse durch den Prozesssieg »in Wohlgefallen auf«. Die Verneinung eines selbständigen Rechtsmittels gegen einen Beschluss, der die Ausschließung der Öffentlichkeit *verweigert*, wäre hingegen mit verfahrensökonomischen Gründen nicht argumentierbar. Vielmehr spricht die *ratio legis* schon deshalb für die *sofortige* Bekämpfbarkeit, um unwiederbringlichen Schaden der von Geheimhaltungsinteressen Betroffenen abzuwenden.¹⁷⁵⁸ Der Ausschluss der abgesonderten Anfechtbarkeit setzt voraus, dass die gerichtliche Prozesshandlung später (aber immerhin) vom Instanzgericht noch inhaltlich überprüft werden kann. Wurde aber das Geheimnis bereits in der Verhandlung der Öffentlichkeit bekannt, wird es in vielen Fällen bereits an der Beschwer des Rechtsmittelwerbers mangeln, weshalb schon die »*Natur der Sache*«¹⁷⁵⁹ die sofortige Bekämpfbarkeit nahelegt. Auch ein Zeuge darf mit Zwangsmitteln erst dann zur Aussage verhalten werden, wenn der entsprechende Beschluss rechtskräftig ist, weil eine nachträgliche Überprüfung aufgrund der bereits erzwungenen Aussage mehr oder minder sinnlos wäre. Ähnliches gilt wohl für die Akteneinsicht Dritter, die diesem vor der Entscheidung über einen gegen den bewilligenden Beschluss erhobenen (aufschiebenden) Rekurs nicht zu gewähren ist. Zudem schließt § 515 ZPO die abgesonderte Anfechtbarkeit nur bei einer ausdrücklichen Regelung aus, was für eine enge Auslegung des § 173 Abs 2 ZPO und dafür spricht, die sofortige Anfechtbarkeit im Zweifel zu bejahen. *Sengtschmid*¹⁷⁶⁰ erachtet mit Hinweis auf das Verfassungs- und Unionsrecht die abgesonderte Anfechtung dann als zulässig, wenn durch Art 8 EMRK oder unionsrechtliche Vorschriften (insb Art 7 und Art 8 GRC) geschützte Geheimhaltungsinteressen in Frage stehen. Auch diese Argumentation würde (jedenfalls) im Bereich von Unternehmensgeheimnissen stets die sofortige Anfechtbarkeit eines die Ausschließung abweisenden Beschlusses zum Ergebnis haben, wenngleich durchaus fraglich ist, ob der von diesem Autor herangezogene Art 13 EMRK tatsächlich einem Rechtsmittelausschluss der ZPO derogieren kann.^{1761, 1762}

1757 Vgl *Rassi* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* EO §§ 65 ff Rz 17.

1758 *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 827.

1759 *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 827.

1760 In *Fasching/Konecny*³ § 173 ZPO Rz 15.

1761 Die Argumentation steht nämlich unter dem Verdacht eines Zirkelschlusses, weil sie die Verletzung von Grundrechten verhindern will, die aber die Voraussetzung für die Beschwerden nach Art 13 EMRK ist. Geheimhaltungsinteressen, die den Schutz des Art 8 EMRK genießen, werden nicht bereits durch den Beschluss verletzt, der den Ausschluss der Öffentlichkeit ablehnt und dessen Anfechtbarkeit hier in Rede steht, sondern erst durch die Durchführung der öffentlichen Verhandlung, in der die Geheimnisse offenbart werden. Art 13 EMRK gewährleistet aber (nur) bei Verletzungen von aus der EMRK abzuleitenden Ansprüchen das Recht auf wirksame Beschwerde.

1762 Im Bereich des Unionsrechts kommen Rechtsmittelbeschränkungen dann nicht zur Anwendung, wenn die Gewährung von effektivem Rechtsschutz sichergestellt werden muss (2 Ob 156/13z).

518 Erschwert wird die Lösung durch den Umstand, dass die Volksöffentlichkeit von zivilverfahrensrechtlichen Verhandlungen¹⁷⁶³ zweifach verfassungsrechtlich (sowohl nach dem B-VG¹⁷⁶⁴ als auch nach der EMRK¹⁷⁶⁵) abgesichert ist und bereits deshalb grundsätzlich zu gewähren ist.¹⁷⁶⁶ Es ist somit nicht nur zu prüfen, ob die ZPO wegen eines zu schützenden Unternehmensgeheimnisses den Ausschluss der Volksöffentlichkeit zulässt (dazu unten), sondern auch (und zwar *primär!*), ob ein derartiger Ausschluss den grund- und verfassungsrechtlichen Vorgaben standhält. Ungeachtet der mit der UWG-Novelle 2018 erfolgten Änderung des § 172 ZPO ist diese Frage daher umfassend zu beleuchten.

519 Die damit zu überwindende verfassungsrechtliche Hürde scheint im Bereich des Art 90 B-VG *prima vista* dann kein Problem, wenn aus dem Gesetz ein Ausschluss zum Schutz eines Unternehmensgeheimnisses zu bejahen wäre, weil der formelle Eingriffsvorbehalt in Art 90 Abs 1 Satz 2 B-VG einfachgesetzlich normierte Ausnahmen (»Ausnahmen bestimmt das Gesetz«) an sich zuließe, sodass ein auf § 172 ZPO gestützter Ausschluss der Öffentlichkeit ebenso gedeckt wäre wie Ausnahmen aufgrund verfahrensrechtlicher Sondernormen (vgl § 13 Abs 2 AHG, § 11 Abs 2 OrgHG, § 55 MSchG,¹⁷⁶⁷ § 26 UWG,¹⁷⁶⁸ § 30 KSchG oder nunmehr § 37j Abs 6 Z 2 KartellG 2005). Insoweit scheinen der Neufassung des § 172 ZPO keine verfassungsrechtlichen Hürden entgegenzustehen. Die von Art 90 B-VG vorgesehenen Ausnahmen durch das Gesetz sind freilich nicht »ohne nähere Einschränkung durch den Gesetzgeber zulässig«,¹⁷⁶⁹ sondern stehen unter dem (ungeschriebenen) Vorbehalt, dass der *Wesensgehalt* eines Grundrechts nicht beseitigt wird.¹⁷⁷⁰ Daraus ist –

1763 Zum Begriff der Verhandlung, vgl *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 430 [»Verhandlung im engeren, prozesstechnischen Sinn«].

1764 Art 90 B-VG (»Verhandlungen in Zivil- und Strafrechtssachen vor dem erkennenden ordentlichen Gericht sind mündlich und öffentlich.«). Der Begriff der Verhandlung schließt die Verkündung des Urteils nicht ein. *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 10 mwN.

1765 Nach der im BGBl 1958/210 verlautbarten Übersetzung (der authentischen französischen und englischen Sprachfassungen) hat »Jedermann [...] Anspruch darauf, dass seine Sache [...] öffentlich [...] gehört wird«. Nach der 1998 zwischen den deutschsprachigen Ländern akkordierten (aber in Österreich nicht kundgemachten) Übersetzung hat »jede Person [...] ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen [...] öffentlich verhandelt wird.« Vgl *Morscher/Christ*, EuGRZ 2010, 272.

1766 Davon strikt zu trennen ist der Grundsatz der Parteipublicität, der ein Aspekt des rechtlichen Gehörs ist und auf dem der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren gründet. Dazu Rz 718ff.

1767 Der dort auch im Bereich eines streitigen Verfahrens wegen einer Musterschutzverletzung für anwendbar erklärte § 119 Abs 2 PatG 1970, wonach die Öffentlichkeit auch dann für einen Teil des Verfahrens oder für die ganze Verhandlung ausgeschlossen werden kann, wenn durch die Öffentlichkeit ein wichtiges Interesse des Bundes oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis einer der Parteien oder eines Zeugen einer Gefährdung ausgesetzt würde, gilt im Patentverfahren nur vor dem Patentamt (ebenso § 103 Abs 2 PatG 1970).

1768 Diese Bestimmung gilt auch für die Verbandsklage nach § 85a AMG (vgl Abs 5 leg cit) und nach § 460 UGB (vgl Abs 1 leg cit).

1769 *Schöberl*, ÖJZ 2005, 289; *Schrägel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 2.

1770 *Khakzadeh-Leiler* in *Rill-Schäffer-Kommentar Art 90 B-VG Rz 17*; *Mayer/Muzak*, Das Österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ 347 [»das Gesetz darf nur Ausnahmen vorsehen, keinesfalls aber

im Sinne der zutreffenden Ausführungen von *Lienbacher*¹⁷⁷¹ – auch für Art 90 B-VG abzuleiten, dass die Einschränkung im öffentlichen Interesse liegen und ein taugliches und adäquates Mittel sein muss, um die Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses zu vermeiden.¹⁷⁷²

Von den eigentlichen Ausnahmen des Öffentlichkeitsgrundsatzes (dazu näher unten Rz 532 ff) sind jene *Beschränkungen* zu unterscheiden, die dem Öffentlichkeitsprinzip *immanent* sind und die daher keine besondere Rechtfertigung erfordern. Dabei kommt es zu keiner verfahrensrechtlichen Prüfung oder beschlussmäßigen Anordnung eines Ausschlusses. Von derartigen »*faktischen Grenzen der Volksöffentlichkeit*«¹⁷⁷³ ist auch im österreichischen Zivilprozess auszugehen.¹⁷⁷⁴ So kann etwa Zuhörern der Zutritt aus praktischen Umständen (Platzmangel¹⁷⁷⁵) verweigert werden. Die Entfernung eines störenden Zuhörers¹⁷⁷⁶ nach erfolgloser Ermahnung (vgl § 198 Abs 2 ZPO) gehört ebenso zu den immanenten Beschränkungen wie der Umstand, dass nur unbewaffnete Personen teilnehmen dürfen (§ 172 Abs 2 ZPO vgl § 132 Abs 3 ZPO).¹⁷⁷⁷

520

das Prinzip als solches abändern«]; Sengstschmid in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 8 [»jedenfalls nicht so weitreichend sein, dass dadurch das Prinzip als solches abgeändert würde«]; 4 Ob 236/97b; 3 Ob 208/97b; RIS-Justiz RS0108270. Vgl auch VfSlg 12.481 (zur Erwerbsausübungsfreiheit); VfSlg 19.687 (zum Eigentumsrecht); VfSlg 14.701 (zur Liegenschaftsverkehrsfreiheit). In Deutschland ist die vom VfGH vertretene Ansicht direkt aus der Verfassung abzuleiten (Art 19 Abs 2 GG [»In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.«]).

1771 *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 430.

1772 Ähnlich auch *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 19 Rz 8 [»nur Beschränkungen, die eines der in Art 6 Abs 1 EMRK genannten Ziele verfolgen und dafür auch das erforderliche, taugliche und adäquate Mittel sind«] und Sengstschmid in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 9 mwN [»wird [...] jede Einschränkung der Öffentlichkeit auf ihre Verhältnismäßigkeit, dh auf ihre Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse, auf ihre Eignung, ihre Notwendigkeit und auf ihre Angemessenheit zu prüfen sein«].

1773 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 31.

1774 *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 636, der auch darauf hinweist, dass kein Verstoß vorliegt, wenn der Zugang aus faktischen Gründen – etwa in einem Krankenzimmer oder in sonst beengten Räumlichkeiten – erschwert oder ausgeschlossen ist.

1775 *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 477 ZPO Rz 35 mwN; *Seiler*, JBl 1963, 81; *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I 355 (Ausgabe von Eintrittskarten möglich); *Walter*, Gerichtsbarkeit 183; *Wolff*, Grundriss² 270; 12 Os 56/77 SSt 48/74; 9 ObA 120/89; RIS-Justiz RS0098350 [»In diesem Sinn erfordert der Begriff der Öffentlichkeit gar nicht, dass der Zutritt zur Hauptverhandlung schlechthin allen interessierten Personen nach ihrem Belieben und ohne Begrenzung möglich ist. Es sind stets die Beschränkungen des Zutrittes gestattet, welche die Raumverhältnisse und die Handlung der Ordnung erfordert, wenn sie nur nicht so weit gehen, dass sie einem tatsächlichen Ausschluss der Öffentlichkeit gleichkommen.«].

Allerdings würde das Öffentlichkeitsgebot verletzt, wenn das Gericht bewusst einen Raum zur mündlichen Verhandlung bestimmt, der von vornherein die Möglichkeit der Teilnahme von Zuhörern ausschließt (so zutreffend *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 31).
1776 Vgl *Wolff*, Grundriss² 270 [»Personen, die in einem Zustand sind, der eine Verhandlungsstörung sicher erwarten lässt«].

1777 *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 23 weisen darauf hin, dass die auf § 171 ZPO gestützte Verweigerung der Teilnahme von Bewaffneten oder Unmündigen an der Verhandlung und auch der Ausschluss im Rahmen der Sitzungspolizei kein Ausschluss der Öffentlichkeit sei, »da sie

Entgegen der früheren Rechtslage ist die Öffentlichkeit in dieser Hinsicht nicht auf erwachsene Personen immanent beschränkt,¹⁷⁷⁸ sondern umfasst grundsätzlich mündige und sogar unmündige Minderjährige. Vor dieser mit BGBI 1996/760 vorgenommenen Neufassung konnte wegen des Kriteriums »erwachsen« wohl davon ausgegangen werden, dass die teilnehmenden Personen einen Mindestgrad geistiger Reife und Urteilsfähigkeit aufweisen müssten,¹⁷⁷⁹ um ihre »Kontrollfunktion« überhaupt ausüben zu können, sodass nach dieser Argumentation wohl solche Personen, bei denen das nicht der Fall ist (Säuglinge, Kleinkinder, geistig Behinderte) *per se* nicht Teil der Öffentlichkeit wären. Ein derartiger Mindestgrad von geistiger Reife (oder etwa deutsche Sprachkenntnisse) ist aus der aktuellen Fassung von § 171 ZPO nicht herauszulesen. Allerdings liegt insoweit eine immanente Begrenzung vor, weil Personen nur »als Zuhörer« Zutritt haben. Nur die Teilnahme eines Zuhörers einer Verhandlung, der den Prozessverlauf verfolgt, ist vom Begriff der Öffentlichkeit umfasst. Ist dieses Kriterium bei »nur körperlich« anwesenden Personen zu verneinen, haben diese Personen – unabhängig vom Reifegrad – mangels Zuhörereigenschaft keinen Zutritt, egal ob es sich um (nichtzuhörende) Kleinkinder handelt oder um erwachsene Personen, die den Gerichtssaal als »Wärmestube« verwenden. Unmündigen Zuhörern kann der Zutritt – abgesehen von Störungen wie bei allen anderen Personen – zusätzlich dann verweigert werden, wenn durch ihre Anwesenheit eine Gefährdung ihrer persönlichen Entwicklung zu besorgen ist (§ 172 Abs 3 ZPO).¹⁷⁸⁰

Auch die *Nachtsperre* wird als Beispiel für eine immanente Beschränkung angeführt.¹⁷⁸¹ Die Entscheidung 9 ObA 120/89 hebt dazu hervor, dass Maßnahmen der Justizverwaltung, wonach die Zugänge zum Gerichtsgebäude aus Gründen der Sicherheit in der Nacht versperrt werden, dem Verhandlungsrichter nicht zurechenbar sind, zumal sonst die richterliche Unabhängigkeit in Frage gestellt werden müsste.¹⁷⁸² Dessen ungeachtet betont die Entscheidung *obiter*, dass von außen kommende, durch den erkennenden Richter nicht beeinflussbare Umstände zur

nur einzelne Personen erfasst«. Nach richtiger Ansicht kommt es aber darauf an, aus welchem Grund der Zutritt verweigert wird und nicht darauf, dass er nur einzelne Personen umfasst. Auf Letzteres kann es schon deshalb nicht ankommen, weil auch das bewusste Aussieben einzelner »unliebsamer« Personen den Grundsatz der Öffentlichkeit verletzen kann (vgl idS *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 429; *Walter*, Gerichtsbarkeit 183).

1778 AA offenbar noch *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 471.

1779 Vgl zur alten Rechtslage *Fasching*, Lehrbuch² Rz 685 [»Minimum an Verstand«]; *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 429; *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 821 f.

1780 *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 171 ZPO Rz 6 f (auch bei Personen unter sieben Jahren). Gegenteilig vertritt *Schrägel* (in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 12), der § 171 ZPO einschränkend dahingehend auslegt, dass Minderjährige unter sieben Jahren generell nicht zuhören dürften. Freilich bietet er diesbezüglich keine Begründung an, die sich auf eine taugliche Auslegungsmethode stützen könnte, sondern beschränkt sich mit der Vermutung, dass das Gesetz »aber doch nicht dahin verstanden werden (kann), es wolle Eltern die Mitnahme von Kleinkindern, für die sie keinen Pflegeplatz während ihres Zuhörens finden können, die Möglichkeit bieten, sie zu Gerichtsverhandlungen mitzubringen«. Diese These ablehnend *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 102.

1781 Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 31; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 171 ZPO Rz 1; *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 637.

1782 9 ObA 120/89 EvBl 1989/145; zust *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 19 Rz 14 und *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 477 ZPO Rz 35.

Verletzung des Grundrechts der Öffentlichkeit (und damit zur Nichtigkeit) führen können. Bereits *Neuwirth* (in *Fasching*¹⁷⁸³ II 822) führte hier als Beispiel an, dass die Verwaltung aus politischen Gründen (gezielt) den Zutritt zu einer öffentlichen Verhandlung durch Absperrmaßnahmen verhindert. Derartige wurde im Anlassfall für eine Nachtsperre verneint: »[d]ie bei allen in den Abendstunden nicht mehr regelmäßig benützten Gebäuden der öffentlichen Verwaltung nach Maßgabe des ordentlichen Betriebes durch den zuständigen Hausverwalter angeordnete Sperre aller Zugänge ist eine übliche, sachlich gerechtfertigte Sicherungsmaßnahme ist, die keinesfalls darauf abzielt, nach § 171 Abs 2 ZPO an sich Zutrittsberechtigten Personen die Teilnahme an einer Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu verweigern.« *A. Burgstaller* sieht die Entscheidung kritisch und vertritt die Ansicht, dass in der Entscheidung die grundsätzlichen Anforderungen an Gericht und Justizverwaltung mit Hinblick auf Art 6 EMRK »etwas zu wohlwollend interpretiert wurden.«¹⁷⁸⁴ Dem ist zuzustimmen. Die Entscheidung blendet aus, dass der Justizverwaltung bei der Bereitstellung der (personellen und sachlichen) Ressourcen für das Zivilverfahren eine der Rechtsprechung dienende Funktion zukommt und ihr Handeln in diesem Zusammenhang der Rechtsprechung zuzuordnen ist (vergleichbar etwa mit der Post bei der Zustellung von Gerichtsentscheidungen). Daraus lässt sich aber eine Obliegenheit des Verhandlungsrichters ableiten, die Unterstützung der Justizverwaltung aktiv anzufordern, wenn der ungehinderte Zutritt zur Verhandlung – eben nach Eintritt der Nachtsperre – fraglich ist. Das Gericht muss somit hinreichende Vorkehrungen veranlassen, um potentiellen Zuhörern während der gesamten Dauer der Verhandlung den Zutritt zum Verhandlungssaal zu ermöglichen,¹⁷⁸⁴ was auch der jüngeren Rechtsprechung des EGMR entspricht, wonach »effective access« gewährleistet sein muss.¹⁷⁸⁵ Es liegt hier keine *immanente Beschränkung der Volksöffentlichkeit* vor, sondern vielmehr ein davon zu trennender *faktischer Ausschluss*, der zur Nichtigkeit des Verfahrens führen kann, sofern Zuhörer dadurch *in concreto* gehindert waren, an der Verhandlung teilzunehmen (wenn also tatsächlich Zuhörer vorhanden gewesen wären) und dies dem untätigen Gericht erkennbar war. Die zu veranlassenden Maßnahmen betreffen zB den Zugang zum Gerichtsgebäude, auch wenn dieser von der Justizverwaltung zu organisieren ist. Selbst wenn ein faktischer Ausschluss nicht sofort behoben werden kann oder außerhalb des direkten Einflusses des Gerichts steht, trifft dieses eine Handlungspflicht, etwa wenn der Öffentlichkeit (oder Teilen davon) die Teilnahme durch Dritte (zB Demonstranten) unmöglich gemacht wird. Einem derartigen (erkennbaren!) faktischen Ausschluss muss das Gericht dahingehend begegnen, dass es erforderlichenfalls Unterstützung bei der Justizverwaltung oder den Sicherheitskräften anfordert bzw die Verhandlung notfalls abberaunt,¹⁷⁸⁶ zumal es aus der Sicht der EMRK nur darauf ankommt, ob von Seiten des Staats geeignete Maßnahmen getroffen werden, den Zugang der Öffentlichkeit

1783 *A. Burgstaller* in *Praktisches Zivilprozessrecht* I⁶ 103.

1784 In diesem Sinn für das Strafverfahren: *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 229 Rz 10 auch unter Hinweis auf die Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0117048 [T2, T3]). Vgl 14 Os 27/14y oder 13 Os 85/15x [»Durch die Vorgangsweise des Gerichts, am Eingangstor des Gerichtsgebäudes eine Information anzubringen, wonach durch Wählen einer dort angegebenen Telefonnummer Eingang ins Gerichtsgebäude erwirkt werden könne, wurden ausreichende Anordnungen getroffen.«].

1785 EGMR 14.11.2000, 35115/97, *Riepan/Österreich*, Rn 29. Vgl auch EGMR 13.4.2014, 27455/06, *Starokadomskiy/Russland*.

1786 Vgl auch *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 85.

sicherzustellen,¹⁷⁸⁷ ohne dass dabei unterschieden wird, ob dafür das Gericht, die Justizverwaltung oder sonstige Behörden verantwortlich wären.

Verzögerungen durch Kontrollen schränken das Öffentlichkeitsgebot idR nicht ein. So reicht nach Ansicht des EGMR der bloße Umstand, dass sich ein Anwalt einer Sicherheitskontrolle unterziehen muss, bevor er im Rahmen eines Gerichtsverfahrens (hier: Disziplinarverfahrens) Zugang zu Informationen erhält, welche die Staatssicherheit betreffen, für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffenlosigkeit oder der Fairness des Verfahrens noch nicht aus.¹⁷⁸⁸

- 521 Aufgrund der *immanenten Beschränkungen* ist Volksöffentlichkeit somit dahingehend zu definieren, dass sie die freie Zugänglichkeit der Verhandlung nach Maßgabe äußerer Umstände (räumliche Verhältnisse) für die am Verfahren nicht beteiligten Personen bedeutet, die nicht durch § 171 Abs 2, § 339 Abs 2 Satz 1 ZPO oder Maßnahmen der Sitzungspolizei ausgeschlossen sind.¹⁷⁸⁹ Der Allgemeinheit werden natürlich *Grenzen* gesetzt, sodass nicht *jedermann* Zutritt haben kann. Wegen diesen immanenten Beschränkungen haben somit (nur) Teile der Allgemeinheit Zutritt zur Verhandlung, ohne dass diese (personellen) Beschränkungen in einem Zusammenhang mit dem konkreten Prozessgegenstand stehen müssten.¹⁷⁹⁰ Ein auf den konkreten Verfahrensgegenstand gestützter Ausschluss der Öffentlichkeit liegt somit nicht vor. Hingegen nehmen die sich aus Art 6 EMRK oder § 172 ZPO ergebenden Ausschlussgründe stets Bezug auf die konkrete Verhandlung bzw den (durch die Öffentlichkeit gefährdeten) Verfahrensstoff. Ein Ausschluss der Öffentlichkeit wegen zu schützender *Unternehmensgeheimnisse* zählt jedenfalls *nicht* zu den *immanenten Beschränkungen* des Zutritts der Allgemeinheit wegen verfahrensfremder Umstände, weil beim Schutz von Unternehmensgeheimnissen immer auf den konkreten Verfahrensgegenstand Bezug genommen werden muss. Bei der hier zu prüfenden Problematik kommt es gerade darauf an, dass *Unternehmensgeheimnisse geschützt* in das Verfahren *eingbracht* und dort *verwertet* werden können. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die verfassungs- und einfachgesetzlichen Vorgaben ein derartig geschütztes Einführen in den Prozess ermöglichen.

1787 Vgl EGMR 14.11.2000, 35115/97, *Riepan/Österreich*, Rn 29.

1788 EGMR 17.12.2013, 20688/04, *Nikolova und Vandova/Bulgarien*.

1789 *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 184.

1790 Eine Sonderstellung nimmt hier § 339 Abs 2 ZPO ein, wonach Zeugen einzeln in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen sind. Bei § 339 Abs 2 ZPO handelt sich nicht um eine immanente Beschränkung der Volksöffentlichkeit, die mit dem eigentlichen Verfahrensstoff nichts zu tun hat. Auch in einem solchen Fall muss aber nicht eigens geprüft werden, ob die Voraussetzungen des § 172 ZPO vorliegen. Vielmehr ist der Zeuge als Beweismittel hier nicht Teil der Öffentlichkeit, sodass diese mit § 339 Abs 2 ZPO auch nicht (partiell) ausgeschlossen wird. Entsprechendes gilt zwar für Sachverständige (§ 367 ZPO), wenngleich es in der Regel geboten ist, den Sachverständigen an jenem Teil des Beweisverfahrens teilhaben zu lassen, auf dessen Ergebnisse er sein Gutachten stützen wird. In diesem Sinn bereits die Fragenbeantwortung des Justizministeriums zu § 171 ZPO (Verordnung des Justizministeriums vom 3.12.1897 JMVB1 1897/44, 37) und *Neumann*, Kommentar⁴ II, 766.

B. Ratio Legis der Öffentlichkeit

Die Frage, ob die Volksöffentlichkeit (auch) wegen eines Unternehmensgeheimnisses im Sinne des von der hM herausgearbeiteten (vgl unten Rz 538) Kriterienkatalogs (*anerkanntes Ziel, Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit*) eingeschränkt werden kann, hängt zunächst maßgebend davon ab,¹⁷⁹¹ welcher Zweck dem Gebot der Volksöffentlichkeit und dessen Ausnahmen zukommt, weshalb zunächst diese Thematik beleuchtet werden soll.

Im Wesentlichen lässt sich die Volksöffentlichkeit auf zwei Grundlinien zurückführen. Zum einen soll die unmittelbare Öffentlichkeit im Verhandlungssaal bzw die mittelbar über die Medien informierte Öffentlichkeit das Gericht und das Verfahren beobachten und damit kontrollieren bzw am Verfahren mitwirken. Rechtsprechung und Schrifttum betrachten die Volksöffentlichkeit in diesem Zusammenhang als historische Absage der (gemeinrechtlichen)^{1792, 1793} »Geheim- und Kabinettsjustiz«¹⁷⁹⁴ und damit – in Umsetzung einer Forderung des Liberalismus¹⁷⁹⁵ (bzw früherer Ideen der Aufklärung)¹⁷⁹⁶ – als Mittel zur Kontrolle,¹⁷⁹⁷ die die Transparenz der Gerichtsbarkeit,¹⁷⁹⁸ die Stärkung des Vertrauens in die Rechtsprechung,¹⁷⁹⁹

1791 Zutreffend *Sutter/Urtz* in FS-Ritz 321.

1792 *Pollak*, ZPR² 449.

1793 Seit dem Ende des Mittelalters fand Rechtsprechung im Wesentlichen unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Vgl *Khakzadeh-Leiler* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 90 B-VG Rz 2 mwN.

1794 EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 26; EGMR 14.11.2000, 35115/97, *Riepan/Österreich* = ÖJZ-MRK 2001/11; *Adamovic*, RZ 2004, 168; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 682; *Fasching*, Prozessprinzipien 57; *Holzhammer*, Zivilprozessrecht³ 132; *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 429; *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*⁴ Art 6 EMRK Rz 183; *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 816; *Peukert* in *Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 187; *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 1; *Wolff*, Grundriss² 270. Vgl zB ausdrücklich § 132 des freilich nie in Kraft getretene Kremsierer Verfassungsentwurfs: »Cabinets- und Ministerial-Justiz ist unstatthaft«.

1795 ErläutAB 359 Blg 17. GP 39 zum Strafrechtsänderungsgesetz 1987. Vgl *Birklbauer*, JSt 2009, 110; *Walter*, Gerichtsbarkeit 182.

1796 Vgl den Überblick bei *Khakzadeh-Leiler* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 90 B-VG Rz 2 mwN, die auch auf die Forderungen von *Beccaria* und *Kant* verweist. Vgl auch *Malmström*, Schutz 108.

1797 EGMR 26.9.1995, 18160/91, *Diennet/Frankreich*; RIS-Justiz RS0098350; A. *Burgstaller* in Praktisches Zivilprozessrecht I⁶ 100 [»soziale Kontrolle«]; *Horten* ZPO 651; *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 29; *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 428 [»Die Staatsmacht soll nämlich veranlasst werden, sich so zu verhalten, dass dieses Verhalten in der Öffentlichkeit gezeigt werden kann«]; *Neumann*, Kommentar⁴ II, 764; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 471; *Seiler*, JBl 1963, 81 f; *Walter*, Gerichtsbarkeit 182; *Walter* in *Schambeck* 476; aA – für den Bereich des Strafverfahrens – *Jahoda* (AnwBl 1980, 292) unter Hinweis auf den Umstand, dass die Öffentlichkeit im Ermittlungsverfahren ausgeschlossen ist und in der Hauptverhandlung nur die bisherigen Aussagen wiederholt würden.

1798 *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I 354 [»Zweck ist, dem Volke und der staatlichen Gesellschaft das Walten der Justiz zu zeigen«].

1799 EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 26; EGMR 26.9.1995, 18160/91, *Diennet/Frankreich*; EGMR 14.11.2000, 35115/97, *Riepan/Österreich* = ÖJZ-MRK 2001/11; EGMR 24.4.2001, 36337/97 und 35974/97, *B und P/Großbritannien*, Rn 36 = ÖJZ-MRK 2002/24; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 682; *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 30; *Friedmann*, Geheime Verhandlungen 2; *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 636; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 471; *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I 354

die Sicherung ihrer Unabhängigkeit,¹⁸⁰⁰ ihrer Objektivität und Überprüfbarkeit,¹⁸⁰¹ die Steigerung ihrer Qualität,¹⁸⁰² die Verfahrensökonomie,¹⁸⁰³ die Garantie der demokratischen Rechtspflege¹⁸⁰⁴ bzw die demokratische Mitwirkung der Bevölkerung an der Rechtsprechung¹⁸⁰⁵ und den Schutz vor Willkür¹⁸⁰⁶ sicherstellen soll. Die auf den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit beruhende Kontrollfunktion der Öffentlichkeit¹⁸⁰⁷ betrifft in erster Linie die verfassungspolitische Ausrichtung der Volksöffentlichkeit. Plastisch bezeichneten bereits *Klein/Engel* die Öffentlichkeit als »*politisches Requisite der Rechtssicherung und der Unabhängigkeit der Rechtsprechung*«. ¹⁸⁰⁸

524

Zum anderen ist aber die konkrete Wirkung der Öffentlichkeit auf das jeweilige Verfahren hervorzuheben. Die Frage, ob sich der Grundsatz der Volksöffentlichkeit zwingend positiv auf das Anlassverfahren auswirkt, ist vom oben geschilderten rechtsstaatlichen Normzweck für die Wahrung einer unabhängigen und qualitätsvollen Rechtsprechung zu trennen. Sie ist vielmehr vom subjektiven Anspruch der Parteien auf Volksöffentlichkeit geprägt, der nach der ZPO mit Nichtigkeitssanktion abgesichert ist und dazu beitragen soll, dass die Volksöffentlichkeit sich nicht nur allgemein auf den Rechtsstaat positiv auswirkt bzw diesen absichert, sondern

[»Zweck ist, [...] der Allgemeinheit Gelegenheit zu geben, dass sie sich überzeuge, ob die Rechtspflege eine gerechte sei, den Gesetzen entsprechend und unparteilich für alle Bürger des Staates«].

In diesem Sinn bereits von *Feuerbach* [Öffentlichkeit 90: »Daher werden, in dem Maas in welchem die Gerechtigkeit ihr Thun verbirgt, Ehrfurcht und Vertrauen von ihr weichen, wogegen alle die böartigen Geister, welche eigentlich nur in das Gefolge der Ungerechtigkeit und der willkürlichen Gewalt gehören, – Furcht und Verachtung, lauerndes Misstrauen, schleichender Groll – auch ihren Sitz umlagern werden.«].

1800 *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 471. In der Tat stärkt die Öffentlichkeit schon deshalb die Unabhängigkeit der Rechtsprechung, weil durch die Offenlegung der Entscheidungsgrundlagen eine unsachliche (auch politische) Entscheidung erschwert wird.

1801 *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 636.

1802 *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 30 [»soll [...] auch zur besseren Verständlichkeit des Prozesses beitragen, indem sie den Richter veranlasst, in einfacher, klarer und verständlicher Rede zu verhandeln und die Entscheidung ebenso zu begründen«]. Ähnlich auch der OGH in Strafsachen zB zu 11 Os 25/93, wonach die Öffentlichkeit ua durch ihre Kontrollfunktion und Präventivfunktion das Verantwortungsbewusstsein der Rechtspflegeorgane stärken soll und damit dem Ansehen der Rechtsprechung dient. Vgl bereits auch *Kloeppe*, JW 1914, 223 [»Dieses gemeinsame Interesse des Staates und der Parteien [an der Öffentlichkeit, Anm] ist kein unmittelbares, sondern liegt darin, dass man von der Öffentlichkeit einen förderlichen Einfluss auf die Güte des Verfahrens erwartet.«].

1803 Vor allem *Klein* (Vorlesungen 11f) hebt den verfahrensökonomischen Effekt der Volksöffentlichkeit hervor, weil sich dadurch »*die Prozesssitten erfreulich gebessert haben*«, was auch zur Abnahme von Streitigkeiten geführt hätte.

1804 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 682.

1805 *Morscher*, ZÖR 31 (1980) 52 (wonach der Rechtsstaat und die Demokratie der Öffentlichkeit bedürfen); *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 65 [»*demokratische Funktion der Öffentlichkeit der Rechtssprechung*«]; *Walter*, Gerichtsbarkeit 183 (wonach jeder einzelne zur Kontrolle und so auch zur Mitwirkung berufen sei).

1806 *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 77.

1807 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 29.

1808 *Klein/Engel*, Zivilprozess 310.

auch im jeweiligen Verfahren die *Findung der Wahrheit* und damit die *Umsetzung des materiellen Rechts* bestmöglich fördert. Es greift aber zu kurz, die Volksöffentlichkeit in diesem Zusammenhang *nur* als Mittel zum Zweck (= richtige Entscheidung im Anlassfall) zu betrachten.

In diese Richtung geht die Ansicht von *Matscher*,¹⁸⁰⁹ dessen Ausführungen sich auf die Entscheidung im konkreten Verfahren beziehen, wonach die Transparenz der Entscheidungsfindung »*letztlich nur der Sicherung des Anspruchs auf faires Verfahren und korrekte Entscheidung [dient]*« und der betont, dass die Öffentlichkeit kein Selbstzweck sei.¹⁸¹⁰ Auch *Adamovic*, der die Volksöffentlichkeit primär als historische Absage an die Kabinettsjustiz auffasst, betont, dass die Volksöffentlichkeit (diesbezüglich) »*kein selbständiger Wert*« sei, dem die Wahrheitsfindung geopfert werden müsste, wobei er auf ein bekanntes Diktum aus der Bibel zurückgreift (*»Der Sabbat ist für den Menschen da, nicht der Mensch für den Sabbat«*).¹⁸¹¹ *Sengtschmid* schließt an die Ausführungen *Matschers* an und betont auch, dass die Öffentlichkeit nicht Selbstzweck sei, sondern dazu beitragen soll, den Parteien ein faires Verfahren zu gewährleisten, weil »*trotz des Publizitätsprinzips das Verfahren für die Parteien und nicht für die Allgemeinheit durchgeführt wird*«. ¹⁸¹² An anderer Stelle seiner Ausführungen zur Volksöffentlichkeit relativiert er diesen (nur) auf die Parteien fokussierten Zweck der Öffentlichkeit allerdings, wenn er etwa die Zulässigkeit eines beidseitigen Verzichts wegen der drohenden Beeinträchtigung »*der auch im öffentlichen Interesse liegenden Zwecke des Publizitätsgrundsatzes*« verneint¹⁸¹³ oder auf die »*demokratische Funktion der Öffentlichkeit der Rechtsprechung*« hinweist.¹⁸¹⁴ Auch *Parzmayr* betont, dass die Öffentlichkeit keinen Selbstzweck darstellt, sondern ein faires Verfahren für die Prozessparteien sichern soll. Sie sei also kein selbständiger Wert, dem die Wahrheitsfindung oder andere Rechtsgüter geopfert werden müssten, was bei Auslegung einzelner Ausschlussgründe mitzubedenken sei.¹⁸¹⁵

Es muss davor gewarnt werden, den rechtsstaatlichen Sinn der Volksöffentlichkeit (insb ihren Kontrollzweck) als bloß historische Reminiszenz zu betrachten oder dadurch gering zu schätzen, dass dieser nur als *Mittel zum Zweck* anzusehen sei und der *Wahrheitsfindung* nicht im Wege stehen dürfe. Der Grundsatz der Öffentlichkeit ist nach richtiger Ansicht für die Justiz in einer demokratischen Gesellschaft »*eines der*

525

1809 ZÖR 31 (1980) 34. Ihm folgend *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 5.

1810 Ähnlich auch bereits *Friedmann*, *Geheime Verhandlungen* 3, wonach die Volksöffentlichkeit die Einhaltung verfahrensrechtlicher Bestimmungen fördert, die eine gerechte meritorische Entscheidung garantieren sollen. 120 Jahre nach diesem Zitat formuliert es *Valerius* ähnlich: »*Mit der Öffentlichkeit geht auch eine Objektivierung der Verfahrensgestaltung einher, die letzten Endes wiederum dem Gebot des fairen Verfahrens und somit dem Schutz der Verfahrensbeteiligten dient.*« (*Valerius* in *BeckOK StPO Art 6 EMRK Rz 18*).

1811 Ihm folgend *Zimmermann*, *RZ* 2015, 201.

1812 *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 5.

1813 *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 94.

1814 *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 65.

1815 *Parzmayr*, *ÖJZ* 2016, 638.

wesentlichen Prinzipien des modernen Rechtsstaats«, ¹⁸¹⁶ eine »grundlegende Einrichtung des Rechtsstaats« ¹⁸¹⁷ bzw ein »schlechthin unverzichtbares« Element, ¹⁸¹⁸ das ein faires Verfahren gerade sichert, ¹⁸¹⁹ worauf vom EGMR in ständiger Rechtsprechung wie folgt zutreffend hingewiesen wird, der damit beide aufgezeigte Normzwecke kombiniert: ¹⁸²⁰ »The public character of proceedings before the judicial bodies referred to in Article 6 para. 1 (art. 6-1) protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts, superior and inferior, can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 para. 1 (art. 6-1), namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention.«

526 Es ist nicht zu bestreiten, dass der Zweck der Volksöffentlichkeit neben ihrem *allgemeinen Wert* für den Rechtsstaat darin liegen muss, zu einem richtigen Ergebnis für den *konkreten Zivilprozess* beizutragen. ¹⁸²¹ Wenngleich der allgemeine (rechtsstaatliche) Aspekt somit nicht von der Förderung eines richtigen Verfahrensergebnisses im Anlassfall abgekoppelt werden soll, handelt es sich doch um zwei unterschiedliche Normzwecke, ¹⁸²² die nicht gegeneinander »ausgespielt« werden sollten, zumal die rechtsstaatliche Komponente der Volksöffentlichkeit (Kontrolle des Volkes) an sich nicht im Widerspruch zur Wahrheitsförderung stehen muss. Im Gegenteil. Es gehört gerade zum Zweck der Volksöffentlichkeit, im Anlassfall durch ihre *Kontrollfunktion* zur *Wahrheitsfindung* im konkreten Verfahren beizutragen. ¹⁸²³

Es ist dabei freilich nicht zu verkennen, dass die tatsächliche Kontrollmöglichkeit gerade in einem Zivilverfahren beschränkt ist. Ein durchschnittlicher Besucher eines Zivilprozesses wird wegen der möglichen bloßen Bezugnahme auf schriftliches Vorbringen (§ 177 Abs 2 ZPO) und der längeren Intervalle zwischen den einzelnen Tagsatzungen die Verfahrensergebnisse ohne besondere »Anleitung« kaum durch-

1816 *Tubis*, NJW 2010, 415.

1817 *Malmström*, Schutz 109; BVerfGE 103, 44, 63.

1818 Zutreffend *Prütting*, ZZZ 106 (1993) 467. Auch nach *Pollak* (ZPR² 449f) überwiegt der Nutzen der Öffentlichkeit durch das mit ihr verbundene Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtspflege die Nachteile der Öffentlichkeit.

1819 *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 429.

1820 Vgl etwa EGMR 8.12.1983, 8273/78, *Axen/Deutschland*, Rn 25; EGMR 8.12.1983, 7984/77, *Pretto ua/Italien*, Rn 21; EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 26; EGMR 26.9.1995, 18160/91, *Diennet/Frankreich*, Rn 33; EGMR 24.4.2001, 36337/97 und 35974/97, *B und P/Großbritannien*, Rn 36 = ÖJZ-MRK 2002/24; EGMR 8.2.2000, 35396/97, *Stefanelli/San Marino*, Rn 19; EGMR 12.7.2001, 33071/96, *Malhous/Tschechien*, Rn 55; EGMR 5.9.2002, 42057/98, *Speil/Österreich*; EGMR 21.9.2006, 12643/02, *Moser/Österreich*, Rn 93 = ÖJZ-MRK 2007/10.

1821 *Kloppel*, JW 1914, 223; *Matscher*, ZÖR 31 (1980) 34.

1822 Vgl in diesem Sinn die Ausführungen von *Nowak/Schwaighofer*, EuGRZ 1985, 728, die den »politischen Gehalt« vom »Wahrheitskriterium« trennen.

1823 Zu streng allerdings *Kloppel* (JW 1914, 223; zur damaligen deutschen Rechtslage), wonach der Ausschluss der Öffentlichkeit niemals deshalb gefordert werden könne, weil die geheime Untersuchung mehr Erfolg verspreche als die öffentliche.

schaun können.¹⁸²⁴ Verschärft wird dieser Umstand dadurch, dass den Zusehern in einem österreichischen Zivilprozess das Verfahrensergebnis mangels öffentlicher Verkündung in der Regel verborgen bleibt, sodass die Ausübung der Kontrolle weitgehend relativiert ist. Der Aspekt der bloß schriftlichen Urteilsausfertigung steht im Spannungsfeld zur neueren Rechtsprechung des EGMR,¹⁸²⁵ wonach sogar die bloße Verkündung des Urteilstenors trotz anschließender Zustellung des Urteils mit Begründung an die Parteien dem Öffentlichkeitsgrundsatz widerspricht, wenn die Zuseher nicht die Möglichkeit haben, sich das Urteil ohne Nachweis eines Interesses zu beschaffen (dazu unten).

Dessen ungeachtet darf ein potentieller wahrheitsfördernder Aspekt der Kontrollfunktion der Öffentlichkeit nicht gänzlich ausgeblendet werden, wenngleich er in erster Linie eher präventiv zur Geltung kommen wird. Der sich beobachtend führende Richter wird tendenziell anders agieren als ein Richter, der ohne Publikum verhandelt.

Bereits die Materialien zur ZPO heben den zentralen Wert der Öffentlichkeit für die Wahrheitsfindung hervor, indem darin etwa darauf hingewiesen wird, dass die Verhandlung »durch die Öffentlichkeit« an Wahrhaftigkeit gewinnen soll.¹⁸²⁶ 527

Die Öffentlichkeit überwacht nämlich nicht nur die Richter bei der Ausübung der Gerichtsbarkeit an sich, sondern bewirkt zusätzlich eine Kontrolle im Beweisverfahren, wodurch das Risiko von Falschaussagen minimiert wird. Allein der Umstand, dass die bei einer Vernehmung anwesenden Zuseher¹⁸²⁷ Kenntnis vom Beweisthema haben könnten, wird die wahrheitsgemäße Darstellung eines Zeugen oder einer Partei in der Regel eher fördern als bei einer Einvernahme »im stillen Kämmerchen«.¹⁸²⁸ Eine »unter verstärkter Beobachtung« einvernommene Person wird schon von sich aus der Wahrheit wohl eher zugeneigt sein, zumal sie damit rechnen muss, dass Zuhörer bei falschen, unvollständigen oder missverständlichen Aussagen auf die unrichtigen Angaben hinweisen könnten.¹⁸²⁹ Schließlich ist nicht auszuschließen, dass sich weitere potentielle Zeugen melden, wenn sie Kenntnis von einem Verfahren und den dazu aufgenommenen Beweisen haben.¹⁸³⁰ 528

1824 Schragel in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 4.

1825 EGMR 17.1.2008, 14810/02, *Biryukov/Russland*, Rn 37.

1826 Mat I 257. Vgl auch *Horten* ZPO 651; *Neumann*, Kommentar⁴ I 764.

1827 Zu beachten ist freilich § 339 Abs 2 ZPO.

1828 Vgl *Friedmann*, *Geheime Verhandlungen* 1; *Neumann*, Kommentar⁴ I 764.

1829 Der hier vertretene verfahrenspsychologische Ansatz, dass bei Aussagen eine »verstärkte« Beobachtung wahrheitsfördernd wirken kann, findet sich auch in anderen Bereichen des Beweisverfahrens. Dazu gehört etwa die Gegenüberstellung von Zeugen, deren Aussage abweicht (§ 339 Abs 4 ZPO). Auch der Parteiöffentlichkeit liegt (neben ihrer gehörwahrenden Komponente) die Idee zugrunde, dass damit die Wahrheit gefördert werden kann (»sechs Augen sehen mehr als zwei«), was auch durch das Fragerecht an die zu vernehmenden Personen zum Ausdruck kommt.

1830 Vgl bereits *Friedmann*, *Geheime Verhandlungen* 1. Siehe auch *Neuwirth* in *Fasching*⁷ II, 821: »Es ist selbstverständlich, dass Zuhörer, die in Kenntnis des wahren Sachverhalts sind, unwahre Angaben der Parteien und der Zeugen, [...] aufzeigen [...], für die wahrheitsgemäße Erforschung des Sachverhalts sorgen. [...] es ist auch nicht ausgeschlossen, dass ein Zuhörer noch während der mündlichen Verhand-

Der wahrheitsfördernde Zweck¹⁸³¹ der Öffentlichkeit bedeutet freilich nicht, dass durch diese Falschaussagen kategorisch ausgeschlossen sind und mit der Öffentlichkeit quasi eine Richtigkeitsgewähr verbunden ist.

In diese Richtung geht die empirisch geprägte Kritik an der Volksöffentlichkeit im österreichischen Zivilprozess, die tatsächlichen Erfahrungen in der Gerichtspraxis hätten den wahrheitsfördernden Zweck widerlegt. Vgl die bereits 1908 geäußerte Kritik von *Coulon*, wonach »uns die raue Wirklichkeit gelehrt hat, dass [...] es hartgesottene Ehrenmänner und -weiber gibt, die selbst die ›Scheu vor der Öffentlichkeit‹ glücklich überwunden haben.«¹⁸³² Ähnlich *Gebauer* im Jahr 1959: »Diese Ansicht [nämlich der wahrheitsfördernde Aspekt, Anm] wird durch die Tatsache widerlegt, dass trotz öffentlichen Verhandlungen und den dort anwesenden Zuhörern vor den Richterischen von Parteien und Zeugen noch oft genug tonnenweise Lügen abgelagert werden.«¹⁸³³

Mit diesen Argumenten kann der Zweck der Öffentlichkeit (bzw ihr Umfang) wohl rechtspolitisch hinterfragt werden. Die Hinweise auf die Praxis sind freilich nicht geeignet, den beschriebenen wahrheitsfördernden Gesetzeszweck der Volksöffentlichkeit methodisch zu widerlegen. Es geht hier gerade nicht um die Frage, ob die Volksöffentlichkeit konkret ein Erfolgsmodell wurde, sondern um die Frage nach dem eigentlichen Normzweck, der zur Auslegung der Ausschlussnormen heranzuziehen ist. Die auf tatsächliche Beobachtungen der Gerichtspraxis fußenden Erwägungen vermögen die wahrheitsfördernde Wirkung einer öffentlichen Verhandlung schon deshalb nicht zu widerlegen, weil die genannten Autoren keinen Vergleich mit Verhandlungen *ohne* Öffentlichkeit angestellt haben und nicht behauptet oder nachgewiesen haben, dass die Anzahl der Falschaussagen völlig unabhängig davon sei, ob Publikum anwesend ist. Die bei Prüfung des Ausschlusses der Öffentlichkeit wichtige Frage nach dem Zweck der Volksöffentlichkeit kann daher nicht mit dem Hinweis relativiert werden, dass sich der historische Gesetzgeber (hier jener der ZPO) bei ihrer Bedeutung quasi geirrt habe.¹⁸³⁴

Auch der Einwand, dass Zivilprozesse in aller Regel von der Öffentlichkeit nicht besucht werden,¹⁸³⁵ hat bei der Prüfung des Normzwecks der Öffentlichkeit und

lung und im Verhandlungssaal auf die Unzukömmlichkeiten hinweist und zur richtigen Feststellung des Sachverhalts [...] dadurch beiträgt.«

1831 Dieser wahrheitsfördernde Zweck der Öffentlichkeit wird von *Jahoda* (AnwBl 1980, 291 [292]) – für den Bereich des Strafverfahrens – radikal abgelehnt. Der Autor geht dabei davon aus, dass die Vernehmung des Beschuldigten und der Zeugen in Anwesenheit der Öffentlichkeit der Wahrheitsfindung »keineswegs förderlich«, sondern im Gegenteil »höchst abträglich« sei. Die apodiktischen Ausführungen lassen eine ausgewogene Argumentation vermissen. Wenngleich davon auszugehen ist, dass die Volksöffentlichkeit für die Wahrheitsermittlung *kontraproduktiv sein kann*, ist zu bezweifeln, dass dies unabhängig von der konkreten verfahrensrechtlichen Situation stets zu bejahen ist.

1832 *Coulon*, Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter 1 (1908) Heft 7, 2.

1833 *Gebauer*, JBl 1959, 150.

1834 Vgl den Hinweis von *Simotta* (in FS-Matscher 453) auf die »negativen Erfahrungen mit der Volksöffentlichkeit«, wonach sich schon bald nach Einführung der Öffentlichkeit im Zivilprozess herausgestellt habe, »dass nicht all das, was man sich von der Öffentlichkeit des Verfahrens erwartet hatte, erreicht wurde«.

1835 *Kloepfel*, JW 1914, 224; *Neuwirth* in *Fasching* II, 816; *Simotta* in FS-Matscher 453. Siehe aber auch jüngst die Feststellung von *Parzmayr* (ÖJZ 2016, 636), dass »Zivilverfahren, die unter reger Beteiligung der Öffentlichkeit geführt werden, keineswegs eine Seltenheit [sind].«

des Ausschlusses keine Relevanz, weil das Gericht grundsätzlich vor einer Entscheidung über einen Ausschluss immer in Erwägung ziehen muss, dass die Verhandlung von der Öffentlichkeit besucht werden könnte. Eine Ablehnung des Ausschlusses kann daher nicht bloß darauf gestützt werden, dass ohnedies keine Zuseher anwesend sind, weil mit deren Erscheinen stets gerechnet werden muss.¹⁸³⁶

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass der Grundsatz der Volksöffentlichkeit neben dem rechtsstaatlichen (*»politischen«*¹⁸³⁷) Aspekt darauf gerichtet ist, die *Wahrheitsfindung* im konkreten Verfahren zu fördern. 529

Davon zu unterscheiden ist der (von den Schöpfern der EMRK und der ZPO erkannte) Umstand, dass die Wahrheitsfindung durch die *Öffentlichkeit* auch blockiert werden kann, diese somit *kontraproduktiv* wäre.¹⁸³⁸ Insoweit erweist sich die Öffentlichkeit als janusköpfig.¹⁸³⁹ In vielen Fällen wird nämlich gerade die Öffentlichkeit (auch die Beteiligung der Medien)¹⁸⁴⁰ die Prozessbeteiligten und die Zeugen daran hindern, den Sachverhalt *»offen und unbefangen darzustellen«*.¹⁸⁴¹ Damit das Gericht die Entscheidungsgrundlagen umfassend erheben kann, ist es wichtig, dass sich die Parteien und Zeugen *»frei fühlen, sich frei über höchstpersönliche Fragen zu äußern, ohne Angst vor Neugier oder Bemerkungen durch die Öffentlichkeit«*.¹⁸⁴² Das trifft nicht nur auf das eigentliche Beweisverfahren, sondern auch auf das erforderliche Parteivorbringen zu, wenn aus dem bisherigen Vorbringen erkennbar wird, *»dass eine erschöpfende Erörterung des Sachverhalts in aller Öffentlichkeit nicht erwartet werden kann«*.¹⁸⁴³ Nur insoweit die Volksöffentlichkeit nicht geeignet ist, die materielle Wahrheit zu fördern, wenn die Öffentlichkeit in diesem Sinne also 530

1836 Davon zu unterscheiden ist der Umstand, dass eine Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 7 ZPO nur dann vorliegt, wenn bei Unterbleiben des Ausschlusses auch Zuhörer an der Verhandlung teilgenommen hätten. Zutreffend *Schragel in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 173 ZPO Rz 4, wonach die Ausschließung der Öffentlichkeit tatsächlich stattgefunden haben müsse, *»dh potentielle Zuhörer vom Verhandlungsort entfernt wurden.«* Letzteres ist freilich dahingehend zu ergänzen, dass der geforderte tatsächliche Ausschluss auch dann vorliegt, wenn potentielle Zuhörer (später) keinen Zutritt finden.

1837 *Khakzadeh-Leiler* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 90 B-VG Rz 2 spricht davon, dass die Öffentlichkeit geradezu ein politisches Programm verkörpert, was sich speziell in der verfassungsrechtlichen Absicherung manifestiere.

1838 *Fasching in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 30; *Neumann*, Kommentar⁴ I 764.

1839 Das Bild vom Januskopf gebrauchte bereits *Alber* (Öffentlichkeit, 14) im Zusammenhang mit der Rolle der Medien (*»mittelbare Öffentlichkeit«*), wonach die Öffentlichkeit freundlich lächle, wenn sie Kabinettsjustiz verhindert, und frech grinse, wenn sie Massenjustiz zulässt.

1840 *Schragel in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 4; *Sengstschmid in Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 6.

1841 *Schragel in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 4. Ähnlich auch *Friedmann*, Geheime Verhandlungen 9 [*»Daneben verdient aber doch gewiss auch die Rücksicht auf beteiligte Privatpersonen Beachtung, deren Schamhaftigkeit bei offenen Gerichtstüren empfindlicher verletzt würde, als in geheimer Verhandlung.«*].

1842 EGMR 24.4.2001, 36337/97 und 35974/97, *B und P/Großbritannien*, Rn 38 = ÖJZ-MRK 2002/24.

1843 *Neuwirth in Fasching*⁴ II, 825.

kontraproduktiv wäre,¹⁸⁴⁴ ist (mit den referierten kritischen Stimmen im Schrifttum) ein Ausschluss zu prüfen. Die Ausschlussgründe haben damit eine dienende Funktion für das Interesse an der gerichtlichen Wahrheitsfindung.¹⁸⁴⁵

Der bereits 1908 erhobenen (eher programmatischen) Forderung von *Coulon*,¹⁸⁴⁶ wonach »die Öffentlichkeit überall dort auszuschließen ist, wo sie mehr schadet als nützt«¹⁸⁴⁷ ist durchaus – auch aus der Sicht der EMRK – zuzustimmen, wenngleich die Schwierigkeit aber darin besteht, den konkreten Schaden zu gewichten und ihm dem Nutzen gegenüberzustellen, zumal sich der Nutzen der Öffentlichkeit nicht nur auf den konkreten Prozess (bzw die diesbezügliche »*beweisrechtliche Situation*«¹⁸⁴⁸) beschränkt, sondern insgesamt auf den Rechtsstaat ausstrahlt und der rechtspolitische Aspekt bei der Beurteilung des Nutzens mitzuberücksichtigen ist.

531 Auch die Materialien zur ZPO, die die Öffentlichkeit als Beitrag zur Wahrheitsförderung betrachten, erkennen bereits die wahrheitsblockierenden Elemente der Volksöffentlichkeit.¹⁸⁴⁹

Dort heißt es: »Die Öffentlichkeit der Verhandlung soll hienach in weiterem Umfang ausgeschlossen werden können, als zur Zeit im Bagatellverfahren zulässig ist [...] Die rechts- und prozesspolitischen Ziele und Zwecke des Öffentlichkeitsprinzips werden durch diese Neuerungen nicht in Frage gestellt; letztere sind vielmehr streng genommen nur eine Konsequenz des Öffentlichkeitsgrundsatzes, insofern sie die Öffentlichkeit verneinen, wo dieselbe ihre Zwecke nicht zu erfüllen vermag, jene Ziele gerade durch die Öffentlichkeit selbst gefährdet und vereitelt würden. Durch die Öffentlichkeit soll die Verhandlung an Ernst, das Anführen der Parteien und Zeugen an Wahrhaftigkeit gewinnen. Die durch Schikane und Unehrllichkeit herbeigeführten Störungen sollen mit Hilfe der Öffentlichkeit aus dem Prozess gebannt werden. Durch die Kontrolle, der sie die Verhandlungen und das gesamte prozesuale Vorbringen aussetzt, will die Öffentlichkeit die Sachverhaltsermittlung nach Kräften befördern. Daraus ergibt sich der Ausschluss der Öffentlichkeit für jene Fälle von selbst, in welchen sie statt zur Beförderung der Verhandlung zu deren Störung beitragen, die Sachverhaltsermittlung nicht leichter machen, sondern erschweren würde. Hier entbehrt die Öffentlichkeit ihrer inneren Rechtfertigung. Eine solche Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung durch die Öffentlichkeit der Verhandlung wird aber auch dann zu besorgen sein, wenn sich die Verhandlung ihrer Aufgabe nach auf Tatsachen des inneren Familienlebens erstrecken muss. Insb für die Parteien selbst bildet da die Öffentlichkeit ein starkes Hindernis der offenen, rückhaltslosen, ausführlichen Darlegung; aus begreiflicher Scheu, bisher unbekannt

1844 Die im Verhandlungssaal repräsentierte Öffentlichkeit bzw die mittelbare Öffentlichkeit (Medien) gefährdet das Verfahren. Siehe *Kühne*, NJW 1971, 226.

1845 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 100 (für den Ausschlussgrund für den Schutz des Privatlebens); aA *Kloepffel*, JW 1914, 223 [»[...] Ausschlussfälle beruhen auf Geheimhaltungsinteressen, die mit dem Verfahren selbst nichts zu tun haben. Die Geheimhaltung hat nicht den Zweck, die Wahrheitsermittlung zu fördern[...]«].

1846 *Coulon*, Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter 1 (1908) Heft 7, 3.

1847 IdS auch *Simotta* in FS-Matscher 461.

1848 IdS aber *Simotta* in FS-Matscher 461.

1849 Mat I 257.

gebliebene Umstände zu enthüllen, wird für ihre Sachverhaltserzählung manches wichtige Moment dunkel lassen, manches ganz übergehen oder doch nur andeuten, was das Gericht genau wissen sollte. Und selbst der ausdrücklichen Frage des Richters wird unter solchen Umständen die Sachverhaltsklarstellung oft nicht gelingen. Der Zweck der Verhandlungsöffentlichkeit schlägt hier völlig fehl; die Öffentlichkeit lähmt, wo sie unterstützen soll, sie hört auf rationell zu sein. Deshalb wird vorgeschlagen, auch bei einer solchen Sachlage ihre Ausschließung zu ermöglichen.«

C. Ausnahmen der öffentlichen Verhandlung nach Art 6 EMRK

Bevor zu prüfen ist, ob die *Prozessordnung* eine Ausschließung zum Schutz eines Unternehmensgeheimnisses ermöglicht, ist diese Frage nach der *Verfassungsnorm* des Art 6 EMRK zu klären. Anders als Art 90 B-VG, wonach Ausnahmen der Volksöffentlichkeit durch das Gesetz zu bestimmen sind, ohne dass vom B-VG Näheres determiniert wird, gibt Art 6 Abs 1 EMRK die Gründe für eine Ausschließung der Öffentlichkeit konkret vor. 532

Nach Art 6 EMRK kann die Öffentlichkeit (nur) wegen zu berücksichtigender Interessen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung, der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat, der Jugendlichen, zum Schutz des Privatlebens der Prozessparteien oder (»unter besonderen Umständen«) der Interessen der Rechtspflege (bzw der »Gerechtigkeit«¹⁸⁵⁰) ausgeschlossen werden. Im Wesentlichen lassen sich diese Ziele in öffentliche Interessen und in Interessen der Parteien (oder Dritter) unterteilen. Der Ausschluss wegen eines Unternehmensgeheimnisses könnte dabei entweder darauf gestützt werden, dass damit das »Privatleben der Prozessparteien« geschützt werden müsse oder die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde. 533

Dabei ist stets zu beachten, dass der referierte Katalog der Ausschlussgründe des Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK auch *ohne Gesetz* (und somit *abseits* der ZPO) vom Gericht unmittelbar anzuwenden ist.¹⁸⁵¹ Das folgt aus dem letzten Halbsatz von Art 6 Abs 1 EMRK, in dem davon die Rede ist, dass die Öffentlichkeit nur in dem »nach Auffassung des Gerichts« erforderlichen Umfang einzuschränken sei. Zudem sind die Ausschließungsgründe ausreichend bestimmt formuliert, ohne dass die EMRK in Art 6 – anders als an anderen Stellen (zB Art 8 Abs 2 oder Art 10 Abs 2 EMRK) – nach ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen verlangt.¹⁸⁵² 534

Nach dem von Österreich gemäß Art 57 EMRK dazu abgegebenen Gesetzesvorbehalt würden durch Art 6 EMRK die in Art 90 B-VG festgelegten Grundsätze 535

1850 Vgl den Begriff »justice« in der englischen und französischen Fassung.

1851 Grabenwarter in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 156; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 89; *Kühne*, NJW 1971, 225; *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 431 (mit irrtümlichem Hinweis auf Art 16 EMRK); *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 2.

1852 *Kühne*, NJW 1971, 225.

der Öffentlichkeit im gerichtlichen Verfahren nicht berührt. Der EGMR erkannte diesen Vorbehalt freilich aufgrund seiner allgemeinen und zu weiten Fassung für ungültig.¹⁸⁵³ Der Vorbehalt entspreche nicht den Voraussetzungen des Art 57 Abs 2 EMRK, weil er keine »kurze Inhaltsangabe« jenes Gesetzes enthalte, von dem gesagt wird, dass es nicht mit Art 6 EMRK übereinstimmt.¹⁸⁵⁴ Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs¹⁸⁵⁵ und des OGH¹⁸⁵⁶ hat ebenso wie die herrschende Lehre¹⁸⁵⁷ die Konsequenz aus dieser EGMR-Rechtsprechung gezogen und vertritt, dass *jede Einschränkung* der Öffentlichkeit stets im Einklang mit der EMRK stehen muss. In Teilen des Schrifttums¹⁸⁵⁸ und der Gerichtspraxis wird diesem Umstand nicht immer gebührend Rechnung getragen, wenn etwa die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Volksöffentlichkeit *ausschließlich* nach jeweiligem Verfahrensrecht geprüft werden.¹⁸⁵⁹ Das führt freilich dennoch in den meisten Fällen zum richtigen Ergebnis, weil die Ausschlussgründe des § 172 ZPO im Wesentlichen jenen nach Art 6 EMRK entsprechen.¹⁸⁶⁰

536 Eine Regelung durch die ZPO als Konkretisierung der EMRK durch den Gesetzgeber ist an sich zulässig,¹⁸⁶¹ sie hat sich jedenfalls aber an dem materiell ausgestalteten Eingriffsvorbehalt¹⁸⁶² der EMRK zu orientieren und darf den Ausschluss nicht über die dort genannten Ausnahmen festlegen.¹⁸⁶³ Damit wird ein sog *Über-*

-
- 1853 EGMR 3. 10. 2000, 29.477/95, *Eisenstecken/Österreich* = ÖJZ 2001, 194; *Thienel*, AnwBl 2001, 22; kritisch zum Vorbehalt bereits *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 519 ff.
- 1854 In diesem Sinn auch die Urteile des EGMR 24. 3. 2005, 54645/00, *Osinger/Österreich*; EGMR 10. 11. 2005, 55193/00, *Schelling/Österreich*; EGMR 14. 2. 2006, 45983/99, *Kaplan/Österreich*; EGMR 26. 1. 2006, 76293/01, *Brugger/Österreich*; EGMR 3. 5. 2007, 17912/05, *Bösch/Österreich*; EGMR 10. 4. 2008, 35354/04, *Abrahamian/Österreich*.
- 1855 VfGH B 227/99 ZfV 2002, 711 [»Einschränkungen der Öffentlichkeit dürfen hier [im Kernbereich von civil rights] nur vorgesehen werden, soweit Art 6 EMRK dies zulässt«]; VfGH B1456/04 VfSlg 17.710; VfGH G 2/11 VfSlg 19.420.
- 1856 15 Os 136/00 SSt 63/109.
- 1857 *Khakzadeh-Leiler* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 9 B-VG Rz 18; *Rassi* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* § 59 EO Rz 2; *Schöberl*, ÖJZ 2005, 290; *Simotta* in *Fasching/Konecny*³ § 460 ZPO Rz 18/1; *Thienel*, AnwBl 2001, 24.
Ähnlich auch *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 8f und *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 56, die aber Art 6 EMRK bei ihrer Besprechung der §§ 171 ff ZPO in erster Linie zur verfassungskonformen Auslegung heranziehen.
- 1858 *Schumacher* (ZZP 123 [2010] 284) lässt bei der Prüfung des Ausschlusses der Volksöffentlichkeit die EMRK zur Gänze außer Betracht. *Garber* weist nach Prüfung des § 172 ZPO zur Zulässigkeit eines Ausschlusses der Volksöffentlichkeit, um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu wahren – quasi *en passant* – darauf hin, dass ein solcher »auch mit Art 6 EMRK vereinbar ist« (*Garber*, ÖJZ 2012, 652 f).
- 1859 In 1 Ob 154/14z wird 6 EMRK nur einleitend erwähnt, die eigentliche Prüfung eines Ausschlusses der Öffentlichkeit aber nach § 172 ZPO bzw § 13 Abs 2 AHG geprüft.
- 1860 Zutreffend 9 ObA 120/89.
- 1861 *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 156.
- 1862 *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 435.
- 1863 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 89; *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 156.

maßverbot konstituiert.¹⁸⁶⁴ Weil aber gleichzeitig aus den Grundrechten der EMRK folgt,¹⁸⁶⁵ dass der Gesetzgeber ein Mindestmaß an Ausschlussgründen im Sinne des *Untermaßverbots* normieren muss,¹⁸⁶⁶ ist die Bedeutung einfacher gesetzlicher Regelungen stark relativiert (aber nicht unbeachtlich, vgl Rz 556).

Für die Anforderungen des Art 6 EMRK ist somit zu bedenken, dass wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Bestimmung von den Gerichten – neben den Verfahrensgesetzen – *auch* der in Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK enthaltene Katalog von Tatbeständen, die einen Ausschluss rechtfertigen, eigens zu prüfen ist.¹⁸⁶⁷ Wegen des durch Art 6 EMRK vorgegebenen Rahmens, darf die Öffentlichkeit daher nur in *begründeten Einzelfällen* ausgeschlossen werden.¹⁸⁶⁸

Sowohl (vorwiegend) öffentliche Interessen (zB »Interessen der Rechtspflege«), aber auch grundrechtlich geschützte Rechte der Parteien oder Dritter (zB »Privatleben«) bieten die Möglichkeit, die Öffentlichkeit erforderlichenfalls auszuschließen, wenn der Ausschluss geeignet und erforderlich ist, von der Rechtsordnung anerkannte Ziele unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit zu erreichen.¹⁸⁶⁹ Ähnlich wie beim Prüfschema eines materiellen Gesetzesvorbehaltes (der aber hier nicht vorliegt) muss die Zulässigkeit des Öffentlichkeitsausschlusses in vier Schritten geprüft werden:¹⁸⁷⁰

1. Es muss ein *anerkanntes Ziel* verfolgt werden.

Die anerkannten Ziele müssen sich an dem Katalog des Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK orientieren,¹⁸⁷¹ der freilich durch die Bezugnahme auf das »Privatleben der Prozessparteien« das Tor zu Art 8 EMRK öffnet.

1864 *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 436.

1865 Nach Hinweisen im Schrifttum lässt sich ein Recht auf Nichtöffentlichkeit aus Art 6 EMRK nicht ableiten; vgl zB *Peukert* in *Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 199. Das deckt sich *prima vista* mit der Formulierung in Art 6 Abs 1 EMRK, wonach die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden *kann*. Daraus ist zunächst aber nur ableitbar, dass das Prinzip der Öffentlichkeit nicht uneingeschränkt gilt, ohne dass damit entschieden wäre, ob die Ausschließung fakultativ erfolgen kann oder zwingend ist (zutreffend *Kühne*, NJW 1971, 225). Allerdings muss diese Regel im Zusammenhang mit Art 8 EMRK gelesen werden, auf den Art 6 EMRK mit dem Tatbestandselement »Privatleben« Bezug nimmt, sodass die in Art 6 Abs 1 EMRK festgelegten Gründe jedenfalls dann zur Ausschließung der Öffentlichkeit führen müssen, wenn sonst Art 8 EMRK verletzt werden würde (*Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 89; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 504 ff; *Khakzadeh-Leiler* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 90 B-VG Rz 6; *Kühne* in IntKommEMRK Art 6 EMRK Rz 352; *Peukert* in *Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 199; *Sutter/Urtz* in FS-Ritz 322).

1866 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 89; *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 156.

1867 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 89 [»unmittelbar anwendbarer Vorbehalt«] mwN.

1868 *Rassi* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, § 59 EO Rz 2.

1869 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 93.

1870 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 93; *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 159; *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 26; *Sutter/Urtz* in FS-Ritz 321.

1871 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 93.

2. Der Ausschluss muss diesem Ziel tatsächlich dienen (*Eignung*).

Dieses Kriterium ist ua aus dem Umstand abzuleiten, dass die Öffentlichkeit nach Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK »im Interesse« verschiedener Ziele oder dann vorgenommen werden kann, wenn es andere Gründe »verlangen« oder wenn sonst die Verhandlung Interessen »beeinträchtigen würde«. Das impliziert, dass die Ausschließung den in Art 6 EMRK genannten Zielen faktisch dienen und einer Beeinträchtigung der zu schützenden Interessen vorbeugen muss. Die Eignung wäre dann zu verneinen, wenn die Tatsachen durch die Verhandlung nicht ausreichend geschützt werden können, weil sie Dritten anderwärtig offenstehen.

Zur Eignung gehört damit die Frage, inwieweit das in der Verhandlung Erörterte gegenüber Dritten abgesichert wird. Die Rechtslage in Österreich sorgt diesbezüglich ausreichend vor. Nach § 172 Abs 3 Satz 2 ZPO ist die öffentliche Verlautbarung des Inhalts der Verhandlung untersagt, insofern die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde. Hinzukommt, dass die Verletzung der Geheimhaltungspflicht nach § 301 Abs 1 StGB strafbar ist und – vgl die Ausführungen in 6 Ob 157/14b – alle Personen, die im Verfahren an der nichtöffentlichen Verhandlung teilnehmen (Richter, Richteramtsanwärter, Sachverständige, Rechtsanwälte) zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

Die Ansicht von *Sperl*, wonach das Verhandlungsprotokoll über eine Verhandlung, bei der die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, von den übrigen Akten abgesondert zu verwahren sei und das Recht auf Abschriften entfalle,¹⁸⁷² findet hingegen keine direkte Deckung im Gesetz. Freilich muss der Ausschluss der Volksöffentlichkeit aber dazu führen, dass die Akteneinsicht Dritter entsprechend beschränkt wird (vgl dazu unten Rz 680), zumal solche Dritte keinen Zugang zur nicht volksöffentlichen Verhandlung haben, die ein rechtliches Interesse nachweisen können.

3. Der Ausschluss muss unter den Umständen des Einzelfalls *unbedingt erforderlich* (notwendig) sein.¹⁸⁷³

Ungeachtet des Umstandes, dass Art 6 EMRK das Kriterium der Erforderlichkeit ausdrücklich nur beim Ausschlussgrund der Beeinträchtigung der Rechtspflege ausdrücklich festlegt (»in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang«), ist dieses Kriterium bei jedem Ausschlussgrund zu prüfen, zumal Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK einen Teilausschluss ermöglicht und selbst damit eine Alternative für den Totalausschluss nennt,¹⁸⁷⁴ der dann eben nicht unbedingt erforderlich (notwendig) ist.¹⁸⁷⁵ Ein solcher Teilausschluss ist nicht schon deshalb sinnlos, wenn das Gericht oder die Streitteile im volksöffentlichen Teil an das Ergebnis der nicht öffentlichen Tagsatzung anknüpfen. Eine derartige Bezugnahme bedeutet nämlich nicht zwingend, dass deshalb die Details des geschützten Geheimnisses offenbart werden.¹⁸⁷⁶

1872 *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I 358.

1873 EGMR 26.9.1995, 18160/91, *Diennet/Frankreich*, Rn 34: [»Lastly, while the need to protect professional confidentiality and the private lives of patients may justify holding proceedings in camera, such an occurrence must be strictly required by the circumstances.«]; EGMR 1.3.2011, 15924/05, *Welke und Bialek/Polen*, Rn 76 = Newsletter Menschenrechte NL 2011,70.

1874 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 93.

1875 Zu Unrecht ordnen *Sutter/Urtz* (in FS-Ritz 321) die Frage des Teilausschlusses der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu.

1876 Ähnlich zum Ausschluss wegen drohender Verletzung der Intimosphäre bei Erörterung medizinischer Gutachten siehe *Kühne*, NJW 1971, 224.

Wenn der Ausschluss unbedingt erforderlich ist, ist zu prüfen, ob das nur für einzelne Teile der Verhandlung geschehen kann (vgl § 172 Abs 3 ZPO).¹⁸⁷⁷ Es sind also Alternativen bzw ein gelinderes Mittel zu prüfen. Nach der ZPO kommt etwa – für Minderjährige und Opfer einer Straftat – eine abgesonderte Vernehmung nach §§ 289a f ZPO in Betracht. Zu erwägen sind Schutzmaßnahmen zur Wahrung der Identität (vgl etwa § 75a ZPO) oder sonst eine Anonymisierung von Fakten.

Ganz allgemein setzt die Erforderlichkeitsprüfung voraus, dass die zu schützenden Interessen durch die Verhandlung überhaupt tangiert werden. Ist es etwa gar nicht notwendig, dass geschützte Geheimnisse in einer Verhandlung für Dritte wahrnehmbar erörtert werden, dann darf die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen werden. Dem entsprechend ist der OGH zu 1 Ob 154/14z¹⁸⁷⁸ davon ausgegangen, dass eine wegen Tatsachen des Familienlebens bzw des Amtsgeheimnisses beantragte Ausschließung der Öffentlichkeit voraussetzt, dass die entsprechenden Tatsachen in der Verhandlung erörtert werden müssen. Auch bei Vorlage von Urkunden, aus denen geheim zu haltende Daten ersichtlich waren, sei nicht erkennbar, warum es unbedingt erforderlich gewesen sein sollte, im Zuge der Erörterung und Beweisaufnahme diese Daten in einer Weise personenbezogen zu nennen, dass sie einer anwesenden Öffentlichkeit zur Kenntnis gelangten. Im Anlassfall wurde verneint, dass eine Erörterung bzw Beweisaufnahme zu den verfahrensrelevanten Themen die Nennung der Namen betroffener Personen vorausgesetzt habe.

4. Schließlich muss ein *angemessenes Verhältnis* zwischen den Gründen für den Ausschluss und dem Interesse an der Öffentlichkeit der Verhandlung bestehen (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).¹⁸⁷⁹

Anzuknüpfen ist an die Rechtsprechung zu den Art 8 bis 11 EMRK, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herausgebildet hat, zumal sich Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK ua auf das Leitbild der »demokratischen Gesellschaft« (*»democratic society«* nach dem englischen Text bzw »demokratischer Staat« nach der deutschen Übersetzung) bezieht, das Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der Eingriffsgrundrechte ist.¹⁸⁸⁰ Dabei sind die widerstreitigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Es ist zu beachten, dass nicht bereits jede Beeinträchtigung im privaten oder geheimen Bereich die Ausschließung rechtfertigt. *Grabenwarter*¹⁸⁸¹ weist (unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts¹⁸⁸²) zu Recht darauf hin, dass etwa bloßstellende Informationen aus dem Privatleben eines Beteiligten die Verhältnismäßigkeit einer Ausschließung in der Regel nicht begründet, selbst wenn die Veröffentlichung der privaten Informationen dem Betroffenen unangenehm sein möge.

Der EGMR prüfte das Kriterium der Verhältnismäßigkeit eines Ausschlusses nach Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK in der Entscheidung *Campell ua/Großbritannien*,¹⁸⁸³ bei der

1877 *Malmström*, Schutz 111 zum dGVG.

1878 Zustimmend *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm].

1879 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 93.

1880 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 92.

1881 In *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 159.

1882 Schweizerischen Bundesgerichts vom 17.3.1993, AJP 1993, 1279.

1883 EGMR 28.6.1984, 7819/77, *Campell ua/Großbritannien*, Rn 87 f = EGMR-E 2, 409.

er den Ausschlussgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Forderung gegenüberstellt, dass Disziplinarverfahren, die verurteilte Strafgefangene betreffen, öffentlich stattfinden müssen. Er bejahte die Zulässigkeit einer Ausschließung, weil den staatlichen Behörden durch die Zulassung der Öffentlichkeit zu Disziplinarverhandlungen in Gefängnissen bzw durch die Teilnahme von Gefangenen außerhalb der Haftanstalt eine unverhältnismäßige Belastung auferlegt worden werde. Anders entschied der Gerichtshof im Fall einer Durchführung eines eigentlichen Strafprozesses im Gefängnis und vertrat, dass geeignete Maßnahmen zu treffen seien, die Öffentlichkeit und die Medien über Zeit und Ort der Verhandlung rechtzeitig zu informieren und effektiven Zugang zum Verhandlungsraum sicherzustellen.¹⁸⁸⁴

- 539 Es ist im Folgenden daher primär zu prüfen, ob die Wahrung eines Unternehmensgeheimnisses den Ausschluss der Volksöffentlichkeit nach der EMRK rechtfertigen kann.

D. Ausschluss der Öffentlichkeit nach Art 6 EMRK wegen der Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses?

1. Ausschluss bei einer mündlichen Verhandlung

- 540 Von der Ausschließung der Öffentlichkeit einer mündlichen Verhandlung ist die Frage zu trennen, ob überhaupt eine mündliche Verhandlung stattzufinden hat, weil die Volksöffentlichkeit nur an einer solchen teilnehmen könnte. Im Ergebnis könnte der Schutz von Unternehmensgeheimnissen vor der Volksöffentlichkeit auch dadurch gewahrt werden, dass keine Verhandlung stattfindet (*»Nichtöffentlichkeit wegen Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung«*),¹⁸⁸⁵ was aber nach der EMRK nur in einem beschränkten Ausmaß möglich ist.¹⁸⁸⁶ Der EGMR judiziert, dass im Zuge eines Verfahrens, in dem es ausschließlich um rechtliche (*»exclusively legal issue«*)¹⁸⁸⁷ oder – vor allem bei sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen – um hoch technische Fragen (*»highly technical issues«*) geht, die Anforderungen des Art 6 EMRK bei Fehlen einer mündlichen Verhandlung erfüllt sein können.¹⁸⁸⁸ Gerade

1884 EGMR 14.11.2000, 35115/97, *Riepan/Österreich*, Rn 29.

1885 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 103 ff.

1886 EGMR 23.11.2006, 73053/01, *Jussila/Finland*, Rn 41 ff.

1887 EGMR 22.2.1996, 17358/90, *Bulut/Österreich*, Rn 41; EGMR 3.10.2002, 61595/00, *Cetinkaya/Österreich*; EGMR 5.9.2002, 42057/98, *Speil/Österreich*; EGMR 10.12.2009, 49616/06, *Koottummel/Österreich*, Rn 19 f.

1888 EGMR 24.6.1993, 14518/89, *Schuler-Zgraggen/Schweiz*, Rn 58 = EuGRZ 1996, 604, 606; EGMR 12.11.2002, 28394/95, *Döry/Schweden*, Rn 37 ff [*»The Court further recognises that disputes concerning benefits under social-security schemes are generally rather technical and their outcome usually depends on the written opinions given by medical doctors.«*]; EGMR 8.2.2005, 55853/00, *Miller/Schweden*, Rn 29 (im Anlassfall mehrheitlich verneint); EGMR 10.12.2009, 49616/06, *Koottummel/Österreich*, Rn 19 f; EGMR 14.2.2006, 45983/99, *Kaplan/Österreich* = ÖJZ-MRK 2006/20.

im Fall von Betriebsgeheimnissen könnte – aus der Sicht der EMRK – mit hoch technischen Fragen argumentiert werden, wenngleich die ZPO auf einfachgesetzlicher Ebene ein rein schriftliches Verfahren ausschließt, wenn in der Sache verhandelt wird. Wird hingegen die Zulässigkeit der Klage geprüft, muss darüber nicht zwingend mündlich verhandelt werden.¹⁸⁸⁹ Auch wenn fehlende Prozessvoraussetzungen einredeweise geltend gemacht werden, ist – seit dem BGBl I 2015/94 – eine mündliche Verhandlung nicht zwingend (§ 261 Abs 2 ZPO). Die Problematik kann bei einem Unternehmensgeheimnis damit nicht umgangen werden, dass keine Verhandlung durchgeführt wird.

2. Ausschluss »im Interesse der Rechtspflege«

a. Allgemeines

Im Zusammenhang mit dem oben herausgearbeiteten Zweck der Volksöffentlichkeit erscheint es naheliegend, einen auf den Schutz eines Unternehmensgeheimnisses gestützten Ausschluss der Öffentlichkeit vor allem wegen des Ausschlussgrundes »im Interesse der Rechtspflege« (bzw nach der ZPO: wegen der Erschwerung der Sachverhaltsgrundlage)¹⁸⁹⁰ in Betracht zu ziehen, wenn der Ausschluss geeignet ist, die *Wahrheitsermittlung* im Anlassverfahren zu fördern. Auch Art 6 Abs 1 EMRK dokumentiert, dass gerade der Ausschluss der Volksöffentlichkeit zur Ermittlung der materiellen Wahrheit beitragen kann, würde eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege sonst beeinträchtigen. Art 6 EMRK ermöglicht »in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang«¹⁸⁹¹ damit dann einen Ausschluss, wenn das Gericht überzeugt ist, dass nur dadurch eine wahrheitsgemäße oder unbefangene Aussage erreicht werden könne.¹⁸⁹² Es soll damit dem entgegen gewirkt werden, dass eine zu vernehmende Person vor der Öffentlichkeit Tatsachen nicht bekannt geben will und sich auf das Recht der Aussageverweigerung zurückzieht (vgl § 321 Abs 1 Z 5 und § 380 Abs 1 ZPO) oder gar die Unwahrheit sagt.¹⁸⁹³ Das korreliert mit dem Umstand, dass der Ausschluss der

541

1889 Wenn etwa nur Rechtsfragen zu prüfen sind, vgl zB 1 Ob 23/95, 10 ObS 173/015.

1890 Diesen Ansatz lehnt *Kloppel* (JW 1914, 223) unter Hinweis darauf ab, dass die Grenzen der Zeugnispflicht in öffentlicher und nichtöffentlicher Verhandlung genau die gleichen seien. Das übersieht aber den Aspekt, dass es in vielen Fällen von der zu vernehmenden Person abhängt, ob ein Aussageverweigerungsrecht Anwendung findet. Ungeachtet der bestehenden (rechtlichen) Wahrheitspflicht ist das verfahrenspsychologische Moment nicht zu leugnen, dass eine Person *in camera* in vielen Fällen unbefangener agieren wird als *coram publico*.

1891 Die Bestimmung ist daher als Härteklauseel eng auszulegen, vgl *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 8 mwN. Ähnlich auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 101 und *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 19 Rz 37, der auf die engen Grenzen hinweist, die Art 6 Abs 1 EMRK setzt.

1892 *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 8.

1893 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 101. ErläutAB 359 Blg 17. GP 39 zu § 229 StPO.

Öffentlichkeit durchaus die Entbindung von diversen Verschwiegenheitspflichten, die ansonsten gewahrt würden, »zu befördern geeignet ist.«¹⁸⁹⁴

In diesem Sinn hebt *Grabenwarter*, nach dessen Ausführungen der Schutz von Geheimnissen in der beruflichen Sphäre (insb bei einem Unternehmensgeheimnis) primär vom Ausschlussgrund des Schutzes des Privatlebens erfasst ist, beim Tatbestand des Ausschlusses der Öffentlichkeit im Interesse der Rechtspflege hervor, dass die Erzielung einer wahrheitsgemäßen Aussage den *Hauptanwendungsfall* dieses Ausnahmetatbestands bilde. Er sei vor dem Hintergrund der Annahme zu sehen, dass Parteien oder Zeugen vor der Öffentlichkeit bestimmte Tatsachen nicht preisgeben würden und, soweit zulässig, vom Recht der Aussageverweigerung Gebrauch machten oder (zwar rechtswidrigerweise, aber doch) die Unwahrheit sagten.¹⁸⁹⁵

- 542 Der in Art 6 EMRK vorgesehene Rückgriff auf die Interessen der Rechtspflege setzt freilich »besondere Umstände« voraus. Damit soll ausgeschlossen werden, dass jede potenzielle Hemmung die Ausschließung zur Folge hat. Der Ausschließungsgrund darf daher nicht als Einfallspforte für alle nur denkbaren Argumente missbraucht werden, wenn einer zu vernehmenden Person die Aussage in aller Öffentlichkeit unangenehm sein sollte, weil sonst der Grundsatz der Öffentlichkeit stark relativiert wäre. Dass Zeugen durch die Anwesenheit von Zuhörern befangen werden oder Angst (Nervosität, Schüchternheit) haben könnten, rechtfertigt den Ausschluss der Öffentlichkeit im Allgemeinen somit nicht.^{1896, 1897} Vielmehr muss ein in der Rechtsordnung geschützter Grund vorliegen.¹⁸⁹⁸

Zudem ist zu beachten, dass der EGMR eine restriktive Auslegung von Art 6 EMRK grundsätzlich ablehnt,¹⁸⁹⁹ wengleich gerade der Gerichtshof im Bereich des Öffent-

1894 *Adamovic*, RZ 2004, 168.

1895 *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 169.

1896 LGZ Wien 41 R 688/88 MietSlg 40.768; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 172 ZPO Rz 5; aA offenbar *Peukert* in *Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 198 [»kann ein Ausschluss der Öffentlichkeit während der Aussage eines Zeugen gerechtfertigt sein, wenn begründete Gefahr gegeben ist, dass der Zeuge sonst befangen wäre«]. Die von *Peukert* als Beleg herangezogene Entscheidung des BGH (BGHSt 3, 344) deckt seine allgemein gehaltene Aussage nicht und betraf einen Extremfall, der davon geprägt war, dass dem Zeugen »bei wahrheitsgemäßer Aussage in öffentlicher Hauptverhandlung von andern Personen Gefahr für Leib oder Leben drohte«. In einer derartigen Konstellation erscheint ein Ausschluss im Interesse der Rechtspflege gerechtfertigt, zumal die bedrohte körperliche Unversehrtheit grundrechtlich geschützt ist, was aber mit einer bloßen Gehemtheit oder Nervosität nicht zu vergleichen ist.

1897 Bei gehemmten Kindern und Jugendlichen muss besondere Rücksicht geboten werden, was aber keinen Ausschluss erfordert. Hier kann eine Vorgangsweise nach § 289b ZPO, die Verweigerung des direkten Fragerechts durch die Parteien (vgl § 289 Abs 1 ZPO) und eine besonders feinfühliges Verhandlungsführung und Fragetechnik durch den Richter geboten sein.

1898 Zu weitgehend daher *Wolff* (Grundriss² 271), nach dem der Ausschlussgrund der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung schon dann gegeben ist, »wenn das Gericht befürchten muss, dass bei Öffentlichkeit Aussagen zurückhaltend oder unvollständig gemacht würden.«

1899 EGMR 17.1.1970, 2689/65, *Delcourt/Belgien*, Rn 25. Für das Öffentlichkeitsprinzip: EGMR 17.1.2008, 14810/02, *Biryukov/Russland*, Rn 37.

lichkeitsprinzips darauf Rücksicht nimmt, dass die Gesetzessysteme und Gerichtspraktiken der Mitgliedstaaten des Europarats eine gewisse Unterschiedlichkeit bezüglich des Ausmaßes und der Bedingungen dieser Öffentlichkeit aufweisen,¹⁹⁰⁰ sodass etwa die Hinterlegung bei einer der Öffentlichkeit zugänglichen Kanzlei als Ersatz für die Urteilsverkündung in Betracht kommen kann.¹⁹⁰¹ 2008 vertrat der EGMR wieder eine etwas strengere Linie. Im Zusammenhang mit der Öffentlichkeit bei der Urteilsverkündung sprach er aus, dass die bloße Verkündung des Urteilstenors trotz anschließender Zustellung des Urteils samt Begründung an die Parteien nicht ausreichend sei.¹⁹⁰²

Vom EGMR wurde der Ausschließungsgrund zB für ein Strafverfahren dann bejaht, wenn Ermittlungsmethoden der Polizei geheim zu halten und Aussagen von Polizeibeamten zu hören sind, die an den verdeckten Ermittlungen teilgenommen haben. Wegen der vertraulichen Beweismittel und des gerechtfertigten Interesses des Staates, Strafdelikte zu verfolgen, wurde der Ausschluss für nötig erachtet.¹⁹⁰³ Ähnliches wird für das nicht öffentliche Vorverfahren vor einem Untersuchungsrichter vertreten,¹⁹⁰⁴ und betont, dass die Vertraulichkeit der gerichtlichen Voruntersuchung den geordneten Verlauf der Ermittlungen und damit die Wahrung der Autorität und Unparteilichkeit der Rechtsprechung garantieren will.¹⁹⁰⁵

543

Ein im Interesse der Rechtspflege vorzunehmender Ausschluss der Volksöffentlichkeit kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn damit grund- bzw verfassungsrechtlich *geschützte Geheimnisse* gewahrt bleiben und zusätzlich die *materielle Wahrheitsermittlung* gefördert wird. Aufgrund des grund- und verfassungsgesetzlichen Schutzes von Unternehmensgeheimnissen ist der Ausschluss möglich. Gerade im Bereich eines Unternehmensgeheimnisses besteht die Gefahr, dass davon betroffene Tatsachen nur wegen der Volksöffentlichkeit nicht in das Verfahren einfließen. In der Regel wird bei Vorliegen eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses somit davon auszugehen sein, dass ein Ausschluss im Interesse der Wahrheitsermittlung und damit der Rechtspflege liegen wird.¹⁹⁰⁶

544

1900 EGMR 8.12.1983, 7984/77, *Pretto ua/Italien*, Rn 22; EGMR 8.12.1983, 8273/78, *Axen/Deutschland*, Rn 26; EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 27.

1901 EGMR 8.12.1983, 7984/77, *Pretto ua/Italien*, Rn 27; EGMR 8.12.1983, 8273/78, *Axen/Deutschland*, Rn 27; EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 28; *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 431.

1902 EGMR 17.1.2008, 14810/02, *Biryukov/Russland*, Rn 38 ff; kritisch *Tubis*, NJW 2010, 415.

1903 EGMR 1.3.2011, 15924/05, *Welke und Bialek/Polen*, Rn 75 = Newsletter Menschenrechte NL 2011,70.

1904 EGMR 22.5.1990, 11034/84, *Weber/Schweiz*, Rn 44 f = NJW 1991, 623; EGMR 15.7.2003, 33400/96, *Ernst ua/Belgien*, Rn 45.

1905 Für den Bereich des Art 10 EMRK: EGMR 28.6.2012, 15054/07, 15066/07, *Ressiot ua/Frankreich*, Rn 109 = NJW 2013, 3709.

1906 Vgl auch *Kühne* in IntKommEMRK Art 6 EMRK Rz 352, wonach diese »Härteklause« den Ausschluss (auch) zwecks wahrheitsgemäßer Zeugenaussage zulässt, weil sie den Interessen der Rechtspflege dient. Gerade bei einem (den Parteien ohnedies bekannten) Unternehmensgeheimnis kann damit die Aussage eines Zeugen gefördert werden, der sonst *nur wegen der Volksöffentlichkeit* die Aussage verweigern würde.

b. Anwendung des Fallprüfungsschemas

545 Im Sinne des oben skizzierten Fallprüfungsschemas (Rz 538) wird mit dem Ausschluss zur Wahrung eines Unternehmensgeheimnisses ein *anerkanntes Ziel* verfolgt, weil damit eine Beeinträchtigung der Interessen der Rechtspflege (Wahrheitsermittlung) vermieden wird. Wie herausgearbeitet, dient der Ausschluss auch diesem Ziel; die *Eignung* ist damit erfüllt. Unter dem Ausschluss der Volksöffentlichkeit werden die Parteien eher bereit sein, über ein Unternehmensgeheimnis vorzubringen bzw darüber auszusagen. Letzteres trifft auf Zeugen zu, und zwar auch dann, wenn der Zeuge nicht der Geheimnisherr ist. Der Ausschluss der Öffentlichkeit kann diesen aber davon überzeugen, den Zeugen von diesbezüglichen Geheimhaltungspflichten zu »entbinden«.¹⁹⁰⁷

Mangels einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht iSd § 321 Abs 1 Z 3 ZPO kommt bei einem (Unternehmens-)Geheimnis keine eigentliche »Entbindung« in Betracht. Allerdings obliegt es dem aus einem Unternehmensgeheimnis Berechtigten, einer Offenbarung des Geheimnisses zuzustimmen und das Interesse an der Geheimhaltung damit insoweit aufzugeben. Das kann unter Auflagen bzw beschränkt (etwa nur im Rahmen einer nicht öffentlichen Verhandlung) möglich sein.

546 Beim Kriterium der *Erforderlichkeit* ist zu prüfen, ob Alternativen zum Ausschluss möglich sind, also das Geheimnis auf einem anderen Weg geschützt in das Verfahren einfließen kann oder es gar keines Schutzes bedarf. Denkbar ist die Möglichkeit, dass der Geheimnisherr auf die Geheimhaltung *verzichtet* und etwa den zu vernehmenden Zeugen »entbindet«.¹⁹⁰⁸ Eine mögliche Alternative zum Ausschluss bei *gleichzeitiger Wahrung des Geheimnisses* könnte hingegen darin liegen, dass die Parteien vertrauliches Vorbringen nicht mündlich erstatten, sondern nur auf ihr entsprechendes schriftliches Vorbringen Bezug nehmen (§ 177 Abs 2 ZPO), sofern daran keine Beweisaufnahme und/oder eine mündliche Erörterung anschließt, im Zuge derer das Geheimnis dargelegt werden müsste. Hingegen scheidet die *Aussageverweigerung* als denkbare Alternative für den Ausschluss aus, weil dieser die Verweigerung gerade verhindern und eine geschützte Einführung des Geheimnisses zumutbar machen soll. Die Möglichkeit zur Aussageverweigerung begründet somit oft erst den Ausschlussgrund und macht die Ausschließung der Öffentlichkeit schon deshalb erforderlich.¹⁹⁰⁹

547 Ein Ausschluss ist natürlich dann nicht erforderlich, wenn das Unternehmensgeheimnis für das Verfahren *keine Relevanz* hat und die geheimen Umstände für die

1907 *Simotta* in FS-Matscher 460 f.

1908 Vgl 6 Ob 157/14b. Hier wurde die Entbindung der klagenden Bank vom Bankgeheimnis ihrer Kunden als mögliche Alternative in den Raum gestellt, im Anlassfall aber davon ausgegangen, dass die Kunden das Kreditinstitut vom Bankgeheimnis nicht entbinden werden, weshalb der Ausschluss bejaht wurde.

1909 *Schachter/Schmidhuber/Zemann/Tonninger* in *Kucsko/Schumacher*; marken.schutz² § 55 MSchG Rz 12; *Schrägel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 11.

Entscheidungsfindung ohne Bedeutung sind,¹⁹¹⁰ weil in einem solchen Fall dazu weder öffentliches Vorbringen erstattet werden muss noch Beweise volksöffentlich aufzunehmen sind.

Um aber die Relevanz beurteilen zu können, muss bei einem in Rede stehenden Unternehmensgeheimnis geprüft werden, ob das Geheimnis Gegenstand des Verfahrens werden kann,¹⁹¹¹ allerdings nur unter der Voraussetzung, dass es den Zuhörern offenbar wird.¹⁹¹² Nach der ZPO ist dabei über einen Antrag auf Ausschließung nicht öffentlich zu verhandeln (§ 173 Abs 1 ZPO); ein Spannungsfeld zur EMRK besteht diesbezüglich nicht, weil in einem solchen *Zwischenverfahren* nicht über die (eigentlichen) zivilrechtlichen Ansprüche verhandelt wird, sodass das Öffentlichkeitsgebot nicht gilt. Gerade eine derartige nicht öffentliche Verhandlung bietet aber Gelegenheit, die Erforderlichkeit und damit die Relevanz der gefährdeten Geheimnisse zu prüfen.

Denkbar ist auch, dass die Streitteile die vom Geschäftsgeheimnis umfassten Punkte außer Streit stellen, sodass schon deshalb kein Beweisverfahren über das Unternehmensgeheimnis stattfinden muss. Die Erörterung des wechselseitigen Vorbringens im Rahmen der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* (dazu Rz 88 ff) fungiert hier als Filter für den Prozessstoff, sodass sie durchaus geeignet ist, die fehlende Relevanz oder Beweisbedürftigkeit geheimer Tatsachen zu erkennen. Damit trägt die Prüfung der Erforderlichkeit dazu bei, den Ausschluss zu vermeiden oder seinen Umfang zumindest möglichst gering zu halten. Sofern das Geheimnis in der Verhandlung nicht mehr erörtert werden muss oder dazu keine weiteren Beweise aufzunehmen sind, ist der weitere Ausschluss überschießend.

548

Nach der *Verhältnismäßigkeitsprüfung* muss ein angemessenes Verhältnis zwischen den Gründen für den Ausschluss (Interessen der Rechtspflege) und dem Interesse an der Öffentlichkeit der Verhandlung bestehen. Dabei – und auch für das Vorliegen der zu prüfenden »besonderen Umstände« – kann der grund- und verfassungsrechtliche Schutz von Unternehmensgeheimnissen berücksichtigt werden. Das bedeutet freilich nicht, dass das Vorliegen eines Unternehmensgeheimnisses zwingend dazu führt, den Ausschlussgrund zu bejahen,^{1913, 1914} auch wenn eine nicht öffentliche Verhandlung notwendig und erforderlich wäre, um das Geheimnis zu

549

1910 1 Ob 154/14z. In dieser Entscheidung wurde darauf hingewiesen, dass ein Ausschluss wegen sensibler Patientendaten dann nicht in Betracht kommt, wenn diese für den Beweis der behaupteten Tatsachen nicht erforderlich sind.

1911 1 Ob 154/14z; *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm].

1912 1 Ob 154/14z mit dem zutreffenden Hinweis, dass aus einer Vorlage einer Urkunde mit geheimnisrelevanten Umständen noch nicht zwingend folgt, dass diese Tatsachen einer anwesenden Öffentlichkeit zur Kenntnis gelangen.

1913 Vgl EGMR 1.3.2011, 15924/05, *Welke und Bialek/Polen*, Rn 74 = Newsletter Menschenrechte NL 2011,70, wonach allein das Vorliegen vertraulicher Informationen nicht den automatischen Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigt.

1914 *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm], die hier zutreffend auf das Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung verweist.

schützen. Nach der im Einzelfall vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt nämlich weder der Öffentlichkeit noch dem Unternehmensgeheimnis Vorrang zu.¹⁹¹⁵ Dem Geheimhaltungsinteresse bzw dem mit dem Ausschluss verbundenen wahrheitsfördernden Aspekt (»im Interesse der Rechtspflege«) sind die oben beschriebenen Interessen der Öffentlichkeit (und allenfalls die Interessen einer der Parteien) gegenüberzustellen. Dabei sind unter anderem die Bedeutung des Streitgegenstands, das Interesse der Öffentlichkeit am Anlassverfahren, das konkrete Interesse des Geheimnisträgers an der Geheimhaltung und die Wichtigkeit des Geheimnisses für die Stoffsammlung zu beurteilen. Der Komplettausschluss in einen medienträchtigen Millionenprozess lässt sich mit einem nur unerheblichen Geschäftsgeheimnis kaum rechtfertigen. Allerdings setzt die Qualifikation eines Umstands als Unternehmensgeheimnis ohnedies bereits voraus, dass berücksichtigungswürdige Geheimhaltungsinteressen des Geheimnisträgers zu bejahen sind,¹⁹¹⁶ weshalb die Erheblichkeitsschwelle in vielen Fällen überschritten werden dürfte.

550 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Art 6 EMRK einen Ausschluss der Volksöffentlichkeit in der Verhandlung im Interesse der Rechtspflege grundsätzlich dann ermöglicht, wenn Unternehmensgeheimnisse in das Verfahren eingeführt werden und dort verwertet werden sollen.¹⁹¹⁷ Das deckt sich mit den oben besprochenen unionsrechtlichen Richtlinien. Nach Art 9 Abs 2 lit b *Know-how*-RL kann der Zugang zu Anhörungen, bei denen unter Umständen Geschäftsgeheimnisse oder angebliche Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden, und zu der entsprechenden Aufzeichnung oder Mitschrift dieser Anhörungen auf eine begrenzte Anzahl von Personen beschränkt werden. Auch nach der Kartellschadenersatz-RL kann die Öffentlichkeit zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen ausgeschlossen werden (Erwägungsgrund 18); vgl nunmehr § 37j Abs 6 Z 2 KartellG 2005.

551 Der Vorteil dieses Ausschließungsgrundes liegt darin, dass das Gericht die Volksöffentlichkeit amtswegig ausschließen kann, weil es sich hier um öffentliche Interessen handelt,¹⁹¹⁸ während beim im Anschluss zu erörternden Ausschlie-

1915 *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm].

1916 *Malmström*, Schutz 112.

1917 Vgl OLG Wien 5 R 183/14i; idS auch *Garber*, ÖJZ 2012/70, 652 f; *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm]. AA hingegen *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] I Einl 78, der apodiktisch und ohne weitere Begründung vertritt, dass »nach der EMRK jedenfalls die Erörterung von Kunst- und Geschäftsgeheimnissen nicht zum Ausschluss der Öffentlichkeit berechtigen würde.« *Parzmayr* (ÖJZ 2016/86, 642) vermag seinen Hinweis, dass sich in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung die (hier vertretene) Ansicht »noch nicht durchgesetzt hat« mit keinem Zitat aus der Judikatur zu belegen. Vgl auch *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 25.

1918 Zutreffend *Sindelar*, ÖBA 2015, 44 [Entscheidungsanm].

Kühne (NJW 1971, 225 f) hat die Besonderheit dieses Ausschlussgrundes gegenüber den sonstigen Gründen aus öffentlichem Interesse herausgearbeitet. Während der Ausschluss wegen Gefährdung der Sittlichkeit (der Zuhörer), der öffentlichen Ordnung und der nationalen Sicherheit davon geprägt ist, dass das Verfahren die Öffentlichkeit gefährdet, geht es bei der im

ßungsgrund *Privatleben der Prozessparteien* im Hinblick auf die damit verbundenen höchstpersönlichen Ansprüche wohl auf einen Antrag der Parteien abgestellt werden müsste.¹⁹¹⁹

3. Ausschluss »zum Schutz des Privatlebens der Prozessparteien«

Dessen ungeachtet ist zu prüfen, ob bei einem in das Verfahren einzuführenden Unternehmensgeheimnis der Ausschlussgrund *Privatleben der Prozessparteien* in Betracht kommt. Nach richtiger Ansicht ist dieser Ausschlussgrund nicht auf das eigentliche Privat- und Familienleben einer natürlichen Person zu beschränken – auch der Schutz von Geheimnissen in der beruflichen Sphäre (somit ua jener von Unternehmensgeheimnissen) fällt unter diesen Ausschlussgrund.¹⁹²⁰ Zutreffend verweisen *Grabenwarter/Pabel*¹⁹²¹ auf die Rechtsprechung des EGMR, bei der dieser im Zusammenhang mit Berufsgeheimnissen für Ärzte¹⁹²² und Anwälte¹⁹²³ auf den Ausnahmekatalog des Art 6 Abs 1 EMRK Bezug nahm. Dieser Argumentation hat sich der OGH zu 6 Ob 157/14b¹⁹²⁴ angeschlossen, als er zu prüfen hatte, ob ein zu schützendes Bankgeheimnis den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigt (dazu unten).

Das Gesagte korrespondiert mit dem zu Art 8 EMRK entwickelten Verständnis vom Begriff des *Privatlebens*. Oben wurde bereits gezeigt, dass Unternehmensgeheimnisse vom Schutz des Art 8 EMRK umfasst sind; vgl dazu Rz 237. Derartige Geheimhaltungsinteressen fallen somit in den Bereich des *Privatlebens* nach Art 6 EMRK. In einem Zivilverfahren kann also nach Art 6 Abs 1 EMRK ein Ausschluss der Öffentlichkeit wegen eines zu wahrenen Unternehmensgeheimnisses auf den Grund »Privatleben der Prozessparteien« gestützt werden.¹⁹²⁵

Interesse der Rechtspflege vorzunehmenden Ausschließung um die Gefahr der Verhandlung durch die (anwesende) Öffentlichkeit.

1919 Auch § 172 ZPO unterscheidet danach, ob Ausschlussgründe (auch) amtswegig aufzugreifen oder (nur) mit Antrag geltend zu machen sind.

1920 *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 168; *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 19 Rz 44; *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm]; *Sut-ter/Urtz* in FS-Ritz 321.

1921 EMRK⁶ § 24 Rz 87 FN 458.

1922 Vgl EGMR 23.6.1981, 6878/75, *Le Compte ua/Belgien*, Rn 59 = EuGRZ 1981, 551; EGMR 10.2.1983, 7299/75, *Albert ua/Belgien*, Rn 34 = EGMR-E 2, 208; EGMR 26.9.1995, 18160/91, *Diennet/Frankreich*, Rn 34 [»...while the need to protect professional confidentiality [...] may justify holding proceedings in camera...«].

1923 EGMR 30.11.1987, 8950/80, *H/Belgien*, Rn 54 = EGMR-E 3, 711; EGMR 23.6.1994, 16997/90, *De Moor/Belgien*, Rn 56.

1924 6 Ob 157/14b EvBl 2015/61 [*Schneider*] = ÖBA 2015/2114 [*Sindelar*].

1925 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 495; *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 168; *Herzig in Wiebe/Kodek*² § 26 UWG Rz 2; offenbar auch *Schragel in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 9.

Die Parallelen eines Unternehmensgeheimnisses zum eigentlichen Privatleben natürlicher Personen liegen schon deshalb auf der Hand, weil die im Verfahren gebotene Vertraulichkeit für beide Bereiche in erster Linie das Interesse des Betroffenen an der Wahrung eines schützenswerten Geheimnisses beachtet, wobei die Zuordnung zum privaten oder geschäftlichen Bereich sekundär ist. Ereigneten sich Tatsachen des Privatlebens der Prozessparteien ohnedies im nicht geheimen (also für Dritte wahrnehmbaren) Bereich, bedarf es keines prozessualen Schutzes. Das zeigt, dass Umstände des Privatlebens nicht an sich, sondern nur dann geschützt sind, wenn sie *geheim* sind.¹⁹²⁶ Unternehmensgeheimnisse entsprechen wertungsmäßig den familiären oder (rein) privaten Geheimnissen, sodass auch aus diesem Grund eine extensive Auslegung des Begriffs »Privatlebens« geboten ist.

- 554 Eine verständige Anwendung der EMRK verlangt auch hier – wie beim Ausschluss wegen Beeinträchtigung der Rechtspflege – im Anlassfall eine Prüfung, ob der Ausschluss unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit geeignet und unbedingt erforderlich ist, das anerkannte Ziel *Schutz des Privatlebens* iWz zu erreichen. Dazu kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden.

Kühne hat beim Ausschließungsgrund zum *Schutz des Privatlebens* wegen der Verknüpfung zu Art 8 EMRK hervorgehoben, dass die Volksöffentlichkeit in einem solchen Fall zwingend auszuschließen ist, während die Ausschließung wegen *Gefährdung der Rechtspflege* nur fakultativ vorgenommen werden kann.¹⁹²⁷ Freilich ist eine derartige allfällige »Besserstellung« des Geheimnisträgers schon deshalb zu relativieren, weil nicht bereits ein drohender Eingriff in das Privatleben einen Ausschluss rechtfertigen kann. Vielmehr sind die dazu widerstreitenden Interessen stets zu prüfen. Solche können sich auch aus Art 10 EMRK ergeben.

- 555 Ungeachtet der Einschränkungen auf das Privatleben *der Prozessparteien* gebietet es der systematische Zusammenhang mit Art 8 EMRK, dass die Ausnahmebestimmung bei *sonstigen Prozessbeteiligten* insb bei Zeugen angewendet wird.¹⁹²⁸ Beim Schutz des Privatlebens iSd Art 6 EMRK muss nicht darauf abgestellt werden, ob der aus einem Unternehmensgeheimnis Berechtigte aussagen soll oder »nur« eine zur Verschwiegenheit rechtlich verpflichtete Person (zB ein Arbeitnehmer).

1926 Zutreffend weist etwa *Sperl* (Bürgerliche Rechtspflege I 356) zum ZPO-Ausschlussgrund »Tatsachen des Familienlebens« darauf hin, dass sich dieser nur auf schutzbedürftige Interessen an der Geheimhaltung von Ereignissen in der Familie bezieht (*»innere Familienereignisse«*). *Kühne* (NJW 1971, 225) arbeitet heraus, dass das Privatleben im Sinn von Art 6 Abs 1 EMRK jene Bereiche umfasse, die von dem jeweiligen Individuum vor anderen bzw vor der Öffentlichkeit geheim gehalten werden.

1927 *Kühne*, NJW 1971, 226.

1928 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 100; *Hanslik*, Parteiengehör 33; *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*⁴ Art 6 EMRK Rz 184; 1 Ob 154/14Z [*»wenn es ganz allgemein der Schutz des Privatlebens einer Prozesspartei (oder eines Dritten) verlangt«*], vgl auch ErläutAB 359 Blg 17. GP 39 zum Strafrechtsänderungsgesetz 1987 [*» Nach (Art 6 Abs 1 EMRK) [...] ist nämlich ein Ausschluss der Öffentlichkeit auch im Interesse des Schutzes des Privatlebens der »Prozessparteien« gestattet. Unter diesen sind nicht nur die Parteien im verfahrensrechtlich-technischen Sinne, sondern alle am Prozess Beteiligten zu verstehen, somit auch Zeugen.«*].

E. Ausschluss der Öffentlichkeit nach der ZPO wegen der Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses?

1. Rechtslage vor der UWG-Novelle 2018

a. Einleitung

Entsprach die ZPO vor der Novellierung des § 172 ZPO im Zuge der UWG-Novelle 2018 den Vorgaben der EMRK und ließ sie – auch außerhalb der eigens geregelten Spezialfälle – einen Ausschluss der Volksöffentlichkeit von der Verhandlung dann zu, wenn ein Unternehmensgeheimnis in das Verfahren eingeführt werden soll? Ungeachtet des Umstandes, dass die EMRK hier ohnedies direkt anzuwenden ist, erscheint eine Auseinandersetzung mit dieser Frage geboten. Erfüllte die ZPO die Vorgaben der EMRK in verfassungswidriger Weise nicht, könnte nämlich aufgrund Art 89 B-VG vertreten werden, dass das Gericht jedenfalls *auch* § 172 ZPO prüfen musste, sodass sowohl Art 6 EMRK als auch § 172 ZPO erfüllt sein müssten, um die Öffentlichkeit auszuschließen.¹⁹²⁹

556

Die ZPO regelte bis zur UWG-Novelle 2018 den Ausschluss der Volksöffentlichkeit wie folgt:

§ 172

- (1) Die Öffentlichkeit ist auszuschließen, wenn durch sie die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint, oder wenn die begründete Besorgnis besteht, dass die Öffentlichkeit der Verhandlung zum Zwecke der Störung der Verhandlung oder der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung missbraucht werden würde.
- (2) Überdies kann das Gericht auf Antrag auch nur einer der Parteien die Öffentlichkeit ausschließen, wenn zum Zwecke der Entscheidung des Rechtsstreites Tatsachen des Familienlebens erörtert und bewiesen werden müssen.
- (3) Der Ausschluss der Öffentlichkeit kann für die ganze Verhandlung oder für einzelne Teile derselben stattfinden; auf die Verkündung des Urteiles darf er sich in keinem Falle erstrecken. Insoweit die Öffentlichkeit einer Verhandlung ausgeschlossen wird, ist die öffentliche Verlautbarung des Inhaltes der Verhandlung untersagt.

Nach dem Wortlaut des § 172 ZPO war das Vorliegen von berechtigten Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen kein ausdrücklicher Grund, die Volksöffentlichkeit nach § 172 ZPO amtswegig oder auf Antrag auszuschließen. Während Abs 1 leg cit den amtswegigen Ausschluss der Öffentlichkeit wegen *Gefährdung der Sittlichkeit* bzw der *öffentlichen Ordnung* oder dann fordert, wenn die Öffentlichkeit zur *Störung oder Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung missbraucht* werden würde, kann (bzw im Hinblick auf die UWG-Novelle 2018: konnte) das Gericht nach Abs 2 die Öffentlichkeit (nur) auf Antrag einer der Parteien dann ausschließen, wenn *Tatsachen*

557

¹⁹²⁹ Die Ungültigkeit des österreichischen Vorbehalts zur Öffentlichkeit hat somit nicht zur Folge, dass § 172 ZPO für die Gerichte schlicht zu ignorieren ist.

des Familienlebens Gegenstand der Verhandlung sein sollen. Die Erwähnung des Antragsrechts in § 172 Abs 2 ZPO soll ein amtswegiges Vorgehen ausschließen. Hier soll es den Parteien überlassen werden, ob sie sich auf den intimen Bereich des Familienlebens berufen wollen. Hingegen kann ein Ausschluss nach Abs 1 sowohl amtswegig als auch auf Antrag erfolgen. Werden die subjektiven Rechte der Parteien nämlich durch einen in § 172 Abs 1 ZPO genannten Ausschließungsgrund tangiert, besteht für diese Fälle die Möglichkeit, die Öffentlichkeit auszuschließen bzw ein entsprechendes Antragsrecht.¹⁹³⁰

558 Für Prozesse nach dem UWG bestand für die Streitteile allerdings schon bisher die ausdrückliche Möglichkeit, die Ausschließung der Öffentlichkeit der Verhandlung zu beantragen, wenn durch die Öffentlichkeit der Verhandlung ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis gefährdet wird (§ 26 UWG). Aufgrund weiterer Sonderbestimmungen wurde die sinngemäße Anwendung dieser Norm in anderen Bereichen angeordnet. § 26 UWG gilt sinngemäß für die Verbandsklagen nach § 29 KSchG (§ 30 Abs 1 leg cit), § 85a AMG (vgl Abs 5 leg cit) und § 460 UGB (vgl Abs 1 leg cit). Außerhalb von Verbandsklagen ordnet § 55 MSchG für Prozesse wegen Markenrechtsverletzungen die sinngemäße Geltung von § 119 Abs 2 PatG 1970¹⁹³¹ an, wonach der Ausschluss der Öffentlichkeit beantragt werden kann, »wenn durch die Öffentlichkeit [...] ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einer der Parteien oder eines Zeugen einer Gefährdung ausgesetzt würde«. Entsprechendes gilt für Verfahren wegen Verletzung geschützter geografischer Angaben und Ursprungsbezeichnungen (§ 68a MSchG). Zuletzt hat der Gesetzgeber in Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL bei Verfahren, in denen durch Wettbewerbsrechtsverletzungen verursachte Schäden geltend gemacht werden, den Ausschluss der Öffentlichkeit zum »Schutz vertraulicher Informationen« (also insb bei Unternehmensgeheimnissen) in § 37j Abs 6 Z 2 KartellG 2005 ermöglicht. Abgesehen von diesen Sondernormen gab es bis zur UWG-Novelle 2018 aber nach wie vor noch keine allgemeine und ausdrückliche Regelung über den Ausschlussgrund Unternehmensgeheimnis.

b. Meinungsstand

559 Teile des Schrifttums schließen aus der Nichterwähnung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in § 172 ZPO und der erwähnten Spezialbestimmungen (vor allem im UWG) im *Umkehrschluss*, dass die Volksöffentlichkeit in sonstigen Zivilprozessen wegen eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses nicht ausgeschlossen werden könnte.¹⁹³²

1930 IdS auch *Schragel in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 3.

1931 § 119 Abs 2 PatG 1970 selbst gilt nur für Verfahren vor dem Patentamt. Die Geltung der Norm im Bereich streitiger Verletzungsprozesse wird nicht angeordnet.

1932 Viele Stimmen in der Lehre weisen unter Bezugnahme auf das UWG darauf hin, dass bei Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses die Volksöffentlichkeit auf Antrag einer Partei aus-

Die Ausführungen von *Engel*¹⁹³³ und *Petschek/Stagel*¹⁹³⁴ sind dahingehend zu verstehen, dass die Öffentlichkeit bei einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis *nur* im Wettbewerbsprozess ausgeschlossen werden kann. 560

Ähnliches vertritt *Fasching*, wonach die Aussageverweigerungsgründe die »*Geheimsphäre der Wirtschaft*« vor öffentlicher Erörterung des betroffenen Sachverhalts nur lückenhaft schützen würden.¹⁹³⁵ 561

Auch nach den Ausführungen von *Simotta* sind Unternehmensgeheimnisse *de lege lata* kein Ausschlussgrund.¹⁹³⁶ Diese Autorin geht zwar auf die Ansicht des historischen Gesetzgebers ein, wonach die Öffentlichkeit zur Wahrung eines Geschäftsgeheimnisses wegen Erschwerung des Sachverhalts auszuschließen sei, hält dem aber die gegenteilige Praxis entgegen und betont, dass die Gefährdung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses *nur* im Verfahren über einen zivilrechtlichen Anspruch nach dem UWG oder eine Verbandsklage zum Ausschluss führe, was von ihr rechtspolitisch aus Gründen des Datenschutzes und unter Hinweis auf Art 6 EMRK kritisiert wird.¹⁹³⁷ 562

Nach *Fucik* besteht bei Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (außerhalb des UWG und KSchG) nur ein Zeugnisverweigerungsrecht.¹⁹³⁸ 563

Loos verneint bei Verfahren wegen Patent- oder Markenverletzungen¹⁹³⁹ die Möglichkeit eines Ausschlusses der Volksöffentlichkeit explizit, (auch dann) »*wenn Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sogar evident gefährdet sind.*«¹⁹⁴⁰ Eine Analogie von § 119 PatG 1970 bzw § 26 UWG sei »*mangels Vorliegens einer (echten) Gesetzeslücke und wegen des entgegenstehenden verfassungsgesetzlichen Gebots*« nicht möglich. 564

Nach *A. Burgstaller* gilt der Ausschluss bei Erörterung von Betriebsgeheimnissen nur »*in bestimmten Verfahren.*«¹⁹⁴¹ 565

Das scheint auch *Herzig*¹⁹⁴² zu vertreten, wenn er erklärt, dass § 26 UWG »*zu den in § 172 ZPO vorgesehenen Ausnahmen*« eine neue hinzufüge, indem er bestimme,

geschlossen werden kann. Es bleibt aber unklar, ob sich diese Autoren nur auf lauterkeitsrechtliche Verfahren beziehen. Vgl *Holzhammer*, Zivilprozessrecht² 132.

1933 *Klein/Engel*, Zivilprozess 310 FN 4 [arg »*Nach § 26 UWG auch dann [...]*«].

1934 Zivilprozess 184 [arg »*in Prozessen über einen Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch nach dem UWG*«].

1935 *Fasching in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 30; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 687.

1936 *Simotta* in FS-Matscher 458; *Simotta*, ÖJZ 1993, 795.

1937 Hingegen versteht *Schneider* (EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm]), die Ausführungen dahingehend, dass *Simotta* das Vorliegen eines Unternehmensgeheimnisses *de lege lata* für einen Ausschlussgrund hält.

1938 *Fucik in Rechberger/Klicka*⁵ § 172 ZPO Rz 3. Dass das auch auch für die Rechtslage nach der UWG-Novelle 2018 gelten soll, ist freilich ein Versehen.

1939 Für Prozesse wegen Markenverletzungen sind seine Aussagen durch die Markenrechtsnovelle 1999 BGBl I 1999/111 überholt, weil mit dieser der Ausschluss der Öffentlichkeit bei Gefährdung von Unternehmensgeheimnissen ausdrücklich ermöglicht wurde.

1940 *Loos*, ÖBl 1997, 271.

1941 *A. Burgstaller* in Praktisches Zivilprozessrecht I⁶ 101.

1942 In *Wiebe/Kodek*² § 26 UWG Rz 2.

dass die Öffentlichkeit einer Verhandlung über einen zivilrechtlichen Anspruch aufgrund dieses Gesetzes dann auf Antrag ausgeschlossen werden könne, wenn durch die Öffentlichkeit der Verhandlung ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis gefährdet würde.

- 567 *Schumacher*¹⁹⁴³ sieht überhaupt – außerhalb des Wettbewerbsprozesses und bei Verbandsklagen – nur die Tatsachen des Familienlebens als einen den Ausschluss der Volksöffentlichkeit rechtfertigenden Grund an, was freilich § 172 Abs 1 ZPO widerspricht. Seiner Ansicht nach könne die Volksöffentlichkeit nicht wegen eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses ausgeschlossen werden, »und dies wird mitunter als erhebliches Manko des Geheimnisschutzes empfunden«.¹⁹⁴⁴ Eine Ausnahme sei nur im Wettbewerbsprozess und bei Verbandsklagen vorgesehen,¹⁹⁴⁵ wodurch der Schutz von derartigen Geheimnissen in anderen Zivilverfahren nicht ausreichend gewahrt sei. Rechtspolitisch fordert er, dass bei einem Unternehmensgeheimnis ein Ausschluss der Öffentlichkeit beantragt werden kann.¹⁹⁴⁶
- 568 Ähnlich sind die (vorwiegend) rechtspolitischen Äußerungen von *Zimmermann* aufzufassen, der den Geheimnisschutz bei einem Unternehmensgeheimnis im Aussageverweigerungsrecht beschränkt sieht und (erkennbar) eine Änderung der Gesetzeslage dahingehend fordert, dass der Geheimnisschutz gegenüber Rechtspflegeinteressen so abgewogen werden sollte, dass die Interessen der Betroffenen fallweise den Ausschluss der Öffentlichkeit über gemeinsamen Parteiantrag ohne Nichtigkeitssanktion gebieten.¹⁹⁴⁷
- 569 *Albiez/Pablik/Parzmayr* vertreten bei ihrer Besprechung von § 172 ZPO die Ansicht, dass die Öffentlichkeit wegen Unternehmensgeheimnissen »nach anderen Bestimmungen ausgeschlossen werden kann«. Das bezieht sich erkennbar aber nur auf jene speziellen Verfahren, in denen derartige Ansprüche geltend gemacht werden (vgl »sind etwa Ansprüche nach dem UWG Gegenstand des Verfahrens, [...]«).¹⁹⁴⁸
- 570 Ähnlich bereits *Parzmayr*, wonach nur einzelne Bestimmungen außerhalb der ZPO die Möglichkeit böten, die Öffentlichkeit bei Gefährdung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses auszuschließen. Die Frage nach einem allgemeinen Ausschlussgrund bei einem Unternehmensgeheimnis bleibe unbeantwortet, die teilweise in der Literatur vertretene bejahende Ansicht habe sich in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung »jedoch noch nicht durchgesetzt«.¹⁹⁴⁹ In der Praxis führe die fehlende Möglichkeit, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Verfahren vor der Öffentlichkeit geheim zu halten, mitunter dazu, dass gerichtliche

1943 ZJP 123 (2010) 284.

1944 *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 284.

1945 *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 284.

1946 *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 301.

1947 *Zimmermann*, RZ 2015, 201.

1948 *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 24.

1949 Richtig müsste es wohl heißen, dass sich das Höchstgericht dazu noch nicht äußern musste.

Auseinandersetzungen bei Bestehen solcher Geheimnisse gescheut würden. Vertreter man nicht ohnehin die Meinung, dass bereits § 172 Abs 2 ZPO eine Ausschließung ermögliche, wäre eine entsprechende gesetzliche Regelung *de lege ferenda* zu begrüßen.

Gegen die ablehnende und (im Wesentlichen nur) auf einen Umkehrschluss von Spezialbestimmungen gestützte Ansicht wandte sich die vorwiegend jüngere Lehre mit dem wesentlichen Argument,¹⁹⁵⁰ dass hier die Volksöffentlichkeit zur Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung iSd § 172 Abs 1 aE ZPO führen würde.

Bereits *Neuwirth*¹⁹⁵¹ subsumiert unter den Ausschlussgrund »Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung« jene Konstellation, in der eine »erschöpfende Erörterung des Sachverhalts in aller Öffentlichkeit« nicht erwartet werden kann, weil eine Partei in diesem Fall eventuell wesentliche Geschäftsgeheimnisse, wie Produktionsmethoden, Bezugsquellen, Absatzverhältnisse usw preisgeben müsste.¹⁹⁵² Die Erschwerung der Feststellung des Sachverhalts könne in der Hemmung einer Partei liegen, ihre Geheimnisse preiszugeben, aber auch darin, dass an sich unverborgene Verhältnisse allgemein publik gemacht werden sollten.

*Schragerl*¹⁹⁵³ vertritt zum Ausschlussgrund »Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung« die Ansicht, die volle Sachverhaltsermittlung könne gehindert sein, wenn Parteien oder Zeugen Hemmungen hätten, gewisse rechtlich erhebliche Tatsachen vor der Öffentlichkeit kundzutun, auch wenn es sich nicht um Tatsachen des Familienlebens oder Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses handle, aber (immerhin!) wenn etwa Beziehungen zum Dienstgeber, zu Freunden oder Kollegen betroffen seien. Manchmal sollte die Wahrscheinlichkeit, der Wahrheit näher zu kommen, mehr wiegen als die Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes. Weiter als § 172 Abs 1 ZPO gehe Art 6 Abs 1 EMRK, der unter besonderen Umständen und nur im erforderlichen Umfang die Ausschließung der Öffentlichkeit zulasse, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde. Im Gegensatz zu § 172 Abs 1 ZPO sei nicht auf einen *Missbrauch* der Öffentlichkeit durch deren Repräsentanten, die Parteien oder deren Vertreter abzustellen, sondern *allein auf die Interessen der Rechtspflege*. Es könne also die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn das Gericht überzeugt sei, nur so könne eine wahrheitsgemäße oder unbefangene Zeugenaussage erreicht werden. Da der ohnehin ungültige österreichische Vorbehalt zu Art 6 EMRK eher eine weitere Einschränkung der Öffentlichkeit ermögliche, nicht aber die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung dort erzwingen wolle, wo Art 6 Abs 1 EMRK die Ausschließung der

1950 *Schragerl* (in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 9) zieht offenbar auch den Ausschlussgrund »Tatsachen des Familienlebens« heran.

1951 In *Fasching*¹ II, 825.

1952 Damit bezieht sich dieser Autor erkennbar auf die Materialien zur ZPO; vgl Mat II 317.

1953 *Schragerl* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 8.

Öffentlichkeit zulasse, könne § 172 Abs 1 ZPO dahingehend ausgelegt werden, dass allein Interessen der Rechtspflege – diese allerdings eng verstanden im Sinne einer Härteklausel – die Ausschließung der Öffentlichkeit rechtfertigten. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse könnten außerhalb von Verbands- oder UWG-Klagen eine wesentliche Rolle spielen. Die Parteien könnten sehr wohl ein Interesse haben, sie zum Gegenstand der Verhandlung zu machen, keineswegs aber, sie der Öffentlichkeit zu offenbaren. Weiter verweist er auf die im Strafprozess flexiblere Regelung,¹⁹⁵⁴ die ganz allgemein bei Überwiegen schutzwürdiger Interessen die Ausschließung zulasse, wenn Umstände aus dem Geheimnisbereich zu erörtern seien. Nichts anderes könne für den Zivilprozess gelten, zumal ein Zeuge über Fragen, die ein Kunst- (= Betriebs-) oder Geschäftsgeheimnis betreffen, die Aussage verweigern und damit die Wahrheitsfindung erschweren könne. Für derartige Geheimnisse bejaht der Autor den Ausschlussgrund des § 172 Abs 1 ZPO (Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung).¹⁹⁵⁵ An anderer Stelle geht *Schragel* bei der Behandlung des Ausschlussgrundes »Tatsachen des Familienlebens« erkennbar davon aus, dass die Entfernung der Zuhörer wegen Geschäftsgeheimnissen verlangt werden könne.¹⁹⁵⁶

574 *Sengstschmid*¹⁹⁵⁷ hält fest, dass für Unternehmensgeheimnisse der Ausschließungsgrund des § 172 Abs 2 ZPO (»Tatsachen des Familienlebens«) *analog* anzuwenden sei, eines Rückgriffs auf den Ausschlussgrund »Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung« bedürfe es nicht, wenngleich der Autor diese Bestimmung freilich heranziehen will, um zu verhindern, dass Zeugen, die bei Ausschluss der Öffentlichkeit zur Aussage bereit wären, den Aussageverweigerungsgrund des § 321 Abs 1 Z 5 ZPO nützen.¹⁹⁵⁸

575 Nach *Adamovic*¹⁹⁵⁹ ist die Öffentlichkeit kein selbständiger Wert, dem die Wahrheitsfindung geopfert werden müsste. Es sei ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit, Gleiches gleich zu behandeln. Auch in der ZPO sei der Geheimnisschutz gegenüber den Rechtspflegeinteressen so abzuwägen, dass fallweise der Ausschluss der Öffentlichkeit über Parteiantrag ohne Nichtigkeitssanktion geboten sei. Die Sonderbestimmungen (zB im UWG und KSchG) seien als Ausfluss eines allgemeinen Prinzips zu verstehen. Im Ergebnis geht *Adamovic* erkennbar davon aus, dass die Öffentlichkeit bereits *de lege lata* bei einem von der Rechts-

1954 Im Strafprozess ist die Öffentlichkeit amtswegig oder auf Antrag auch bei Überwiegen schutzwürdiger Interessen auszuschließen, wenn Umständen aus dem persönlichen Lebens- oder dem Geheimnisbereich des Angeklagten, eines Zeugen oder eines Dritten sowie vor der Vernehmung eines anonymen Zeugen zu erörtern sind (§ 229 Abs 1 und 2 StPO).

1955 *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 Rz 11.

1956 *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 Rz 9.

1957 In *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 49.

1958 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 50.

1959 RZ 2004, 168.

ordnung geschützten Geheimnis (zB Amtsgeheimnis, Unternehmensgeheimnis, Bankgeheimnis und Datenschutz) über Antrag auszuschließen sei.

*Schöberl*¹⁹⁶⁰ wendet sich gegen einen aus § 26 UWG abgeleiteten Umkehrschluss, wonach der Gesetzgeber den Ausschluss der Öffentlichkeit auf explizit geregelte Fälle beschränken wollte. Vielmehr wollte er – die Problematik erkennend – dies in einigen, besonders offensichtlichen Fällen eindeutig regeln. In zu § 26 UWG gleichgelagerten Fällen sei somit davon auszugehen, dass die Öffentlichkeit von der Verhandlung ausgeschlossen werden könne, wenn Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse einer Partei gefährdet seien. Ein derartiger Ausschluss müsse möglich sein, wenn aus den in den Schriftsätzen der Parteien aufgestellten Behauptungen erkennbar ist, dass eine erschöpfende Erörterung des Sachverhalts in aller Öffentlichkeit nicht erwartet werden kann, weil eine Partei in diesem Fall eventuell wesentliche Geschäftsgeheimnisse preisgeben müsste.

576

*Garber*¹⁹⁶¹ räumt ein, dass zwar für die nicht vom direkten Anwendungsbereich des § 26 UWG bzw § 30 KSchG erfassten Zivilverfahren eine vergleichbare *allgemeine* Bestimmung fehle. Daraus könne allerdings nicht geschlossen werden, dass ein Ausschluss der Öffentlichkeit – selbst bei *evidenter Gefährdung* eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses – in diesem Fall nicht zulässig wäre. Um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse vor Ausspähung durch Konkurrenten des Unternehmers zu schützen, müsse vielmehr auch in anderen Zivilverfahren die Möglichkeit bestehen, die Volksöffentlichkeit auszuschließen. Andernfalls könnte die drohende Gefahr, dass vertrauliche Informationen der Öffentlichkeit bekannt werden, die Partei oder den Zeugen zur Verweigerung der Aussage oder gar zur Falschaussage veranlassen. Daher bestehe in diesem Fall die Besorgnis, dass die Sachverhaltsfeststellung erschwert werde. Die begründete Besorgnis, dass die Öffentlichkeit der Verhandlung zum Zwecke der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung missbraucht werden würde, sei nach § 172 ZPO ein Ausschlussgrund. Dies entspreche der Auffassung des Gesetzgebers. Die Möglichkeit, die Volksöffentlichkeit von der mündlichen Verhandlung auszuschließen, um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu wahren, sei mit Art 6 EMRK vereinbar.

577

Ohne Bezugnahme auf Sonderregeln hält *Neumayr* fest, dass § 172 ZPO den Ausschluss der Öffentlichkeit in bestimmten Fällen *auch* zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ermögliche.¹⁹⁶²

578

Schneider überträgt den dem Ausschließungsgrund *Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung* zugrundeliegenden Gedanken auf Unternehmensgeheimnisse. Wenn zu erwarten sei, dass einer Partei aufgrund der Gefährdung ihrer Unternehmensgeheimnisse eine erschöpfende Erörterung des Sachverhalts nur schwer

579

1960 ÖJZ 2005, 290.

1961 ÖJZ 2012, 652, der sich hier allerdings zu Unrecht auf die Meinung von *Schumacher* bezieht.

1962 *Neumayr*, Erkenntnisverfahren 1⁶ 13.

möglich sein wird, berechtige das zu einem Ausschluss der Öffentlichkeit.¹⁹⁶³ An anderer Stelle verweist sie darauf, dass Unternehmensgeheimnisse im Beweisverfahren absoluten Schutz genießen. Einem Unternehmensgeheimnis werde im Zivilprozess vielfach der Vorrang vor der Wahrheitsfindung eingeräumt. Beim Ausschluss der Öffentlichkeit sei dieser weitreichende Schutz ebenfalls zu gewährleisten. Der Ausschluss sei jedoch davon abhängig zu machen, ob das Geheimnis im Verfahren erörtert werden muss. Durch die insofern vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung komme von vornherein weder der Öffentlichkeit noch dem Unternehmensgeheimnis eine höherrangige Stellung zu.¹⁹⁶⁴

c. *Die Entscheidung 6 Ob 157/14b*

580 Der OGH hat sich in einer das *Bankgeheimnis* betreffenden Grundsatzentscheidung¹⁹⁶⁵ unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zu § 172 ZPO (in der Fassung vor der UWG-Novelle 2018),¹⁹⁶⁶ die Rechtsprechung des EuGH¹⁹⁶⁷ und Bezugnahme auf ausgewählte Ansichten im Schrifttum wegen eines nach außen zu wahrenden *Bankgeheimnisses* einen Ausschluss im Ergebnis bejaht. Die Ausführungen in der Entscheidung lassen freilich erkennen, dass sie für ein *Unternehmensgeheimnis* gelten.

581 Dem Verfahren lag eine Klage eines großen Kreditinstituts (= Mutter eines Bankkonzerns) ua gegen deren ehemalige Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder zugrunde. Die klagende Bank stützte ihre Schadenersatzansprüche darauf, dass die beklagten Organwalter bestimmte notleidende Kreditverhältnisse im Jahresabschluss nicht wertberichtet hätten. Wegen der Öffentlichkeit der Verhandlung und des von ihr einzuhaltenden Bankgeheimnisses brachte die Klägerin jedoch die Namen der Kreditnehmer und die Einzelheiten aus den Kreditverhältnissen insb zu Besicherungen vorerst nicht vor und legte bezughabende Urkunden in weiten Teilen geschwärzt vor. Zur Ermöglichung eines vollständigen Vorbringens unter gleichzeitiger Einhaltung des Bankgeheimnisses beantragte die Klägerin den Ausschluss der Öffentlichkeit für jene Tagsatzungen, in denen Informationen behandelt würden, die dem Bankgeheimnis unterlagen. Der OGH

1963 *Schneider*, Geheimnisschutz 185.

1964 *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm].

1965 6 Ob 157/14b EvBl 2015/61 [zustimmend *Schneider*] = ÖBA 2015/2114 [zustimmend *Sindelar*].

1966 Mat II 317. Die Materialien halten diesbezüglich fest, die Zulässigkeit einer Geheimerklärung sei schon in der Besorgnis begründet, dass die Öffentlichkeit eine Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung zur Folge haben würde, wenn zum Zwecke der Begründung einer Klage oder behufs Verteidigung Dinge vorgebracht werden müssten, welche eine Partei aus geschäftlichen Gründen nicht an die Öffentlichkeit gelangen lassen wolle, wie zB Produktionsmethoden, Bezugsquellen, Absatzverhältnisse, Kundenliste usw.

1967 EGMR 30.11.1987, 8950/80, *H/Belgien* = EGMR-E 3, 711; EGMR 26.9.1995, 18160/91, *Diennet/Frankreich* Rz 34.

hielt im Revisionsrekursverfahren¹⁹⁶⁸ nach eingehender Prüfung des BWG fest, dass das Bankgeheimnis der Klagsführung des klagenden Kreditinstituts nicht entgegenstehen könnte und es ihr ermöglicht werden müsste, Umstände vorzubringen und zu beweisen, die vom Bankgeheimnis umfasst seien. Den Ausschluss der Öffentlichkeit leitete der OGH nun primär daraus ab, dass die vom Bankgeheimnis geschützten Umstände nur im unbedingt notwendigen Ausmaß offenbart werden dürften. Die Durchbrechung des Bankgeheimnisses gehe aber nicht soweit, dass das klagende Kreditinstitut alle prozessrelevanten Umstände, die an sich dem Bankgeheimnis unterliegen, der Öffentlichkeit offenbaren dürfe. Vom OGH wurde die mögliche Alternative zu einem Ausschluss geprüft, ob es dem Kreditinstitut möglich und zumutbar sei, sich von den einzelnen Kreditnehmern vom Bankgeheimnis entbinden zu lassen, was er letztendlich verneinte. Schon um der Klägerin die Verfolgung ihrer Ansprüche und *gleichzeitig* die Einhaltung des Bankgeheimnisses zu ermöglichen, sei es daher notwendig, die Öffentlichkeit von den Verhandlungen (teilweise) auszuschließen. Die nach Ausschluss der Öffentlichkeit im Zivilprozess involvierten Personen (Richter, Richteramtsanwärter, Rechtspraktikanten, Rechtsanwälte, ehemalige Aktionäre und Organwalter des klagenden Kreditinstituts) seien gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Durch diese Verschwiegenheitspflichten sei gewährleistet, dass in einem Zivilprozess Umstände, die an sich dem Bankgeheimnis unterliegen, den Gerichtssaal nicht verlassen.

d. *Stellungnahme*

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen (siehe unten), wengleich eine dogmatische Einordnung des Ausschlussgrundes zu vermissen ist. Es geht nicht klar hervor, ob sich das Höchstgericht auf einen der Ausschlussgründe des § 172 ZPO (und wenn ja auf welchen) oder direkt auf Art 6 Abs 1 EMRK stützte oder gar eine Analogie heranzog.

Oben wurde bereits aufgezeigt (Rz 540 ff), dass der Ausschluss der Volksöffentlichkeit sich auf den direkt anzuwendenden Art 6 Abs 1 EMRK stützen kann, um eine Beeinträchtigung der Rechtspflege zu verhindern bzw das Privatleben der Beteiligten zu schützen. Dieses Ergebnis findet Deckung in der ZPO. In Betracht kommt der amtswegig heranzuziehende Ausschließungsgrund der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung nach § 172 Abs 1 ZPO letzter Fall.

¹⁹⁶⁸ In der Entscheidung findet sich kein Hinweis darüber, ob der Senat § 173 Abs 2 Satz 2 ZPO deshalb nicht für anwendbar erachtete, weil das Rechtsmittel nicht den Ausschluss, sondern nur dessen Verweigerung bekämpfte. *Sengstschmid* (in *Fasching/Konecny*³ § 173 ZPO FN 13) geht davon aus, die Entscheidung habe die abgesonderte Anfechtung wegen der von Art 8 EMRK umfassten Geheimhaltungsinteressen implizit bejaht.

584 Dagegen spricht *prima vista* die Sonderregel des § 119 Abs 2 PatG 1970, weil nach dieser Norm der Ausschluss der Öffentlichkeit im Bereich des PatG 1970 »außer in den im § 172 der ZPO erwähnten Fällen« ua bei der Gefährdung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses einer der Parteien oder eines Zeugen möglich ist. Ungeachtet der Tatsache, dass § 119 Abs 2 PatG 1970 nur vor dem Patentamt und nicht im gerichtlichen Verfahren Anwendung findet,¹⁹⁶⁹ deckt diese Bestimmung eine restriktive Interpretation des § 172 Abs 1 ZPO. Man könnte hier vertreten, dass zumindest der Gesetzgeber des PatG 1970 der Meinung gewesen sei, dass der Ausschluss wegen eines Unternehmensgeheimnisses *nicht* von § 172 ZPO umfasst war.

585 Dieser Aspekt darf freilich nicht überbewertet werden.¹⁹⁷⁰ Vielmehr kann aus § 119 PatG 1970 durchaus geschlossen werden, dass im PatG 1970 wegen der sich dort besonders häufig ergebenden Problematik im Zusammenhang mit Unternehmensgeheimnissen eine vertrauliche Behandlung mit hinreichender Deutlichkeit sichergestellt werden sollte. Entsprechendes gilt für die Sonderregeln im UWG, KSchG, MSchG, UGB, AMG und KartellG 2005. Der Umstand, dass in diesen Verfahren die Möglichkeit besteht, die Ausschließung der Öffentlichkeit der Verhandlung zu beantragen, wenn ansonsten ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis gefährdet wird, spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht.¹⁹⁷¹ Auch die mit dem UWG 1923 eingeführte Bestimmung des § 26 UWG wollte in erster Linie aufgrund der Bedeutung von Geschäftsgeheimnissen im Wettbewerbsprozess die Möglichkeit eines Ausschlusses der Öffentlichkeit verdeutlichen.¹⁹⁷² Ähnliches gilt für die Verbandsklagen¹⁹⁷³ und zuletzt auch im Bereich des Kartellschadenersatzrechts.¹⁹⁷⁴ Ein Umkehrschluss dahingehend, dass die Öffentlichkeit wegen eines gefährdeten Unternehmensgeheimnisses *außerhalb* der in den Sondernormen geregelten Fälle nicht ausgeschlossen werden könne, ist schon aufgrund des Wortlauts des § 172 Abs 1 ZPO und der eindeutigen Materialien zu § 172 ZPO nicht zulässig.

1969 Loos, ÖBL 1997, 271; Schöberl, ÖJZ 2005, 290.

1970 Schon methodisch bestehen Zweifel, dem Geber verschiedenster Gesetze einen *einheitlichen* Willen zu unterstellen, ganz unabhängig von der Entstehungszeit der einzelnen Normen und ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtsgebiet. Noch viel weniger kann ein derartiger einheitlicher Wille angenommen werden, wenn man sich die stark von Einzelpersonen oder bestimmten Ministerien geprägten Gesetzwerdungsverfahren vor Augen hält.

1971 Schragel in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 11.

1972 Schöberl, ÖJZ 2005, 290.

1973 Weit über die Ausschlussmöglichkeit nach § 172 ZPO hinausgehend sieht § 616 Abs 2 ZPO für das Aufhebungsverfahren von Schiedssprüchen vor, dass die Öffentlichkeit auch (dann schon) ausgeschlossen werden kann, wenn ein »berechtigtes Interesse daran dargetan wird«. Nach der RV zum Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 (ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 29) wurde dieser über § 172 ZPO und auch über § 19 AußStrG hinausgehende Grund für den Ausschluss der Öffentlichkeit aufgrund des vertraulichen Charakters des Schiedsverfahrens eingefügt.

1974 § 37j Abs 6 Z 2 KartellG 2005 ist nicht nur mit der Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL zu erklären, weil diese zwar Maßnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen, nicht aber zwingend die Möglichkeit zum Ausschluss der Öffentlichkeit fordert.

Schon nach dem gemeinsamen Bericht der Permanenzkommission des Herrenhauses und des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses rechtfertigen Umstände, die eine Partei »aus geschäftlichen Gründen nicht in die Öffentlichkeit gelangen lassen will, wie zum Beispiel Produktionsmethoden, Bezugsquellen, Absatzverhältnisse, Kundenlisten usw.« den Ausschluss der Öffentlichkeit wegen dieser Fallgruppe.¹⁹⁷⁵ Diese historischen Ausführungen sind im Zusammenhang mit der Tatsache zu sehen, dass die Regierungsvorlage noch wesentlich »ausschlussfreundlicher« war als die endgültige und noch heute geltende Fassung des § 172 ZPO. Die Regierungsvorlage sah nämlich die Möglichkeit vor, die Verhandlung auf *übereinstimmenden Antrag* der Streitparteien auszuschließen (dazu unten). Das war dem Reichsrat vor allem aus verfassungsrechtlichen Gründen¹⁹⁷⁶ zu weitgehend, weshalb die Möglichkeiten für einen Ausschluss enger gefasst wurden, nicht ohne fast schon beschwichtigend auf die ohnedies bestehenden Möglichkeiten hinzuweisen.

586

Nach dem Konzept der ZPO soll die Öffentlichkeit vor allem der materiellen Wahrheitsfindung dienen, »die durch Chicane und Unehrlichkeit herbeigeführten Störungen sollen mit Hilfe der Öffentlichkeit aus dem Prozesse gebannt werden.«¹⁹⁷⁷ Wie bereits zur EMRK ausgeführt, gilt für den Bereich der ZPO, dass ein Ausschluss dann notwendig ist, wenn die Öffentlichkeit die Sachverhaltsermittlung nicht erleichtert, sondern erschwert. Das trifft auf das Vorliegen von Unternehmensgeheimnissen zu. Eine Geltendmachung von derartigen Geheimhaltungsinteressen kann daher den Ausschluss der Öffentlichkeit dann rechtfertigen, wenn die Sachverhaltsdarstellung erschwert wird.¹⁹⁷⁸ Letzteres wird bei Unternehmensgeheimnissen in der Regel der Fall sein, weil die Partei (ungeachtet allfälliger Aussageverweigerungsgründe) gehemmt sein wird, diese vertraulichen Tatsachen »*vor aller Öffentlichkeit auszubreiten*«. ¹⁹⁷⁹

587

Ungeachtet des Wortes »missbraucht« in § 172 Abs 1 ZPO setzt der Ausschlussgrund dabei nicht voraus, dass der Gegenpartei oder Dritten ein prozesswidriges Verhalten subjektiv vorzuwerfen ist.¹⁹⁸⁰ Gegen ein solches Verständnis sprechen die

588

1975 Mat II 317.

1976 Damit wurde auf das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 22. 12. 1867, RGBl Nr 144, Bezug genommen, dessen Art 10 wie folgte lautete: »*Die Verhandlungen vor dem erkennenden Richter sind in Civil- und Strafrechts-Angelegenheiten mündlich und öffentlich. Die Ausnahmen bestimmt das Gesetz. Im Strafverfahren gilt der Anklageprozeß.*«

1977 Mat I 257 (Regierungsvorlage).

1978 *Neuwirth in Fasching*¹ II, 825; *Schöberl*, ÖJZ 2005, 290; *Simotta* in FS-Matscher 458; *Schragel in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 11.

1979 *Schöberl*, ÖJZ 2005, 290.

1980 *Coulon*, Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter 1 (1908) Heft 7, 4; aA *Schragel in Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 8, der zB auf »*Tiraden für den Gebrauch der Medien, die für die Prozessentscheidung ohne Belang sind*«, abstellt und den Verdacht vorsätzlichen Handelns verlangt.

oben zitierten Materialien. Vielmehr wird mit der Verwendung dieses Ausdrucks auf den Zweck der Öffentlichkeit zur Wahrheitsermittlung abgestellt, der durch die Öffentlichkeit zweckentfremdet werden und sich ins Gegenteil verkehren würde, wenn Parteien oder Zeugen dazu gezwungen sind, Unternehmensgeheimnisse preiszugeben. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass diese Personen durch Aussageverweigerungsgründe geschützt wären, weil die Ausschließung der Öffentlichkeit in einigen Fällen dazu führen wird, dass von derartigen Weigerungsgründen nicht Gebrauch gemacht wird. Von dieser Wertung gehen auch das AHG und das OrgHG aus. In diesen Verfahren gilt die Amtsverschwiegenheit nicht. Zum Ausgleich sind die Voraussetzungen für den Ausschluss der Öffentlichkeit gelockert. Diese Wertungen werden durch eine verfassungskonforme Interpretation gedeckt, die sich am Fall der Ausschließung im Interesse der Rechtspflege nach Art 6 EMRK zu orientieren hat, der – wie ausgeführt – unmittelbar und direkt anzuwenden ist. *Schragerl* weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass der ohnedies ungültige österreichische Vorbehalt eine Einschränkung der Öffentlichkeit ermöglichen, nicht aber die Öffentlichkeit dort erzwingen will, wo eine Ausschließung nach Art 6 EMRK zulässig wäre.¹⁹⁸¹

589 Schließlich erscheint die allein auf einen Umkehrschluss (des Wortlauts) von Sondervorschriften gestützte Argumentation nicht hinreichend, den Ausschluss der Volksöffentlichkeit wegen Unternehmensgeheimnissen zu verweigern. Ein Umkehrschluss, der einer analogen Ausdehnung der gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung entgegensteht, ist nämlich allein dann begründet, wenn Zweck bzw Wertung des Gesetzes *nur* auf den ausdrücklich vom Gesetz erfassten Tatbestandsbereich zutreffen.¹⁹⁸² Gerade das ist hier auszuschließen (vgl Rz 323). Die Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses durch die Volksöffentlichkeit wiegt in einem lauterkeitsrechtlichen Verfahren oder bei einer Verbandsklage nicht schwerer als bei einem allgemeinen Schadenersatzprozess oder bei einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit. Dabei können die bereits in den Materialien zur ZPO dargelegten Erwägungen zur Erschwerung der *materiellen Wahrheitsfindung*¹⁹⁸³ durchaus nutzbar gemacht werden.

590 Wenngleich der Begriff des *Privatlebens* im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK weit auszulegen ist und – wie ausgeführt – einen Ausschluss wegen der Gefährdung von Unternehmensgeheimnissen rechtfertigen kann, lässt sich ein solcher nur schwer auf den Wortlaut des Ausschließungsgrunds *Erörterung des Familienlebens*

1981 *Schragerl* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 8.

1982 *Kodek* in *Rummel/Lukas*⁴ § 7 ABGB Rz 28; RIS-Justiz RS0008850. Vgl auch das berühmte Diktum von *Ehrenzweig* (System I/1 AT³ 82) vom »*armseligen Schluss*«, was nach der zutreffenden Ansicht von *Kramer* (Methodenlehre⁵ 222) freilich nur dann zutrifft, wenn sich der Umkehrschluss nur auf eine Wortlautinterpretation stützt.

1983 Vgl Rz 528.

im Sinne des § 172 Abs 2 ZPO stützen.¹⁹⁸⁴ Auch eine – eine planwidrige Lücke erfordernde – Analogie,¹⁹⁸⁵ die sich *ausschließlich* auf (die Stammfassung des) § 172 Abs 2 ZPO stützt, ist schwer argumentierbar, zumal bereits dem historischen Gesetzgeber die Problematik von Geschäftsgeheimnissen im Zusammenhang mit der Volksöffentlichkeit bewusst war.¹⁹⁸⁶ Ob sich die oben aufgezeigten, spezielleren und später entstandenen Normen im Immaterialgüterrecht, für Verbandsklagen und im Bereich des Kartellschadenersatzrechts als Analogiebasis anbieten, muss schon im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Öffentlichkeit bezweifelt werden. Sowohl der aus Art 90 Abs 1 Satz 2 B-VG abzuleitende Schluss, dass Ausnahmen nur zulässig sind, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht, als auch die strikte Handhabung von Art 6 EMRK, der einen Ausschluss nur bei unbedingter Erforderlichkeit zulässig macht,¹⁹⁸⁷ spricht gegen eine Ausdehnung der Ausschließungsgründe *im Wege der Analogie*. Für einen Anlassfall wird es wohl wenig Unterschied machen, ob die Öffentlichkeit bei Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses nun wegen Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung (auch amtswegig) oder in analoger Anwendung der genannten Sonderregeln (auf Antrag) ausgeschlossen werden soll.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bereits nach der Stammfassung des § 172 ZPO die Ausschließung der Öffentlichkeit gerechtfertigt sein kann, wenn die zur Klärung des Sachverhalts erforderlichen Umstände ein Unternehmensgeheimnis tangieren. Damit liegt ein von der EMRK anerkanntes Ziel vor. Im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung (Art 6 EMRK!) ist dabei stets zu prüfen, ob der Ausschluss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Die zur ZPO geschilderte Problematik wird insoweit relativiert, als – wie oben ausgeführt – der direkt anzuwendende Art 6 Abs 1 EMRK einen Ausschluss bei Gefährdung von Unternehmensgeheimnissen deckt. Es ist daher zu begrüßen, dass der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der *Know-How-RL* die Bestimmung des § 172 ZPO in diesem Sinne änderte (dazu sogleich).¹⁹⁸⁸

591

2. Rechtslage nach der UWG-Novelle 2018

Nach Art 9 Abs 2 *Know-How-RL* haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die zuständigen Gerichte auf ordnungsgemäß begründeten Antrag einer Partei spezifische Maßnahmen treffen können, die erforderlich sind, um die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses oder eines angeblichen Geschäftsgeheimnisses

592

1984 AA offenbar *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 9.
 1985 Für eine Analogie *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 49.
 1986 Mat II 317.
 1987 Zu beiden Aspekten vgl 1 Ob 154/14z mwN.
 1988 Siehe bereits ME 58 BlgNR 26. GP.

zu wahren, das im Laufe eines Gerichtsverfahrens im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses genutzt oder auf das in diesem Rahmen Bezug genommen wird. Nach lit b leg cit ist der Zugang zu Anhörungen, bei denen unter Umständen Geschäftsgeheimnisse oder angebliche Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden, und zu der entsprechenden Aufzeichnung oder Mitschrift dieser Anhörungen auf eine begrenzte Anzahl von Personen zu beschränken. Daraus lässt sich ableiten, dass auch ein Ausschluss der Volksöffentlichkeit ermöglicht werden muss, um dadurch den Schutz eines Unternehmensgeheimnisses zu wahren. Der österreichische Gesetzgeber sah sich im Zuge der UWG-Novelle 2018 veranlasst, in Umsetzung des Art 9 Abs 2 *Know-How*-RL die Bestimmung des § 172 Abs 2 ZPO wie folgt zu ändern:

(2) Überdies kann das Gericht auf Antrag auch nur einer der Parteien die Öffentlichkeit ausschließen, wenn zum Zwecke der Entscheidung des Rechtsstreites Tatsachen des Familienlebens oder Geschäftsgeheimnisse erörtert und bewiesen werden müssen.

593 Wengleich diese Änderung (als Klarstellung) im Sinne der oben vertretenen Rechtsansicht zu begrüßen ist und die Diskussion damit auch im Sinne des Verfassers beendet, wäre Art 9 Abs 2 lit b GeschäftsgeheimnisRL bereits mit dem schon geltenden § 26 UWG erfüllt gewesen. Die (insb aus der Sicht von Art 6 EMRK) nicht zu beanstandende Novellierung der ZPO ist unter diesem Gesichtspunkt eine »Fleißaufgabe« des Gesetzgebers, zumal die neue Regel auch außerhalb des Anwendungsbereichs der *Know-How*-RL gilt. Das hat insofern praktische Konsequenzen, als sich die Umsetzung des verfahrensrechtlichen Schutzes von Unternehmensgeheimnissen im Zuge der UWG-Novelle 2018 (sonst) auf jene (von der RL umfassten) Verfahren beschränkt, die den rechtswidrigen Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder die Offenlegung eines Geheimnisses »zum Gegenstand« haben (Art 9 Abs 1 *Know-How*-RL). Die Bestimmung des § 26h UWG (dazu Rz 903 ff) über den verfahrensrechtlichen Geheimnisschutz entspricht dieser Vorgabe, diese Norm ist daher nicht anwendbar, wenn das Geheimnis im Verfahren nur »beiläufig« zu Tage tritt.¹⁹⁸⁹ Hingegen kann in solchen Konstellationen die Volksöffentlichkeit aufgrund der allgemein gehaltenen Formulierung des § 172 Abs 2 ZPO ausgeschlossen werden. Für die Anwendung dieser Bestimmung reicht es nämlich schon aus, dass ein Unternehmensgeheimnis Gegenstand des Beweisverfahrens bzw von Erörterungen (des Gerichts oder der Parteien) ist. Es ist nicht erforderlich, dass

1989 ZB: In einem Bauprozess, in dem der beklagte Besteller dem Werklohnanspruch des Klägers Gewährleistungsansprüche entgegenhält, verweigert der als Zeuge vernommene Subunternehmer unter Hinweis auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO die Beantwortung einzelner Fragen zur von ihm angewendeten Methode. Die neuen Regeln im UWG kommen nicht zur Anwendung. Das Geheimnis ist nicht Gegenstand des Verfahrens.

ein Geheimnis (oder seine Verletzung) einem Anspruch (oder einer Einwendung) zugrundeliegt.

F. Verzicht auf Öffentlichkeit?

Neben den ausdrücklich vorgesehenen Gründen für einen Ausschluss der Öffentlichkeit ist zu überlegen, ob diese nach einem übereinstimmenden Antrag beider Parteien ausgeschlossen werden könnte. Ein derartiger Ausschlussgrund war bereits in der Regierungsvorlage zur ZPO vorgesehen,¹⁹⁹⁰ was letztlich aber unter Hinweis auf verfassungsrechtliche Vorgaben¹⁹⁹¹ und fehlende »*zwingende sachliche Gründe*« wieder gestrichen wurde.¹⁹⁹² Mangels gesetzlicher Grundlage kann im streitigen Verfahren die Öffentlichkeit *de lege lata* nicht schon deshalb ausgeschlossen werden, wenn das beide Parteien einverständlich beantragen.¹⁹⁹³

594

Fasching plädierte *de lege ferenda* für die Möglichkeit eines Ausschlusses der Volksöffentlichkeit »*wenn beide Parteien dies übereinstimmend (ohne weitere Begründung) beantragen.*«¹⁹⁹⁴ Die Öffentlichkeit habe nie die Bedeutung erlangt, die ihr aus dogmatischen Gründen zugebilligt werde; in Wahrheit habe die Öffentlichkeit inhaltlich und in der Problematik einen wesentlichen Wandel erfahren. Durch die Teilnahme der Massenmedien stelle sich heute die Öffentlichkeit als eine Beeinträchtigung der Prozessführung dar und nicht zuletzt als eine Gefährdung der Intimsphäre der Parteien. Diesem Vorschlag schloss sich *Schragel* an,¹⁹⁹⁵ wobei er damit argumentierte, dass der Schutz der Persönlichkeitsrechte heute schwerer wiegen sollte als der »*nur historisch erklärbare Schutz vor einer Geheimjustiz*«. Nach *Schöberl* sei eine solche Vorgangsweise *de lege lata* zwar nicht zulässig, erscheine aber zweifellos diskussionswürdig, wobei sie unter Verweis auf die Entscheidung des EGMR vom 14. 2. 2006, 45983/99, *Kaplan/Österreich*, damit argumentiert,¹⁹⁹⁶ dass »*die MRK einen solchen Verzicht der Parteien auf die Volksöffentlichkeit grundsätzlich zulässt.*«¹⁹⁹⁷

595

-
- 1990 Mat I 122: »Die Öffentlichkeit ist auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien [...] auszuschließen.«
 1991 Damals noch Art 10 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 22. 12. 1867, RGBl Nr 144.
 1992 Mat II 317.
 1993 Höllwerth in *Gitschthaler/Höllwerth*, 19 AußStrG § Rz 28 [»ist wohl nicht zweifelhaft«]; *Schöberl*, ÖJZ 2005, 290; *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 93.
 1994 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 682; *Fasching*, Prozessprinzipien 57.
 1995 *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 18.
 1996 Gerade aus dieser Entscheidung kann man die Möglichkeit eines Verzichts nicht stützen, wies der EGMR doch ausdrücklich darauf hin, dass das in Rede stehende Sorgerechtsverfahren in Österreich nicht öffentlich ist, weshalb es für Art 6 EMRK irrelevant sei, ob eine öffentliche Verhandlung beantragt wurde oder nicht. Im Ergebnis hielt der Gerichtshof den (gesetzlichen) Ausschluss der Öffentlichkeit für zulässig, weil das Verfahren mit einer formalen Entscheidung (über die Zuständigkeit) endete.
 1997 *Schöberl*, ÖJZ 2005, 290.

596 Auch in Deutschland wird diskutiert, ob ein konsensualer Ausschluss der Öffentlichkeit eine taugliche Maßnahme des Geheimnisschutzes ist. So wurde 2014 am 70. Deutschen Juristentag in Hannover folgende Forderung mehrheitlich angenommen: »Der Gesetzgeber sollte prüfen, ob und wenn ja in welchem Umfang ein Bedürfnis besteht, die Vertraulichkeit auch des staatlichen Gerichtsverfahrens auf übereinstimmenden Antrag der Parteien vom Gericht anordnen lassen zu können.«¹⁹⁹⁸ Daran anschließend forderte Zimmermann jüngst für das österreichische Recht den »fallweisen Ausschluss der Öffentlichkeit über gemeinsamen Parteienantrag ohne Nichtigkeitssanktion«.¹⁹⁹⁹ Er machte dies aber gleichzeitig von der Abwägung des Geheimnisschutzes gegenüber den Rechtspflegeinteressen abhängig, wobei der Ausschluss der Öffentlichkeit in einem derartigen Fall »als Ausfluss eines allgemeinen Prinzips« geboten sei. Diese offenbar *de lege ferenda* gestellte Forderung würde aber wohl eine Einschränkung der derzeitigen Ausschlussgründe bedeuten, wenn trotz überwiegender Geheimhaltungsinteressen ein gemeinsamer Antrag erforderlich sein soll.

597 *Prima vista* erscheint ein derartiger konsensualer Verzicht geeignet und sinnvoll, den Schutz von Unternehmensgeheimnissen zu gewähren und damit gleichzeitig die Wahrheitsfindung zu fördern. Gerade wenn die Geheimhaltungsproblematik nicht in der Parteiöffentlichkeit liegt, weil ohnedies beide Streitparteien Kenntnis vom Unternehmensgeheimnis haben (man denke zB an Verfahren zwischen ehemaligen Vertragspartnern), kann es im Interesse beider Parteien liegen, dass vertrauliche Informationen nicht in aller Öffentlichkeit breitgetreten werden. Selbst wenn die Geheimhaltungsinteressen nicht auf beiden Seiten gleichmäßig verteilt sind, muss nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass die Möglichkeit eines derartigen gemeinsamen Antrags keinen Anwendungsbereich hat.²⁰⁰⁰

598 Darauf basiert aber die Argumentation von Köbl²⁰⁰¹ und Simotta,²⁰⁰² die die Sinnhaftigkeit eines *gemeinsamen* Antrags vor allem deshalb in Frage stellen, weil ein Konsens unrealistisch sei. Köbl geht zur deutschen Rechtslage im Zusammenhang mit einem vom dt BMJ 1961 herausgegebenen Bericht der deutschen Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (vgl dort 181) wegen der »naturgemäß eher feindseligen Haltung der Prozessparteien gegenüber« davon aus, dass ein solcher Antrag nur dann gestellt werde, wenn die Öffentlichkeitsscheu zufällig gerade auf beide Seiten gleichmäßig verteilt ist. Sie plädiert dafür, dass

1998 DJT Hannover 2014 Abteilung Prozessrecht, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? III. Reform des Erkenntnisverfahrens Punkt 21. Ich danke hier Herrn VPdOLG Innsbruck Dr. Zimmermann für den Hinweis und die Übermittlung der Unterlage.

1999 Zimmermann, RZ 2015, 201.

2000 Schragel in Fasching/Konecny² [Vorauslage] § 171 ZPO Rz 18.

2001 In FS-Schnorr von Carolsfeld 249, wonach es »vom Zufall abhängt, dass die Öffentlichkeitsscheu gerade auf beide Seiten gleichmäßig verteilt ist«.

2002 In FS-Matscher 462.

die Öffentlichkeit schon auf Wunsch *einer* Partei ausgeschlossen werden oder bei grundsätzlicher Nichtöffentlichkeit die Volksöffentlichkeit nur im Einverständnis der Parteien zugelassen werden soll.

Von der Sinnhaftigkeit einer Ausschließungsmöglichkeit auf Antrag ist freilich die Frage zu unterscheiden, ob überhaupt mit einem Konsens zwischen den Parteien zu rechnen ist und ob mit der Einräumung eines gemeinsamen Antrags alle Problemfälle abgedeckt werden können. Der von *Simotta* gegen den Vorschlag *Faschings* erhobene Einwand, dass die Prozessparteien »*naturgemäß eine eher feindselige Haltung gegeneinander haben und sich daher oft die andere Partei aus Bestemm oder um den Gegner zu ärgern, dem Antrag auf Ausschließung der Öffentlichkeit nicht anschließen wird*«, spricht ebenso wie ihr Hinweis, dass der persönliche Lebensbereich eines Zeugen durch ein Antragsrecht der Parteien nicht geschützt werde, nicht gegen die Sinnhaftigkeit des Vorschlags, zumal dieser zumindest einen Teil der Geheimhaltungsproblematik lösen könnte. Nach dem Vorschlag *Faschings* sollte der Ausschluss aufgrund gemeinsamen Antrags die bisherigen Ausschließungsgründe nicht ersetzen, sondern nur ergänzen (arg »*auch dann ausgeschlossen werden sollte*«). Davon abgesehen zeigt bereits die tägliche Gerichtspraxis, dass auch in streitigen Verfahren in vielen Bereichen Konsens zwischen den Parteien besteht, bei denen die Streitteile auf die Geltendmachung prozessualer Rechte gemeinsam verzichten bzw eine bestimmte Vorgangsweise zumindest nicht durch die ihnen eingeräumten Widerspruchsrechte zum Scheitern bringen.²⁰⁰³

599

Zu denken ist etwa an den regelmäßig erklärten Verzicht auf Neudurchführung der mündlichen Verhandlung bei Richterwechsel nach § 412 ZPO, die einvernehmliche Verlesung von Protokollen der Vorinstanz (§ 488 Abs 4 ZPO) oder anderer Gerichte (§ 281a ZPO), die (meist schlüssig) erteilte Einwilligung zur Klagsänderung (§ 235 Abs 2 ZPO), die Außerstreitstellungen (§§ 266f ZPO) oder die oftmals gestellten »gemeinsamen Vertagungsanträge«. Es ist nicht zu beobachten, dass die Parteien reichlich die Gelegenheit nützen, »*um den Gegner zu ärgern*«, was vor allem im Anwaltsprozess darauf zurückzuführen ist, dass die beruflichen Parteivertreter nicht ausschließlich das Obsiegen im Anlassverfahren, sondern auch eine fortwährende gedeihliche Kooperation mit dem Anwaltkollegen und dem Gericht vor Augen haben. Es kann daher nicht *prima vista* unterstellt werden, dass die von *Fasching* vorgeschlagene Möglichkeit zwingend am fehlenden Konsens scheitern wird müssen.

600

Es ist allerdings fraglich, ob ein derartiger Antrag den Vorgaben des Art 6 EMRK entspricht.²⁰⁰⁴ Grundsätzlich vertritt der EGMR, dass die Natur bestimmter von der Konvention gewährleisteter Rechte einen Verzicht auf deren Ausübung

601

2003 Ähnliches ist auch bei Schiedsverfahren in größeren unternehmensrechtlichen Streitfällen festzustellen.

2004 AA *Schöberl*, ÖJZ 2005, 290, wonach die EMRK einen solchen Verzicht »grundsätzlich« zulässt.

ausschließt,²⁰⁰⁵ bei anderen Rechten ist es dagegen nicht so.²⁰⁰⁶ Nach der im Zusammenhang mit Strafprozessen oder Disziplinarverfahren entwickelten Rechtsprechung des EGMR soll die Zulässigkeit eines Verzichts (»des Angeklagten«) auf die Volksöffentlichkeit möglich sein.²⁰⁰⁷

Im Fall *Le Compte ua/Belgien* sprach der EGMR im Zusammenhang mit einem Disziplinarverfahren gegen mehrere Ärzte aus, dass weder Buchstabe noch der Geist des Art 6 EMRK den Beschuldigten an einem Verzicht hindere. Und: »Wenn sich ein Disziplinarverfahren mit Einverständnis des Betroffenen im Geheimen abspielt, verletzt das nicht die Konvention,« sofern das innerstaatliche Recht dies ermöglicht.²⁰⁰⁸ Ähnliches judizierte der EGMR in der Entscheidung *H/Belgien* zu einem Disziplinarverfahren bezüglich eines Rechtsanwalts.²⁰⁰⁹ Das wurde auch außerhalb von Straf- und Disziplinarverfahren vertreten, etwa in der Entscheidung *Hakansson ua/Schweden*, in der es um die Enteignung einer Liegenschaft ging. Der EGMR wiederholte, dass es einer Partei freistehe, auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung zu verzichten, wobei allerdings gleichzeitig betont wurde, dass ein solcher Verzicht ungewiss ob Erfolg erfolgen muss und keinem wichtigen öffentlichen Interesse widersprechen darf. Eine Verletzung von Art 6 EMRK sei dann zu verneinen, wenn die (mögliche) Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht beantragt wurde.²⁰¹⁰ Ähnliches judiziert der EGMR in Sozialrechtsangelegenheiten.²⁰¹¹

Nach der Judikatur des EGMR kann aber ein Verzicht dann nicht im Unterlassen eines Antrags auf Herstellung der Öffentlichkeit erblickt werden, wenn in der Praxis niemals öffentliche Verhandlungen stattfinden und die Herstellung der Öffentlichkeit auf Antrag im Gesetz nicht vorgesehen ist.²⁰¹²

602 Bereits wegen des öffentlichen Interesses an der Kontrolle durch die Volksöffentlichkeit bzw ihres staatspolitischen Zwecks begegnet die Frage des Verzichts auf die Öffentlichkeit aus der Sicht des EMRK grundsätzlichen Bedenken. Das vor allem dann, wenn man (schon) wegen eines Verzichts beider Parteien die *Öffentlichkeit* ausschließen und ihnen damit ein Recht auf Nichtöffentlichkeit zubilligen muss, ohne Art 6 EMRK²⁰¹³ oder auf Art 8 EMRK gestützte Geheimhaltungsinteressen wei-

- 2005 ZB eine Freiheitsentziehung: EGMR 18.6.1971, 2832/66, *De Wilde ua/Belgien*, Rn 65 = EGMR-E 1, 114.
 2006 Ausdrücklich EGMR 10.2.1983, 7299/75, *Albert ua/Belgien* Rz 35 = EGMR-E 2, 208.
 2007 Zustimmung Peukert in Frowein/Peukert³ Art 6 EMRK Rz 199 [»jedenfalls ist das Recht auf Öffentlichkeit grundsätzlich verzichtbar«]; W. Roth, EuGRZ 1998, 498; Sutter/Urtz in FS-Ritz 322; krit SK-StPO/Paefffgen EMRK Art 6 Rz 106.
 2008 EGMR 23.6.1981, 6878/75, *Le Compte ua/Belgien*, Rn 59 = EuGRZ 1981, 551 = NJW 1982, 2714, 2716. Ähnlich auch EGMR 10.2.1983, 7299/75, *Albert ua/Belgien*, Rn 34 = EGMR-E 2, 208.
 2009 EGMR 30.11.1987, 8950/80, *H/Belgien*, Rn 54 = EGMR-E 3, 711.
 2010 EGMR 21.2.1990, 11855/85, *Hakansson ua/Schweden*, Rn 66 = EuGRZ 1992, 5, 10.
 2011 EGMR 24.6.1993, 14518/89, *Schuler-Zraggen/Schweiz*, Rn 58 = EuGRZ 1996, 604, 606.
 2012 EGMR 26.9.1995, 18160/91, *Diennet/Frankreich*, Rn 31; EGMR 24.3.2005, 54645/00, *Osinger/Österreich*, Rn 49; EGMR 21.9.2006, 12643/02, *Moser/Österreich*, Rn 96 = ÖJZ-MRK 2007/10 [»It is therefore not decisive that the applicant did not request a public hearing, since domestic law did not provide for such a possibility and the courts' practice was to hold hearings in camera.«].
 2013 Art 6 EMRK vermittelt kein Recht auf Nichtöffentlichkeit (Peukert in Frowein/Peukert³ Art 6 EMRK Rz 199). Entsprechendes vertritt *Khakzadeh-Leiler* (in Rill-Schäffer-Kommentar Art 90

ter zu prüfen. Liegt nämlich gar kein Ausschlussgrund vor, könnten damit die Vorgaben aus der EMRK umgangen werden.²⁰¹⁴ Diese schützen eben nicht *ausschließlich* die Parteien, sondern nehmen *auch auf das Interesse der Öffentlichkeit* Rücksicht und sichern damit den rechtsstaatlichen und demokratiepolitischen Aspekt der Volksöffentlichkeit ab. Damit greift das Argument zu kurz, dass die Parteien nur ihre privatrechtliche Angelegenheit vor dem Gericht austragen.²⁰¹⁵ Schließlich ist der zwingende Charakter der Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK zu beachten.²⁰¹⁶ Die vom EGMR zum Verzicht entwickelte Rechtsprechung war von den jeweiligen Anlassfällen – die vor allem Verfahren in Straf-, Disziplinar- oder Pflugschaftssachen²⁰¹⁷ betrafen oder bei denen Ansprüche gegen eine Amtspartei verfolgt wurden – stark geprägt. Die Judikatur kann aber für den klassischen Zivilprozess nicht dahingehend verstanden werden, dass die Öffentlichkeit – quasi als *generelle Maxime* – wegen eines im nationalen Recht vorgesehenen gemeinsamen Antrags der Parteien stets und ohne weitere Prüfung ausgeschlossen werden *muss*.²⁰¹⁸ Mit einer derartigen Vorgangsweise würde der in einem wichtigen öffentlichen Interesse²⁰¹⁹ gelegene Zweck der Volksöffentlichkeit gänzlich negiert werden.²⁰²⁰

Mit der hier vertretenen Ablehnung eines *zwingenden Ausschließungsgrundes* bei einem gemeinsamen Verzicht werden die Geheimhaltungsinteressen der Streitparteien nicht ungebührlich beeinträchtigt, weil der Schutz eines Unternehmensgeheimnisses nach gebotener Abwägung aller Interessen²⁰²¹ eine Ausschließung der Öffentlichkeit ermöglicht, was durch die mit § 172 Abs 2 ZPO idGF erfolgte Klarstellung in der Praxis erleichtert wird. Damit wird eine schlichte Negation des verfassungsrechtlich abgesicherten Öffentlichkeitsprinzips im Sinne des Vorschlags von *Fasching* vermieden.²⁰²²

603

B-VG Rz 6) für den Bereich des Art 90 B-VG, die zutreffend auch darauf hinweist, dass sich ein derartiger Anspruch allenfalls aus Art 8 EMRK ableiten lässt (vgl auch *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 504 ff), was auch für die EMRK vertreten wird (*Kühne* in IntKommEMRK Art 6 EMRK Rz 352; *Peukert* in *Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 199).

2014 *Nowak/Schwaighofer*, EuGRZ 1985, 729 FN 59; *Peukert*, EuGRZ 1980, 247 (268).

2015 *Schragel* in *Fasching/Konecny*² [Vorausgabe] § 171 ZPO Rz 18.

2016 EGMR 27.2.1980, 6903/75, *Deweer/Belgien*, Rn 49 = EGMR-E 1, 463.

2017 EGMR 14.2.2006, 45983/99, *Kaplan/Österreich* = ÖJZ-MRK 2006/20.

2018 *Nowak/Schwaighofer*, EuGRZ 1985, 729 FN 59.

2019 Vgl EGMR 21.2.1990, 11855/85, *Hakansson ua/Schweden*, Rn 66 = EuGRZ 1992, 5, 10 [»must not run counter to any important public interest«].

2020 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 95.

2021 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 172 ZPO Rz 42.

2022 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 94.

G. Zur datenschutzrechtlichen Kritik an den Bestimmungen zur Öffentlichkeit

604 An anderer Stelle wurde bereits ausgeführt, dass Unternehmensgeheimnisse nicht *per se* dem Datenschutz unterliegen, weil bei einem Unternehmensgeheimnis nicht immer personenbezogene Daten betroffen sind (Rz 239). Wenn dies aber der Fall ist, stellt sich die Frage, ob datenschutzrechtliche Bestimmungen (zwingend) den Ausschluss der Öffentlichkeit bei Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses erfordern.

605 Das Grundrecht auf Datenschutz diene bereits *Jahoda* als Argument für seine radikale Kritik an der Volksöffentlichkeit, wobei sich dieser Autor nur auf das strafprozessuale Verfahren bezog. Ohne Bezugnahme auf Art 6 Abs 1 EMRK stellt *Jahoda* in den Raum, dass das Grundrecht auf Datenschutz dem Art 90 B-VG derogiert habe und vertritt (wohl *de lege ferenda*) die Ansicht, dass die Volksöffentlichkeit »höchstens« dann zulässig sein sollte, wenn der Angeklagte sie beantragt. Durch die »barbarische und absurde« Öffentlichkeit der Verhandlung würden nämlich (auch) Unschuldige an »den Pranger gestellt und ihre personenbezogenen Daten, an denen sie ein schutzwürdiges Interesse haben, der Öffentlichkeit preisgegeben.«²⁰²³

606 Eine (im Ergebnis) ähnliche Argumentation wählte *Simotta* für den Zivilprozess, wonach die Bestimmungen der ZPO über die Öffentlichkeit und deren Ausschluss »in eklatantem Widerspruch zum Grundrecht auf Datenschutz stehen«, weil nicht in allen Fällen, in denen einer Partei oder einem Zeugen das Recht auf Geheimhaltung zukommt, die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann.²⁰²⁴ Die Autorin bezog diesen Vorwurf auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, kritisiert aber auch ganz allgemein, dass Zuhörer öffentlicher Verhandlungen »von Dingen Kenntnis erlangen (können), die als personenbezogene Daten dem Datenschutz unterliegen.«²⁰²⁵ Sie fordert die Erweiterung der gesetzlichen Möglichkeiten eines Ausschlusses der Öffentlichkeit und die Angleichung der ZPO an die Bestimmung des § 229 Abs 2 StPO.

In Deutschland nahm *G. Wagner* auf diese »massive datenschutzrechtliche Kritik, der sich die öZPO ausgesetzt sieht« Bezug²⁰²⁶ und hob hervor, dass im Gegensatz dazu die deutsche Rechtslage²⁰⁰⁷ im Bereich der Volksöffentlichkeit kein wunder Punkt des prozessrechtlichen Datenschutzes geworden sei.

2023 *Jahoda*, AnwBl 1980, 292.

2024 *Simotta* in FS-Matscher 459; ihr folgend *Stenzl*, Datenschutzrechtliche Probleme im Zivilverfahren (Diss 2000) 52 f.

2025 *Simotta*, ÖJZ 1993, 796.

2026 *G. Wagner*, ZZP 108 (1995) 209.

2027 Nach § 171b dGVG kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, soweit Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten, eines Zeugen oder eines durch eine rechtswidrige Tat Verletzten zur Sprache kommen, deren öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen würde. Das gilt nicht, solange das Interesse an der öffentlichen Erörterung

Auch *Grabenwarter*²⁰²⁸ berücksichtigt den verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz vor Veröffentlichung von personenbezogenen Daten nach § 1 DSGVO 2000, bietet aber eine differenzierte Haltung an. Es würden analoge Überlegungen wie zum Ausschlussgrund »Schutz des Privatlebens« gelten. Vorausgesetzt, dass ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung der Daten bestehe, sei die Veröffentlichung von solchen Daten im Rahmen einer mündlichen Verhandlung nur unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit im Sinne des Art 8 Abs 2 EMRK zulässig.²⁰²⁹ Kämen im Rahmen einer Veröffentlichung notwendigerweise Daten zur Sprache, an deren Geheimhaltung ein überwiegendes Interesse der Betroffenen bestehe, so habe das Gericht die Öffentlichkeit im erforderlichen Umfang auszuschließen. Insgesamt sind die Ausführungen von *Grabenwarter* aber nicht dahingehend zu verstehen, dass das Grundrecht auf Datenschutz losgelöst von Art 6 EMRK zu prüfen ist, zumal der Autor die datenschutzrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zum Ausschlussgrund »Schutz des Privatlebens« untersucht. Er unterstellt den Schutz von Geheimnissen in der beruflichen Sphäre, insb von Unternehmensgeheimnissen – ganz im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs²⁰³⁰ – als »Wirtschaftsdaten« dem Grundrecht auf Datenschutz. Diese seien vom Ausschlussgrund des Schutzes des Privatlebens erfasst.²⁰³¹

607

Wenngleich die datenschutzrechtliche Kritik an der Volksöffentlichkeit wichtige Aspekte und Fragen aufwirft, muss darauf geachtet werden, dass dabei nicht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird. Es ist somit eine Lösung anzustreben, die den Datenschutz weder ignoriert noch von einer »Datenschutzhysterie« geprägt ist. Das Postulat, dass persönliche Daten vor der Volksöffentlichkeit stets und unbedingt geschützt werden müssten, ist überschießend und würde im Ergebnis dazu führen, dass nahezu bei jeder Verhandlung die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden müsste. Für die Durchführung eines Zivilverfahrens ist es in der Regel notwendig, personenbezogene Daten zu ermitteln und zu verwenden. Es verbietet sich daher schon im Ansatz, das gesamte Datenschutzrecht den Regeln über den Zivilprozess (im Wesentlichen also der ZPO, der JN, dem GOG und dem ZustG)

608

dieser Umstände überwiegt. § 172 dGVG normiert unter anderem einen Ausschlussgrund dahingehend, dass auch ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis zur Sprache kommt, durch dessen öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt würden.

Liebscher (Datenschutz 231) spricht sich zur deutschen Rechtslage dagegen aus, Geheimhaltungsinteressen der Prozessparteien jeweils höher zu bewerten als das Öffentlichkeitsprinzip, »weil es dann keinen öffentlichen Prozess mehr gäbe.« Nach *Liebscher* trügen diese Einschränkungen den Ausnahmefällen, in denen im Hinblick auf die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung die Geheimhaltungsinteressen überwiegen, genügend Rechnung, denn sie erlaubten bei besonders sensiblen Daten einen Ausschluss des Publikums.

2028 In *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 168.

2029 *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 168.

2030 VfSlg 12.228/1989, 12.880/1991, 16.369/2001.

2031 *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 168.

quasi undifferenziert »überzustülpen« und die Vorgaben an das Verfahrensrecht insoweit auszublenden. Gerade das geschieht aber, wenn die Volksöffentlichkeit bereits *per se* deshalb als Verletzung datenschutzrechtlicher Vorgaben angesehen wird, weil die Gewährung der Öffentlichkeit Unbeteiligten die Kenntnisnahme von personenbezogenen Daten ermöglicht. Die datenschutzrechtliche Problematik ist aber nicht isoliert von den Vorgaben für den streitigen Zivilprozess zu lösen. Vielmehr ist die Frage in einer Gesamtschau des DSG 2000 und der ZPO sinnvoll zu beantworten.²⁰³²

Abseits von der Frage der Volksöffentlichkeit prüfte *Röhsner*²⁰³³ die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von amtswegigen Maßnahmen im Beweisverfahren durch den Streitrichter (Einholung von Auskünften über personenbezogene Daten bei diversen Versorgungsunternehmen), wobei er aber – im Widerspruch zur gebotenen ganzheitlichen Sicht – isoliert auf die Normen des DSG 2000 abstellte. Er kam zum Ergebnis, dass eine derartige Beischaufung von Daten den Bestimmungen der §§ 1, 6, 7 und 8 DSG 2000 widerspreche und das Verfahren deshalb nichtig sei.²⁰³⁴ Eine Untersuchung, ob die ZPO eine derartige Vorgangsweise ermöglicht, unterblieb. Dieser Ansatz ist schon deshalb abzulehnen, weil eine aus verfahrensrechtlicher Sicht fehlerfreie Verwendung von Daten aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig ist (vgl unten Rz 611).

609 Bei den datenschutzrechtlichen Normen ist zu differenzieren, ob diese grundrechtlich abgesichert sind oder ob es sich um einfachgesetzliche Bestimmungen handelt. Von zentraler Bedeutung ist dabei das im Verfassungsrang stehende Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG 2000²⁰³⁵). Die eigentlichen Regeln des DSG 2000 über die Verwendung von Daten, die Datensicherheit, die Publizität der Datenverarbeitung oder den Rechtsschutz der Betroffenen sind hingegen in einfachgesetzlichen Normen festgehalten.

2032 *Rassi* in FS-M. Schneider 438.

2033 *Röhsner*; *immolex* 2000, 351.

2034 Kritisch *Rassi* in FS-M. Schneider 437 ff.

2035 § 1. (1) Jedermann hat, insb auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind. (2) Soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt, sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der geringsten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.

Aus dem *Grundrecht auf Datenschutz* folgt, dass jede Verwendung personenbezogener Daten – abgesehen von der Verwendung allgemein verfügbarer oder indirekt personenbezogener Daten – ein Eingriff in das Grundrecht auf Geheimhaltung ist. Eingriffe staatlicher Behörden bedürfen eine die Verwendung rechtfertigende gesetzliche Grundlage.²⁰³⁶ Nach einer noch zu § 1 DSG 1978²⁰³⁷ ergangenen Entscheidung des VfGH hat der Gesetzgeber »*derartige Rechtsvorschriften inhaltlich so zu gestalten, dass die Beschränkung des Grundrechtes zur Erreichung des von ihm angestrebten – iSd § 1 Abs 2 erster Satz DSG zulässigen – Zieles erforderlich und geeignet ist und zu ihm in einem angemessenen Verhältnis steht.*«²⁰³⁸ Gleichartiges lässt sich aus der Textierung des § 1 Abs 2 DSG 2000 ableiten. Entsprechend judiziert der VfGH, dass die erforderliche gesetzliche Grundlage »[...] *ausreichend präzise, also für jedermann vorhersehbar regelt, unter welchen Voraussetzungen die Ermittlung bzw die Verwendung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben erlaubt ist.*«²⁰³⁹

610

Vergleichbare Grundlagen für die im Gerichtsverfahren notwendigen Datenverwendungen finden sich in der Regel in den maßgebenden Verfahrensgesetzen. Damit diese dem Grundrecht auf Datenschutz entsprechen, müssen sie eine Wertung vornehmen, ob in einer bestimmten Situation ein »überwiegendes berechtigtes Interesse« an der Verwendung bestimmter Daten vorliegt und daher die Verwendung jedenfalls zulässig ist, oder – alternativ – Regelungen vorsehen, die eine Abwägung der maßgebenden Interessen ermöglichen und die Zulässigkeit der Verwendung von deren Ergebnis abhängig machen.²⁰⁴⁰ Eine durch Verfahrensgesetze derart gedeckte Ermittlung, Verarbeitung oder Weitergabe personenbezogener Daten wegen überwiegender berechtigter Interessen verletzt aufgrund der damit vorliegenden Rechtsgrundlage nicht die Datenschutzrechte der Betroffenen.²⁰⁴¹ Beim Datenschutz in der Zivilgerichtsbarkeit ist somit primär auf die zivilverfahrensrechtlichen Normen Bezug zu nehmen, was sich aus dem im DSG 2000 vorgegebenen Rechtsschutz für datenschutzrechtliche Ansprüche ergibt, die sich nach den jeweiligen Verfahrensgesetzen richten (§ 83 GOG).

611

2036 Spenling, Datenschutz 13.

2037 § 1 (1) Jedermann hat Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit er daran ein schutzwürdiges Interesse, insb im Hinblick auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, hat.

(2) Beschränkungen des Rechtes nach Abs 1 sind nur zur Wahrung berechtigter Interessen eines anderen oder auf Grund von Gesetzen zulässig, die aus den in Art 8 Abs 2 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. Nr. 210/1958) genannten Gründen notwendig sind. Auch im Falle solcher Beschränkungen muss der vertraulichen Behandlung personenbezogener Daten Vorrang gegeben werden.
[...].

2038 VfGH B1740/88.

2039 VfSlg 19.567; 19.738; 19.892 uva.

2040 Spenling, Datenschutz 13.

2041 Rassi in FS-M. Schneider 438.

Wendet das Gericht das Verfahrensrecht korrekt an, wird damit einer Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz weitgehend vorgebeugt.²⁰⁴² Oder anders formuliert: »Eine den Verfahrensgesetzen entsprechende Verwendung von Daten ist daher auch aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig.«²⁰⁴³ Das findet Deckung in der neuen DSGVO.²⁰⁴⁴ Demnach ist die Verarbeitung solcher personenbezogener Daten erlaubt, wenn sie erforderlich ist, um rechtliche Ansprüche in einem Gerichtsverfahren geltend zu machen, auszuüben oder zu verteidigen (Erwägungsgrund 52). Der Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und der Schutz von Gerichtsverfahren können die datenschutzrechtlichen Pflichten und Rechte beschränken (Art 23 Abs 1 lit f DSGVO). Von dieser Möglichkeit hat der österr. Gesetzgeber mit dem Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, BGBl I 2018/32, Gebrauch gemacht. § 84 GOG sieht nun vor, dass sich »bei Datenverarbeitungen im Rahmen der justiziellen Tätigkeit in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen und der in Senaten zu erledigenden Justizverwaltung« die sich aus Art 12 bis 22 und Art 34 der DSGVO und die sich aus § 1 Abs 3 DSG 2000 ergebenden Rechte und Pflichten (im Wesentlichen Auskunft, Richtigstellung, Löschung) sowie deren Durchsetzung »nach den Verfahrensgesetzen und den darauf beruhenden Verordnungen sowie den Vorschriften dieses Bundesgesetzes« richten. Das bedeutet, dass es diese Rechte im Rahmen der justiziellen Tätigkeit nur insoweit gibt, als sie in den Verfahrensgesetzen vorgesehen sind (etwa Akteneinsicht, Registerauskunft nach §§ 89l und 89q GOG; Richtigstellung des Protokolls, Skartierungsvorschriften etc).

612 Die datenschutzrechtliche Grundrechtskonformität der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung muss sich an den in § 1 Abs 2 DSG 2000 normierten (verfassungsrechtlichen) Anforderungen an die Zulässigkeit eines Eingriffs einer Behörde in das Grundrecht auf Datenschutz messen; und zwar daran, ob die Volksöfentlichkeit ihre Grundlage in einem Gesetz hat, das aus den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen notwendig ist. Bei Daten, die ihrer Art nach besonders schutz-

- 2042 Zutreffend 6 Ob 197/14k; 6 Ob 225/15d; 6 Ob 156/16h; 6 Ob 1/17s; RIS-Justiz RS0129940. Einen ähnlichen Ansatz wählte bereits *Prütting* (ZZP 106 [1993] 459) für die durchaus vergleichbare deutsche Rechtslage. § 4 Abs 1 d Bundesdatenschutzgesetz normiert, dass die »Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig [sind], soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.« *Prütting* leitet aus der in der dZPO geregelten generellen Verpflichtung jeder Person, als Zeuge vor Gericht zu erscheinen, die Zulässigkeit der Zeugenbenennung (auch aus Dateien) nach § 4 Abs 1 BDSG ab.
- 2043 6 Ob 225/15d; 6 Ob 156/16h; 6 Ob 1/17s. Folgerichtig ist es demnach auch nicht statthaft, während eines Gerichtsverfahrens oder nach dessen rechtskräftiger Erledigung mit einem Antrag nach § 85 GOG gegen die Verwendung von Daten, soweit sie in den Verfahrensgesetzen geregelt ist, vorzugehen.
- 2044 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

würdig sind, verlangt § 1 Abs 2 DSGVO 2000, dass die Verwendung nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorgesehen ist.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Sengstschmid* im Zusammenhang mit der Öffentlichkeit der Urteilsverkündung. Dadurch, dass durch das Gesetz bei grundrechtskonformer Auslegung die Öffentlichkeit des Urteils gefordert sei, stünden datenschutzrechtliche Erwägungen diesem Ergebnis nicht entgegen, weil es sich schon von Gesetzes wegen um allgemein verfügbare Daten iSd § 1 DSGVO 2000 handle.²⁰⁴⁵

Diese Argumentation steht allerdings unter dem Verdacht eines Zirkelschlusses, weil die zu prüfende Grundrechtskonformität der allgemeinen Verfügbarkeit dieser Daten (= Öffentlichkeit) bereits vorausgesetzt wird, um damit eine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz zu verneinen. Schließlich macht die Erörterung eines Umstands in einer öffentlichen Verhandlung diesen nicht allgemein zugänglich.²⁰⁴⁶

Die Bezugnahme auf überwiegende Interessen, die den schutzwürdigen *datenschutzrechtlichen Geheimhaltungsinteressen* widerstreiten, erfordert eine *Interessensabwägung*, die bereits vom Gesetzgeber vorgenommen werden kann oder die dem Prozessgericht überlassen wird.²⁰⁴⁷ Im Bereich der Volksöffentlichkeit ist nach der ZPO diesbezüglich sogar in dreifacher Weise zu differenzieren. In Ehesachen ist die Volksöffentlichkeit kategorisch und bereits von Gesetz wegen ausgeschlossen (§ 460 Z 3 ZPO); damit sind personenbezogene Daten, allenfalls Unternehmensgeheimnisse, vor Dritten geschützt (1. Fall). Im Übrigen lassen die Bestimmungen über die Volksöffentlichkeit grundsätzlich Raum für eine vom Richter vorzunehmende Abwägung der maßgebenden Interessen zwischen den Polen Geheimhaltung und Volksöffentlichkeit (bzw dem Informationsinteresse Dritter), von deren Ergebnis die Ausschließung der Volksöffentlichkeit abhängt. Diese Abwägung hat sich im vom Gesetzgeber (bzw der EMRK) vorgegebenen Rahmen zu halten. Da die maßgeblichen Verfahrensgesetze dabei auf die von § 1 DSGVO 2000 umfassten Geheimhaltungsinteressen Rücksicht nehmen, kann das Gericht im Rahmen einer Interessensabwägung das Recht auf Datenschutz (etwa im Fall von Unternehmensgeheimnissen) berücksichtigen (2. Fall). Nach § 172 ZPO kann (durchaus im Einklang mit Art 6 EMRK) – allerdings nicht in allen Fällen, bei denen personenbezogene Daten im Verfahren erörtert werden müssten – die Ausschließung der Öffentlichkeit angeordnet werden (3. Fall), weil der Schutzbereich des § 1 DSGVO 2000 weit über jene Geheimhaltungsinteressen hinausreicht, die einen Ausschluss ermöglichen.

613

Entgegen der Ansicht *Simottas* wird das Grundrecht auf Datenschutz nicht schon deshalb »eklatant verletzt«, weil die Öffentlichkeit nicht *in allen Fällen*, in de-

614

2045 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 70.

2046 *Bertel* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 310 Rz 4; 13 Os 58/81 SSt 52/35; 4 Ob 230/07p.

2047 Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 15 Anm 16.

nen einer Partei oder einem Zeugen das Recht auf Geheimhaltung nach dem DSGVO 2000 zukommt, ausgeschlossen werden kann. Eine Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen über die Volksöffentlichkeit liegt hier schon deshalb nicht vor, weil der Gesetzgeber im Bereich des § 172 ZPO selbst eine Interessensabwägung vornimmt, der die Wertung zugrunde liegt, dass außerhalb der normierten Ausschließungsgründe ein »überwiegendes berechtigtes Interesse« an der Verwendung bestimmter Daten im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung besteht. Das Verfahrensrecht rechtfertigt hier durchaus in verfassungskonformer Weise einen derartigen Eingriff in datenschutzrechtliche Geheimhaltungsinteressen, weil das Recht auf ein faires Verfahren und die Teilnahme- bzw Informationsrechte Dritter bzw der Öffentlichkeit zu den Rechten anderer gehören, auf die in Art 8 Abs 2 EMRK Bezug genommen wird. Es würde im Gegenteil dem Gebot der Verhältnismäßigkeit²⁰⁴⁸ widersprechen, wenn bereits jegliche öffentliche Bekanntmachung von personenbezogenen Daten ausreicht, um die Öffentlichkeit auszuschließen, ohne darauf abzustellen, inwieweit die vom DSGVO 2000 geschützte Person von der öffentlichen Erörterung tatsächlich betroffen und in ihren Interessen verletzt sein könnte. Unternehmensgeheimnisse rechtfertigen einen Ausschluss der Öffentlichkeit, weshalb diesbezüglich den datenschutzrechtlichen Vorgaben entsprochen wird.

- 615** Auch die Verwendung von Daten, »die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind«,²⁰⁴⁹ kann bei der Volksöffentlichkeit in der Regel mit wichtigen öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden (vgl dazu oben die Ausführungen zum Zweck der Öffentlichkeit).

Die gegenteilige Auffassung würde im Bereich sensibler Daten dazu führen, dass etwa *alle Verfahren*, bei denen der Gesundheitszustand einer Partei zu prüfen ist, was in zahlreichen Sozialrechtsverfahren oder in vielen Schadenersatzprozessen der Fall ist, schon deshalb nicht öffentlich verhandelt werden dürften, weil Gesundheitsdaten besonders schutzwürdig sind. Auch in Zivilprozessen, in denen eine Partei auf eine strafgerichtliche Verurteilung des Prozessgegners Bezug nimmt, müsste stets die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, weil derartige Daten besonders schutzwürdig sind.²⁰⁵⁰

- 616** Schließlich ist ein berücksichtigungswürdiges (nur) auf Datenschutz gestütztes Interesse des Betroffenen in vielen Fällen schon deshalb zu hinterfragen, weil sich dieser in vielen Fällen nicht auf ein »Monopol« bezüglich der in Rede stehenden

²⁰⁴⁸ *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 158f.

²⁰⁴⁹ Besonders schutzwürdig sind jedenfalls sensible Daten im Sinne des § 4 Z 2 DSGVO 2000. Einen erhöhten Schutz genießen außerdem Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen. (*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSGVO § 1 Anm 17).

²⁰⁵⁰ Zutreffend geht der BGH in der Entscheidung BGHSt 23, 82 = NJW 1969, 2107 (in einer Strafsache) daher davon aus, dass die Erörterung der Vorstrafen grundsätzlich nicht zum Ausschluss der Öffentlichkeit aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des Privatlebens nötig. Zustimmend *Peukert in Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 198.

Daten stützen kann. Vom deutschen BVerfG wurde plastisch dargelegt, der Einzelne habe nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbar Herrschaft über »seine« Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann.²⁰⁵¹ Deshalb ist das Recht auf Datenschutz gerade nicht schrankenlos zu gewährleisten, weshalb ein eklatanter Widerspruch zum DSGVO 2000 nicht schon deshalb gegeben ist, weil bei drohender Erörterung (jeglicher) personenbezogener Daten ein Ausschluss der Volksöffentlichkeit nach der ZPO nicht stets geboten ist. Nur bei einem besonders hervorstechenden Geheimhaltungsinteresse (etwa bei Unternehmensgeheimnissen) muss das Gesetz (nunmehr durch § 172 Abs 2 ZPO idGF) bzw das Gericht den Ausschluss der Öffentlichkeit ermöglichen,²⁰⁵² was der nicht beweisbelasteten Partei die prozessuale Kooperation wiederum zumutbar machen kann.

Daneben ist stets zu prüfen, ob im Anlassfall Geheimhaltungsinteressen den Ausschluss der Volksöffentlichkeit überhaupt erfordern. Bevor ein Ausschluss erwogen wird, sollte geprüft werden, ob personenbezogene Daten nicht anderwärtig zu schützen sind.

617

Aus der Sicht von Art 6 EMRK ist es nicht zwingend, dass die nach § 340 ZPO geforderte Befragung des Zeugen über die für das Verfahren an sich nicht relevanten Daten (Tag der Geburt, Beschäftigung oder Wohnort) für die Volksöffentlichkeit wahrnehmbar erfolgt, weil dabei nicht über die (eigentliche) Zivilrechtssache verhandelt wird. Den Anforderungen an § 340 ZPO wird – ungeachtet des Grundsatzes der Mündlichkeit – durchaus dadurch entsprochen, wenn der Zeugen etwa ein entsprechendes Formular ausfüllt und dieses zum (parteiöffentlichen) Akt genommen wird, ohne dass anwesende Besucher davon etwas mitbekommen.

Im Bereich von Unternehmensgeheimnissen kann das Spannungsfeld zum Datenschutz wegen einer öffentlichen Verhandlung etwa dadurch aufgelöst werden, dass die geschützten Geheimnisse zwar in das Beweisverfahren eingeführt werden, in der Verhandlung aber nicht mündlich erörtert werden. Zu denken ist hier vor allem an den Urkundenbeweis. Wird etwa eine von § 1 DSGVO 2000 umfasste (und grundsätzlich als Unternehmensgeheimnis zu qualifizierende, vgl Rz 216, 586) Kundenliste vorgelegt, bedeutet das noch nicht zwingend, dass es für das Verfahren auf die konkreten Daten der Kunden ankommt, weshalb ein Zuhörer von diesen Daten auch ohne Ausschließung nichts erfährt. In diesen Fällen kommt ein Ausschluss der Öffentlichkeit somit schon mangels Geheimnisgefährdung nicht in Betracht.

618

2051 BVerfGE 65, 43 f.

2052 Prütting, ZZZ 106 (1993) 467 zur deutschen Rechtslage.

- 619** Wenn es hingegen erforderlich sein sollte, ein vom Grundrecht nach § 1 DSGVO 2000 umfasstes Unternehmensgeheimnis mündlich so zu erörtern, dass es Zuhörern offenbart werden würde, *konnte* – wie bereits oben ausgeführt – bereits bisher nach geltendem Recht zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen die Volksöffentlichkeit ausgeschlossen werden (nunmehr ausdrücklich § 172 Abs 2 ZPO). Die von *Simotta* aufgezeigte datenschutzrechtliche Problematik ist insofern entschärft. Davon abgesehen, ist die »*massive datenschutzrechtliche Kritik*« an der ZPO im Bereich der Volksöffentlichkeit stark zu relativieren; das Grundrecht auf Datenschutz eröffnet eben keine (in Art 6 EMRK oder § 172 ZPO nicht genannte) eigene Kategorie, die zum (bedingungslosen) Ausschluss der Volksöffentlichkeit zwingt, sondern lässt sich bereits im bisherigen Regime weitgehend verwirklichen.
- 620** Es kann nicht unter Bezugnahme auf das Günstigkeitsprinzip des Art 53 EMRK damit argumentiert werden, dass das Grundrecht auf Datenschutz den Katalog der in Art 6 EMRK festgelegten Ausschlussgründe *per se* erweitert. Ein Rückgriff auf das Günstigkeitsprinzip scheitert hier schon wegen der mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse.²⁰⁵³ Ein Ausschluss der Öffentlichkeit »begünstigt« eben nicht nur den vom Datenschutz umfassten Betroffenen. Damit werden die Kontrollrechte der Öffentlichkeit und die durch Art 10 EMRK berührte Informationsfreiheit jener Personen tangiert, die an Gerichtsverhandlungen teilnehmen dürfen.²⁰⁵⁴ *Grabenwarter* weist daher zutreffend darauf hin, dass weder ein restriktiveres noch ein liberaleres Ausschlussregime im nationalen Grundrechtsbestand den Tatbestand des Art 53 EMRK erfüllen würde.²⁰⁵⁵
- 621** Schließlich bieten die einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSGVO 2000 keinen Anlass, aus datenschutzrechtlichen Gründen von der Volksöffentlichkeit (stets) abzusehen.

Dabei ist hervorzuheben: Bei der Verwendung von Daten im Rahmen der Prozessgesetze werden diese »nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verwendet« (§ 6 Abs 1 Z 1 DSGVO 2000). Wenn es in der Verhandlung zur Ermittlung von Daten kommt, geschieht das iSd § 6 Abs 1 Z 2 DSGVO 2000 für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke (nämlich für die Ermittlung der Sachverhaltsgrundlage für die später zu treffende Entscheidung). Die Bestimmungen über die Verhandlung und das Beweisverfahren gelten als ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung bzw Verpflichtung zur Verwendung der Daten, weshalb schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung nicht-sensibler Daten nicht verletzt sind (§ 8 Abs 1 Z 1 DSGVO 2000). Hinzukommt, dass die (öffentliche) Verhandlung für das Gericht als »Auftraggeber des öffentlichen Bereichs« iSd § 8 Abs 3 Z 1 DSGVO 2000 eine wesentliche Voraussetzung für die Wahrnehmung einer ihm gesetzlich übertragenen Aufgabe ist. Auch die Verwendung sensibler Daten kann aufgrund der Bestimmungen

2053 *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 156.

2054 Vgl auch *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 850.

2055 *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 156.

des DSG 2000 gerechtfertigt werden, weil sich die Ermächtigung bzw Verpflichtung des Gerichts zur Verwendung aus gesetzlichen Vorschriften ergibt, die der Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses dienen, weshalb eine Deckung gemäß § 9 Z 3 DSG 2000 vorliegt. Auch das Datengeheimnis nach § 15 DSG 2000 bietet keine Grundlage, die Volksöffentlichkeit deshalb auszuschließen, um etwa zu verhindern, dass sich eine zu vernehmende Person auf einen diesbezüglichen Aussageverweigerungsgrund stützt. § 15 DSG 2000 erlaubt nämlich ausdrücklich die Übermittlung anvertrauter oder zugänglich gewordener Daten, wenn dafür ein rechtlich zulässiger Grund besteht. Die Bestimmungen der ZPO bieten einen hinreichenden gesetzlichen Grund, dass ein Zeuge oder eine Partei derartige Daten in einer öffentlichen Verhandlung preisgibt.

Davon abgesehen, verdrängen die §§ 171 ff ZPO wohl als speziellere Regeln die Normen des DSG 2000.²⁰⁵⁶ Ein Rückgriff auf die *lex posterior*-Regel kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil diese voraussetzt, dass gleiche Regelungsbereiche vorliegen.²⁰⁵⁷ 622

Es wurde gezeigt, dass sich die behaupteten datenschutzrechtlichen Probleme im Zivilprozess im Zusammenhang mit der Volksöffentlichkeit weder im Allgemeinen noch im Besonderen (nämlich im Bereich des Unternehmensgeheimnisses) zeigen. Ungeachtet des Umstands, dass sich die sich aus der Volksöffentlichkeit ergebenden datenschutzrechtlichen Probleme im Wesentlichen bereits *de lege lata* lösen lassen, sind aber die rechtspolitischen Vorschläge *Simottas* begrüßenswert, die Volksöffentlichkeit und ihre mögliche Ausschließung in Anlehnung an die im Zuge des Strafrechtsänderungsgesetz 1987 erfolgte Neuregelung der StPO zu regeln. Vgl dazu Rz 625. 623

H. Besteht bei § 172 ZPO Reformbedarf?

Es wurde gezeigt, dass es die Bestimmungen der ZPO über die Volksöffentlichkeit bereits vor der UWG-Novelle 2018 im Einklang mit der EMRK zuließen, auf eine Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses Rücksicht zu nehmen. Mit der UWG-Novelle 2018 wurden diesbezügliche Zweifel ausgeräumt. Dessen ungeachtet wäre *de lege ferenda* eine für die Praxis flexibler handhabbare Regelung vorteilhaft und angebracht, um auf die widerstreitenden Interessen besser Bedacht nehmen zu können und in diesem Zusammenhang den Geheimnisschutz im streitigen Verfahren im Ergebnis legistisch (weiter) zu stärken. Dazu empfiehlt sich ein Blick auf die neueren Regelungen zur Volksöffentlichkeit im Strafprozess, im Außerstreitverfahren, aber auch in der ZPO selbst. 624

2056 Prütting, ZJP 106 (1993) 459 für die vergleichbare deutsche Rechtslage.

2057 Lienbacher, Abwägungsentscheidungen 102.

- 625 Seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 1987²⁰⁵⁸ kann nach § 229 StPO der »persönliche Lebens- oder Geheimnisbereich« des Angeklagten oder eines Zeugen (seit 1994²⁰⁵⁹ auch eines Dritten und seit 2008²⁰⁶⁰ ausdrücklich eines Opfers) durch den Ausschluss der Öffentlichkeit geschützt werden, wobei die schutzwürdigen Interessen einer Abwägung zu unterziehen sind. Die Bestimmung ermöglicht somit die Ausschließung bei überwiegenden Geheimhaltungsinteressen.²⁰⁶¹ Der Begriff des persönlichen Lebens- oder Geheimnisbereiches ist offener als der ZPO-Ausschließungsgrund »Tatsachen des Familienlebens« und lässt nach dem Willen des historischen Gesetzgebers einen Ausschluss wegen der Gefährdung von Unternehmensgeheimnissen zu, was mit Art 90 Abs 2 B-VG und Art 6 Abs 1 EMRK als vereinbar erachtet wird.²⁰⁶²
- 626 Aus § 229 StPO ist kein absoluter Vorrang des Geheimhaltungsinteresses abzuleiten. Die Materialien halten dazu – durchaus im Sinn des europäischen Grundrechtsverständnis – fest:²⁰⁶³ »Liegen bei der Erörterung von Umständen aus dem persönlichen Lebens- oder dem Geheimnisbereich (einschließlich der Berufs- und Geschäftsgeheimnisse), insb des Angeklagten oder eines Zeugen, derart schutzwürdige Interessen vor, so wird daher nach dem vorgeschlagenen § 229 Abs 2 StPO das allgemeine Interesse an der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung im Regelfall vorübergehend zurückzutreten haben, es sei denn, dass das Interesse der Öffentlichkeit auf Grund der besonderen Lage des Falles ausnahmsweise eine volle Öffentlichkeit auch während der Erörterung derartiger Umstände der Privat- oder Geheimsphäre erfordert.«
- 627 Das ausdrückliche Abstellen auf überwiegende Interessen wäre für eine (weitere) Neuregelung der ZPO geboten. Obliegt es nämlich dem jeweiligen Richter, die Geheimhaltungsinteressen (auch des Datenschutzes) mit den dazu widerstreitenden Interessen nach den Umständen des Einzelfalles gegenseitig abzuwägen, kann das mehrpolare Spannungsfeld, von dem die Bestimmungen über die Volksöffentlichkeit geprägt sind, im Ergebnis wohl besser aufgelöst werden als bei starren Vorgaben durch den Gesetzgeber.
- 628 Auch § 19 Abs 3 AußStrG ermöglicht eine Verfahrensgestaltung dahingehend, dass der Richter Geheimhaltungsinteressen *nach den Umständen des Falls* beurteilen und mit widerstreitenden Interessen abwägen kann. Demnach ist die Öffentlichkeit (auf Antrag) »aus berücksichtigungswürdigen Gründen auszuschließen, insb weil Tatsachen des Familienlebens zu erörtern sind«. Wenngleich das AußStrG eine Interessensabwägung nicht ausdrücklich anordnet, ist eine solche vor-

2058 BGBl 1987/605.

2059 BGBl 1993/526.

2060 BGBl I 2007/93.

2061 ErläutAB 359 Blg 17. GP 25.

2062 ErläutAB 359 Blg 17. GP 39.

2063 ErläutAB 359 Blg 17. GP 39.

zunehmen, um die Berücksichtigungswürdigkeit des geltend gemachten Grunds zu prüfen, der nur dann diese Voraussetzung erfüllt, wenn er dem Interesse der Parteien und Dritter an der Öffentlichkeit bzw den Rechtspflegeinteressen wertend gegenübergestellt wird. Der nur »insbesondere« auf Tatsachen des Familienlebens bezogene Ausschließungsgrund lässt im Außerstreitverfahren Raum,²⁰⁶⁴ die Nicht-öffentlichkeit bei Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses anzuordnen, weil in einem solchen Fall ein »berücksichtigungswürdiger Grund« vorliegt.

In diesem Sinn auch *Rechberger*, wonach die im Kartellverfahren (§ 47 Abs 1 Satz 2 KartellG 2005) geltende Regel, dass die Öffentlichkeit auf Antrag zur Wahrung eines Unternehmensgeheimnisses ausgeschlossen werden kann, im Wege der Heranziehung der Aussageverweigerungsgründe (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO [Anm: iVm § 35 AußStrG]) für alle Außerstreitverfahren gelte.²⁰⁶⁵ Zum selben Ergebnis kommt auch *Höllwerth*, wonach der – inhaltlich grundsätzlich offene – Ausschlussgrund des § 19 Abs 3 AußStrG im Wesentlichen dem Schutz des Privat- und Familienlebens diene. Letztgenannter Schutzbereich sei inhaltlich im Einklang mit Art 8 EMRK abzugrenzen und könne Bereiche des Berufs- und Geschäftslebens umfassen.²⁰⁶⁶

Einen derartigen Weg hat der Gesetzgeber für einen Teilbereich des *streitigen Verfahrens* bereits gewählt. Für Verfahren über die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs und die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruchs regelt § 616 Abs 2 ZPO idF des SchiedsRÄG 2006, dass die Öffentlichkeit auf Antrag einer Partei auch bereits dann ausgeschlossen werden kann, wenn ein »berechtigtes Interesse« daran dargetan wird. Auch hier ist hervorzuheben, dass eine Interessensabwägung erforderlich ist, um zu prüfen, ob das angeführte Interesse überhaupt, aber auch (im Verhältnis zum Publizitätsinteresse) berechtigt ist.

629

Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die diesen Verfahren zugrundeliegenden Schiedsverfahren in der Praxis regelmäßig unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfanden, weshalb in den damit zusammenhängenden Gerichtsverfahren der Ausschluss der Öffentlichkeit in weiterem Ausmaß zulässig ist.²⁰⁶⁷ Die Bestimmung öffnet der Ausschließung einen breiten Anwendungsbereich, weil weder auf anerkannte Geheimhaltungsinteressen noch darauf abgestellt wird, ob überhaupt ein Geheimnis vorliegt.²⁰⁶⁸ Um die verfassungsrechtlichen Vorgaben der EMRK zu

2064 ErläutRV 224 Blg 25. GP 35 [»Der Hinweis auf die Tatsachen des Familienlebens ist daher (arg: »insbesondere«) nur eine illustrative Aufzählung, keine abschließende Katalogisierung der berücksichtigungswürdigen Gründe.«].

2065 *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 19 Rz 7.

2066 *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 19 Rz 44.

2067 ErläutRV 1158 Blg 22. GP 29 [»Dem vertraulichen Charakter des Schiedsverfahrens entsprechend wurde ein über § 172 und auch über § 19 AußStrG hinausgehender Grund für den Ausschluss der Öffentlichkeit eingefügt.«]; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*³ § 616 ZPO Rz 24 mwN; *Rechberger/Hofstätter* in *Rechberger/Klicka*³ § 616 ZPO Rz 7.

2068 Für den Bereich des Geschäftsgeheimnisses: *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*³ § 616 ZPO Rz 25 mwN.

erfüllen, ist die Regel allerdings derart auszulegen, dass das geltend gemachte Interesse durch die EMRK geschützt sein muss. Das wird dann der Fall sein, wenn die zu schützenden Umstände unter dem Begriff des Privatlebens nach Art 6 EMRK bzw Art 8 EMRK subsumierbar sind. Wenn bereits das Schiedsverfahren geheim war, ist es denkbar, dass die Ausschließung im Interesse der Rechtspflege geboten ist, gerade weil derartige Verfahren als (überprüfende) Fortsetzung des eigentlichen Schiedsverfahrens qualifiziert werden können.

- 630** Wenngleich die vom Gesetzgeber durch die UWG-Novelle 2018 vorgenommene Ergänzung des § 172 Abs 2 ZPO zu begrüßen ist, wäre eine umfassendere Modernisierung der Bestimmungen über die Volksöffentlichkeit geboten gewesen. Die ausdrückliche Anordnung einer bei Geheimhaltungsinteressen vorzunehmenden *Interessensabwägung* entspräche im Bereich des Zivilprozesses wohl einem eher moderneren Verständnis. Auch der ZPO-Gesetzgeber tendiert in der letzten Zeit verstärkt zu Regeln, nach denen der Richter bei der Wahrung vertraulicher Umstände mit einer Interessensabwägung vorzugehen hat, während ältere Geheimhaltungsnormen noch stärker davon geprägt sind, dass diese Interessensabwägung (im Wesentlichen) bereits vom Gesetzgeber vorgenommen wurde.

Als Beispiel für ein derartiges modernes Verständnis im verfahrensrechtlichen Geheimnisschutz ist etwa § 75a bzw § 76 ZPO idF BGBl I 2009/40 zu erwähnen, wonach der geschützte Wohnort einer Partei oder eines Zeugen der anderen Partei dann bekannt zu geben ist, wenn deren berechtigtes Interesse an der Angabe das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Auch im Bereich der Akteneinsicht Dritter wird die Vornahme einer umfassenden Interessensabwägung angeordnet (§ 219 ZPO idF BGBl I 2004/128).

Über weite Teile ist die ZPO im Spannungsfeld Geheimhaltung/Information freilich noch von jenem Verständnis geprägt, dass der Richter nur die (implizit aber ebenfalls im Rahmen einer Interessensabwägung) getroffenen Wertungen des Gesetzgebers umzusetzen hat. Demnach steht einem Zeugen nach § 321 Abs 1 Z 5 ZPO das Aussageverweigerungsrecht wegen eines Geschäftsgeheimnisses unabhängig davon zu, ob damit in die Interessen der beweisbelasteten Partei unverhältnismäßig eingegriffen wird, weil die entsprechende Aussage über den Prozesssieg entscheidet und das Geheimhaltungsinteresse nicht allzu hoch zu bewerten ist. Der Gesetzgeber hat das Unternehmensgeheimnis hier quasi »absolut«²⁰⁶⁹ geschützt und die Geheimhaltungsinteressen höher als die Ermittlung des Sachverhalts bewertet (siehe dazu Rz 258 ff). Auch die Ausnahmen (§ 305 ZPO) und Gegenausnahmen (§ 304 ZPO) der allgemeinen Urkundenvorlagepflicht nach § 303 ZPO sind von einer »gesetzlichen« Interessensabwägung geprägt, wobei § 305 Z 5 ZPO dem Richter *außerhalb* des dort nicht geregelten Bereichs noch Spielraum einräumt, Geheimhaltungsinteressen mit § 303 ZPO abzuwägen.

- 631** Gewiss fügt sich eine anlassbezogene und auf den individuellen Einzelfall abgestellte Interessensabwägung durch das Gericht besser in die Rechtsprechung des

2069 *Schneider*, EvBl 2015, 422 [Entscheidungsanm].

EGMR²⁰⁷⁰ und EuGH.²⁰⁷¹ Nach diesen Rechtsprechungslinien wird sehr oft betont, dass die nationalen Gerichte die Geheimhaltungsinteressen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit widerstreitenden Interessen abwägen müssen.

Es wäre für die praktische Handhabung der Volksöffentlichkeit somit auch im Bereich der ZPO vorteilhaft, in Anlehnung an die StPO, das AußStrG und (bedingt) den § 616 Abs 2 ZPO,²⁰⁷² die Ausschließung der Öffentlichkeit (als Auffangtatbestand) ganz allgemein dann zu ermöglichen, wenn berücksichtigungswürdige Gründe des Geheimnisbereichs von Parteien und Zeugen die Interessen an einer Volksöffentlichkeit übersteigen. Eine offenere Formulierung der Ausschlussgründe würde dazu beitragen, dass die widerstreitenden Positionen besser abgestimmt werden können. Ein Spannungsfeld zu Art 6 EMRK ist damit nicht zu befürchten, weil sich die entsprechende Prüfung ohnedies im Rahmen des Art 6 EMRK halten müsste.

Kein Vorbild sind freilich Bestimmungen des (grundsätzlich von Art 6 EMRK nicht betroffenen) Verwaltungsrechts. Nach § 275 Abs 3 Z 1 BAO ist die Öffentlichkeit bereits dann auszuschließen, wenn es eine Partei iSd § 78 BAO verlangt, wobei dieser Antrag nicht begründet sein muss.²⁰⁷³ Damit wird der Ausschluss der Volksöffentlichkeit ermöglicht, ohne dass es auf (irgendein) Interesse, geschweige denn auf ein Geheimhaltungsinteresse, ankommt,²⁰⁷⁴ was für den Bereich der civil rights nicht im Einklang mit Art 6 EMRK stünde.

2070 EGMR 26.3.1996, 20524/92, *Doorson/Niederlande*, Rn 70 ff; EGMR 16.2.2000, 27052/95, *Jasper/Großbritannien*, Rn 53 ff; EGMR 11.12.2008, *Mirilashvili/Russland*, 6293/04, Rn 197 [»[...] that the judge had been aware of both the contents of the withheld evidence and the nature of the applicant's case, and had thus been able to weigh the applicant's interest in disclosure against the public interest in concealment«].

Vgl auch 15 Os 4/07p [»Demgemäß ist – der Rechtsprechung des EGMR folgend – den Gerichten die Verpflichtung auferlegt, die Interessen der Verteidigung gegen dasjenige von Zeugen an der Wahrung ihrer Anonymität gegeneinander abzuwägen und die Erschwernisse der Verteidigung durch die Vorgangsweise der Justizbehörde zu kompensieren«].

2071 EuGH 6.6.2013, Rs C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donauechheim*, Rn 30 [»Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass die nationalen Gerichte im Rahmen der Ausübung ihrer Befugnis zur Anwendung der nationalen Vorschriften über das Recht derjenigen, die sich durch ein Kartell für geschädigt halten, auf Zugang zu Dokumenten, die nationale Verfahren zu diesem Kartell betreffen, die Interessen gegeneinander abzuwägen haben, die die Übermittlung der Informationen und den Schutz dieser Informationen rechtfertigen.«]; EuGH 19.4.2012, C-461/10, *Bonnier Audio ua/ePhone*, Rn 59 [»Diese Rechtsvorschriften ermöglichen es somit dem nationalen Gericht, bei dem eine klagebefugte Person beantragt hat, die Weitergabe personenbezogener Daten anzuordnen, anhand der Umstände des Einzelfalls und unter gebührender Berücksichtigung der sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Erfordernisse eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen vorzunehmen.«].

2072 Deshalb nur »bedingt«, weil diese sehr weitgehende Bestimmung eine Ausschließung auch fern von Geheimhaltungsinteressen zuließe.

2073 *Sutter/Urtz* in FS-Ritz 333.

2074 *Sutter/Urtz* (in FS-Ritz 335) weisen darauf hin, dass in einem Mehrparteienverfahren ein solcher Ausschluss das Recht einer anderen Partei auf eine öffentliche Verhandlung beeinträchtigt,

633 Weiters sollte der Rechtsschutz dahingehend gestärkt werden, dass jegliche Entscheidung über die (Nicht-)Ausschließung der Öffentlichkeit sofort anfechtbar ist und die Nichtigkeit bzw Mangelhaftigkeit einer (nicht-)öffentlichen Verhandlung bei einem unterlassenen Rechtsmittel gegen eine entsprechende Zwischenentscheidung heilt, sodass gewährleistet ist, dass die Gerichte die Voraussetzungen für die Ausschließung (zB wegen eines Unternehmensgeheimnisses) strikt nach den rechtlichen Voraussetzungen prüfen und einem Ausschluss nicht schon wegen einer (abstrakt) drohenden Nichtigerklärung des Urteils und der zugrundeliegenden nichtöffentlichen Verhandlung (»im Hinterkopf«) abgeneigt sind. Die im Rahmen der Umsetzung der *Know-How-RL* erfolgte Änderung des § 172 ZPO dahingehend, dass die Öffentlichkeit nunmehr auch dann auf Antrag ausgeschlossen werden kann, wenn zum Zwecke der Entscheidung des Rechtsstreites Geschäftsgeheimnisse erörtert und bewiesen werden müssen, ist als Klarstellung zu begrüßen, bedeutet aber nur eine Minimalvariante der erforderlichen Änderungen im Bereich der Volksöffentlichkeit.

I. Resümee

634 Der Grundsatz der Volksöffentlichkeit *fördert* neben dem rechtsstaatlichen (*»politischen«*) Kontrollaspekt die *Wahrheitsfindung* im konkreten Verfahren. Ist mit der Mitwirkung und Aufklärung der nicht beweisbelasteten Partei allerdings zB eine Offenbarung eines Unternehmensgeheimnisses verbunden, kann die drohende Kenntnis *Dritter* die prozessuale Kooperation unzumutbar machen. Bei Geheimhaltungsinteressen kann die Wahrheitsfindung durch die *Öffentlichkeit* damit *blockiert* werden. Ausnahmen der Öffentlichkeit sind insb dann geboten, wenn die strikte Wahrung der Volksöffentlichkeit *wahrheitshemmend* und damit *kontraproduktiv* wäre. Vor allem dann, wenn das in Rede stehende Unternehmensgeheimnis ohnedies beiden Parteien bekannt ist, aber vor Dritten geschützt werden muss, kann die Ausschließung der Öffentlichkeit die prozessuale Kooperation und damit die materielle Wahrheitsforschung fördern.

635 Die verfassungsrechtlich und nach der EMRK abgesicherte Volksöffentlichkeit scheint einer derart geschützten Verwertung von Unternehmensgeheimnissen allerdings im Weg zu stehen. Die drohende Nichtigkeitssanktion bei einem zu Unrecht erfolgten Ausschluss und unklare Rechtsmittelbeschränkungen hemmen in der Praxis den Ausschluss der Volksöffentlichkeit und damit auch die prozessuale Kooperation des Geheimnisträgers. Diese Schiefelage zulasten der geschützten

»weshalb jedenfalls hier praeter legem eine inhaltlich abwägende Entscheidung zu treffen sein könnte, wenn man das Abgabengeheimnis nicht so stark gewichtet, dass der Ausschlusswunsch einer Partei dem Öffentlichkeitswunsch einer anderen Partei stets vorgeht.«

Verwertung von Geheimnissen ist durch eine verständige Auslegung der hier *unmittelbar* anzuwendenden EMRK und der einschlägigen Bestimmungen der ZPO auszugleichen. Die Änderung des § 172 Abs 2 ZPO hat das Manko beseitigt, dass ein Unternehmensgeheimnis *kein ausdrücklicher Ausschlussgrund* ist. Ein Ausschluss der Öffentlichkeit wegen zu schützender Unternehmensgeheimnisse zählt zwar nicht zu den immanenten Beschränkungen der Volksöffentlichkeit, sowohl Art 6 EMRK als auch § 172 Abs 2 ZPO idGF tragen jedoch einen solchen Ausschluss zum Schutz eines Unternehmensgeheimnisses. Dem liegt jeweils die Überlegung zugrunde, dass die Volksöffentlichkeit die *Kontrolle* des Verfahrens und die *Förderung der Wahrheitsfindung* bezweckt. Ist ein Unternehmensgeheimnis gefährdet, kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden. Hier tragen Interessen der Rechtspflege und solche zum Schutz des Privatlebens der Prozessparteien (oder Dritter) den Ausschluss der Volksöffentlichkeit, wenn dieser geeignet und erforderlich ist, von der Rechtsordnung anerkannte Ziele unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit zu erreichen. Das Gesagte findet Deckung in der EMRK und (nunmehr auch ausdrücklich) in der ZPO. Das aufgezeigte Regelungswerk ermöglicht *de lege lata* die (vor Dritten) geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen und fördert damit die prozessuale Kooperation jener Partei, die sich auf ein solches Geheimnis beruft. Das beschriebene System entspricht den datenschutzrechtlichen Vorgaben, aus denen nicht abzuleiten ist, dass bereits die Offenlegung von personenbezogenen Daten zur Ausschließung der Volksöffentlichkeit zwingt.

Rechtspolitisch besteht im Bereich der Volksöffentlichkeit insofern Reformbedarf, um auf die berücksichtigungswürdigen Gründe, die in den Ausschlussgründen des Art 6 EMRK Deckung finden, besser und flexibler Bezug nehmen zu können. Hingegen ist eine zwingende Ausschließung bei übereinstimmendem Antrag wegen der verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben kein sinnvoller rechtspolitischer Vorschlag.

636

III. Öffentliche Entscheidungen und Geheimnisschutz

A. Urteilsverkündung nach EMRK

Das bisher Gesagte bezog sich auf die *mündliche Verhandlung*, bei der in Ausnahmefällen die Volksöffentlichkeit ausgeschlossen werden kann. Für die *Urteilsverkündung* sieht der Wortlaut der EMRK *prima vista* keine Ausnahme vor.²⁰⁷⁵ Ein Urteil

637

²⁰⁷⁵ Grabenwarter in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 171; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 111; Nowak/Schwaighofer, EuGRZ 1985, 725 [»keinerlei Ausnahmen«] mwN.

muss nach Art 6 Abs 1 EMRK »öffentlich verkündet werden«, zumal sich die in diesem Artikel enthaltenen Ausnahmen auf die Öffentlichkeit der *Verhandlung* beziehen. Die in Art 6 EMRK für den Ausschluss der Öffentlichkeit normierten Ausnahmetatbestände sind daher für die *Urteilsverkündung* nicht anwendbar. Somit hat nach dem Wortlaut des Art 6 EMRK eine *mündliche Urteilsverkündung* grundsätzlich selbst dann öffentlich zu erfolgen, wenn die Verhandlung zum Teil oder zur Gänze nicht öffentlich war.²⁰⁷⁶ Dem damit *vorbehaltlos normierten Gebot* einer öffentlichen Urteilsverkündung wird insoweit eine entscheidende Rolle eingeräumt, als die Verkündung im engen Zusammenhang mit der Kontrollfunktion der Öffentlichkeit gesehen wird. Das ist schlüssig. Erst die Urteilsverkündung räumt der Öffentlichkeit die Möglichkeit ein, wahrzunehmen, ob eine dem Verhandlungsgang entsprechende Entscheidung gefällt wurde.²⁰⁷⁷ Eine Kontrolle würde sich *ad absurdum* führen, wenn die Öffentlichkeit ein Verfahren zwar umfassend begleiten kann, vom Verfahrensausgang dann aber keine Kenntnis hat, weshalb im Allgemeinen der Vergleich der Entscheidung mit dem dazu durchgeführten Verfahren möglich sein muss. Daraus könnten sich aber bei zu schützenden Unternehmensgeheimnissen Probleme ergeben. Das Urteil ist nämlich mit den Entscheidungsgründen zu verkünden, wobei auch auf den nicht öffentlichen Teil der Verhandlung Bezug genommen werden muss.²⁰⁷⁸

638 Wengleich – wie bereits erwähnt – die Ausschlussgründe des Art 6 Abs 1 EMRK auf die Pflicht zur Veröffentlichung von Entscheidungen keinen Einfluss haben, muss vom Zivilgericht bei der Veröffentlichung/Verkündung die nach Art 8 EMRK zu schützende Geheimhaltungssphäre beachtet werden.²⁰⁷⁹ Das wird durch eine tendenziell eher flexible Auslegung des Veröffentlichungsgebots durch den EGMR erleichtert, die das strenge Gebot der öffentlichen Urteilsverkündung relativiert. Aus der Sicht des EGMR kann auf die Vertraulichkeit von Teilen des Urteils nämlich auf mehrfache Weise Rücksicht genommen werden, wobei diese Grundsätze für Unternehmensgeheimnisse Anwendung finden. Die dadurch ermöglichten Varianten, dem Verkündungsgebot nachzukommen, könnten es dem Gericht durchaus erleichtern, vertrauliche Umstände im Urteil zu *verwerten* und *gleichzeitig* im Zusammenhang mit der gebotenen Verkündung die Geheimnisse zu *schützen*.

639 Zum einen ist eine *Anonymisierung* jener Ausfertigungen denkbar, die den Interessenten der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.²⁰⁸⁰ Auch die (anonymisierte) *Veröffentlichung in einem Rechtsinformationssystem* im Internet kann

2076 Das gilt grundsätzlich auch nach der ZPO (vgl § 172 Abs 3 ZPO), was freilich durch die Möglichkeit der schriftlichen Urteilsausfertigung in nicht unproblematischer Weise stark relativiert wird. Dazu Rz 642 ff.

2077 Lienbacher, ÖJZ 1990, 428; Sengstschmid in Fasching/Konecny³ § 171 ZPO Rz 60, 65, 68 und 70.

2078 Herzig in Wiebe/Kodek² § 26 UWG Rz 3; Nowak/Schwaighofer, EuGRZ 1985, 729.

2079 Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 111.

2080 Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 111.

eine Verletzung von Art 6 EMRK ausschließen.²⁰⁸¹ Vom EGMR wurde schließlich eine weitere Möglichkeit für jenen Fall entwickelt, bei dem die *Öffentlichkeit* bei der Verhandlung zu Recht *ausgeschlossen* wurde und die Kontrollmöglichkeiten von der Volksöffentlichkeit schon deshalb nur eingeschränkt möglich sein können. In einem solchen Fall würde die Veröffentlichung der Entscheidung jenen Zielen zuwiderlaufen, die den Ausschluss der Verhandlung notwendig gemacht haben,²⁰⁸² weshalb dann auf die *allgemeine Veröffentlichung* des Urteils *verzichtet* werden und stattdessen sein voller Wortlaut *nur jenen Personen* zugänglich gemacht werden kann, die ein *hinreichendes Interesse* an dem *konkreten Fall* nachweisen können.²⁰⁸³ Zudem nimmt der Gerichtshof darauf Rücksicht, dass die Gesetzssysteme und Gerichtspraktiken der Mitgliedstaaten des Europarats eine *gewisse Unterschiedlichkeit* bezüglich des Ausmaßes und der Bedingungen dieser Öffentlichkeit aufweisen,²⁰⁸⁴ und reduziert das Öffentlichkeitsgebot bei der Urteilsverkündung teleologisch. Eine buchstabengetreue Auslegung (*»a literal interpretation«*) des Art 6 Abs 1 EMRK die Verkündung von Urteilen betreffend wäre nicht nur für die Zwecke einer öffentlichen Kontrolle unnötig, sondern könnte das Hauptziel des Art 6 Abs 1 EMRK zunichte machen, nämlich die Sicherung eines fairen Verfahrens.²⁰⁸⁵ Demnach genügt es, wenn das Urteil *im Ergebnis* in einer Art und Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, die eine Kontrolle ebenso gut ermöglicht wie eine öffentliche Verkündung, sodass etwa die *Hinterlegung* bei einer der Öffentlichkeit zugänglichen Kanzlei als Ersatz für die Urteilsverkündung in Betracht kommen kann.²⁰⁸⁶

Im Ergebnis ist der Schutz des Unternehmensgeheimnisses mit der Pflicht zur Urteilsveröffentlichung daher durchaus vereinbar. Die referierten, einschränken- den Ansätze des EGMR laufen ungeachtet des klaren Wortlauts des Art 6 EMRK letztendlich darauf hinaus, die Öffentlichkeit für die Urteilsverkündung auszu-

640

2081 EGMR 14.2.2006, 45983/99, *Kaplan/Österreich* = ÖJZ-MRK 2006/20. Kritisch *Kodek*, Zak 2010, 9, wonach das (im Erkenntnisverfahren) fragwürdig sei. Im Hinblick auf die Anonymisierung sei die Veröffentlichung der mündlichen Verkündung des Sachausgangs nicht gleichwertig. Ihm folgend *König*, JBl 2010, 602 (Entscheidungsanm).

2082 Das zeigt, dass wegen Art 8 EMRK auch jene Aspekte bei der Urteilsveröffentlichung eine Rolle spielen, die die Verhandlungsöffentlichkeit einschränken können (insb »Privatleben der Prozessparteien«).

2083 EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 34 (zusammen mit dem Umstand, dass die wichtigsten Entscheidungen des Gerichts in einer amtlichen Sammlung veröffentlicht wurden); EGMR 24.4.2001, 36337/97 und 35974/97, *B und P/Großbritannien*, Rn 46 f = ÖJZ-MRK 2002/24.

2084 EGMR 8.12.1983, 7984/77, *Pretto ua/Italien*, Rn 22; EGMR 8.12.1983, 8273/78, *Axen/Deutschland*, Rn 26; EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 27.

2085 EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 34; EGMR 24.4.2001, 36337/97 und 35974/97, *B und P/Großbritannien*, Rn 48 = ÖJZ-MRK 2002/24.

2086 EGMR 8.12.1983, 7984/77, *Pretto ua/Italien*, Rn 27; EGMR 8.12.1983, 8273/78, *Axen/Deutschland*, Rn 27; EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 28; im Ergebnis (mit teleologischen und historisch-systematischen Argumenten) zustimmend *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 175; krit *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 431.

schließen.²⁰⁸⁷ Unter Berücksichtigung von Art 8 EMRK und der geschilderten ausgleichenden Maßnahmen ist das aber durchaus argumentierbar. Das Abstellen auf ein rechtliches Interesse oder eine Veröffentlichung nur ausgewählter Fälle im Internet widerspricht dem Veröffentlichungsgebot allerdings dann, wenn die Öffentlichkeit in der Verhandlung zu Unrecht ausgeschlossen wurde.²⁰⁸⁸ In jüngerer Zeit hob der EGMR freilich hervor, dass die bloße *Verkündung des Urteilstenors* trotz anschließender Zustellung des Urteils mit der Begründung an die Parteien *nicht ausreichend* ist,²⁰⁸⁹ weil dies keine Kontrolle des Verfahrensergebnisses ermögliche.

641 Aus der Sicht des *österreichischen Prozessrechts* drängt sich zunächst der Einwand auf, dass es sich bei der öffentlichen Urteilsverkündung wegen des in der Praxis üblichen Vorbehalts (§ 415 ZPO) wohl um ein theoretisches Problem handelt,²⁰⁹⁰ sodass sich in diesem Zusammenhang schon deshalb keine Probleme wegen eines ungenügenden Schutzes von Unternehmensgeheimnissen ergeben. Freilich stellt sich wegen der nach österreichischem Recht nicht zwingend vorgesehenen Urteilsverkündung dann allerdings die Frage, ob den Anforderungen an die EMRK überhaupt entsprochen wird, was im Schrifttum schon mehrfach problematisiert wurde.

642 A. Burgstaller verweist darauf, dass § 415 ZPO im Gegensatz zu § 310 dZPO²⁰⁹¹ eine öffentliche Verkündung des Urteils nicht zwingend vorschreibe und deshalb im Spannungsfeld zu Art 6 EMRK stehe.²⁰⁹² *Albiez/Pablik/Parzmayr* betonen, die Urteilsverkündung habe *stets* öffentlich zu erfolgen, und postulieren bei einer Ausschließung der Öffentlichkeit, dass den Zuhörern die Möglichkeit einzuräumen sei, vor Urteilsverkündung wieder in den Verhandlungssaal zu kommen. Der Urteilsvorbehalt nach § 415 ZPO stehe dazu in einem Spannungsfeld, weil in diesen Fällen keine öffentliche Verkündung stattfindet.²⁰⁹³ Ähnlich *König*, nach dessen Ansicht die Entscheidung der Frage, ob das österreichische System der schrift-

2087 *Herzig* in *Wiebe/Kodek*² § 26 UWG Rz 3.

2088 EGMR 21. 9. 2006, 12643/02, *Moser/Österreich*, Rn 103 = ÖJZ-MRK 2007/10.

2089 EGMR 17. 1. 2008, 14810/02, *Biryukov/Russland*, Rn 38 ff; kritisch *Tubis*, NJW 2010, 415.

2090 *Herzig* in *Wiebe/Kodek*² § 26 UWG Rz 3; *Nowak/Schwaighofer*, EuGRZ 1985, 729; *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 61.

2091 § 310 Termin der Urteilsverkündung

(1) Das Urteil wird in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termin verkündet. Dieser wird nur dann über drei Wochen hinaus angesetzt, wenn wichtige Gründe, insb der Umfang oder die Schwierigkeit der Sache, dies erfordern.

(2) Wird das Urteil nicht in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, verkündet, so muss es bei der Verkündung in vollständiger Form abgefasst sein.

(3) Bei einem Anerkenntnisurteil und einem Versäumnisurteil, die nach §§ 307, 331 Abs 3 ohne mündliche Verhandlung ergehen, wird die Verkündung durch die Zustellung des Urteils ersetzt. Dasselbe gilt bei einem Urteil, das den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil verwirft (§ 341 Abs 2).

2092 A. Burgstaller in *Praktisches Zivilprozessrecht* I⁶ 101.

2093 *Albiez/Pablik/Parzmayr*, *Handbuch*² 21.

lichen Ausfertigung vorbehaltenen Entscheidung einer näheren Prüfung des EGMR standhält, angesichts der jüngeren Rechtsprechung des EGMR vorhersehbar sei.²⁰⁹⁴ Für den Bereich des Verfügungsverfahrens warnt *Kodek* davor, der interessierten Öffentlichkeit keine entsprechende Information zugänglich zu machen, vor allem dann, wenn eine (nicht verkündete oder sonst veröffentlichte) Entscheidung vollstreckbar ist und uU längere Zeit in Geltung steht. »Hier ist besondere Sensibilität angebracht.«²⁰⁹⁵ *Sengstschmid* verweist auf die Praxis des Urteilsvorbehalts und prüft, ob die Rechtslage mit den im OGHG normierten ausgleichenden Maßnahmen (Veröffentlichung im Rechtsinformationssystem, Erteilung anonymisierter Ausdrücke) den grundrechtlichen Vorgaben entspricht, was er bezweifelt. Zum einen stehe dem die Anonymisierung der Entscheidungen und zum anderen der Umstand entgegen, dass die Regelungen des OGHG nicht alle Entscheidungen der Öffentlichkeit zugänglich machen.²⁰⁹⁶

Diesen kritischen Stimmen ist grundsätzlich zuzustimmen, zumal das österreichische System weder der aus dem Wortlaut des Art 6 Abs 1 EMRK abzuleitenden unbedingten Pflicht zur Urteilsveröffentlichung (»Das Urteil muss öffentlich verkündet werden«) noch den diese Pflicht relativierenden Vorgaben des EGMR (siehe Rz 638 ff) entspricht. Die Spannungen zu den Vorgaben der EMRK werden sogar noch dadurch verschärft, dass sich die Praxis die Fällung des Urteils der schriftlichen Ausfertigung sehr oft dann vorbehält, wenn keiner der in § 415 ZPO genannten Fälle bzw kein Fall des Art 8 EMRK vorliegt. Der üblichen Praxis liegt vielmehr schlichte Gewohnheit zugrunde, ohne dass dabei auf Geheimhaltungsinteressen oder andere Gründe Bedacht genommen wird.²⁰⁹⁷

Mit einer verfassungskonformen Interpretation der einschlägigen Regelungen der ZPO ist eine grundsätzliche Erfüllung des Veröffentlichungsgebots im Sinne des EGMR freilich weitgehend möglich, ohne dass gleichzeitig der Geheimnisschutz aufgegeben werden müsste. § 415 ZPO ist unter Berücksichtigung der Art 6 und 8 EMRK dahin auszulegen, dass eine (öffentliche) Urteilsverkündung nur dann entfallen darf, wenn dies überwiegende, widerstrebende Geheimhaltungsinteressen *erfordern*. Dabei ist hervorzuheben, dass Geheimnisse bei einer öffentlichen Verkündung im Regelfall gar nicht preisgegeben werden müssten. Bei einer mündlichen Urteilsverkündung können die Entscheidungsgründe nämlich zusammengefasst und damit verkürzt wiedergegeben werden, sodass etwa ein Unternehmensgeheimnis gar nicht tangiert wird.²⁰⁹⁸ Somit muss etwa ein Geheimnis in der

2094 *König*, JBl 2010, 602 (Entscheidungsanm).

2095 *Kodek*, EF-Z 2010, 64.

2096 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 61 ff.

2097 *Nowak/Schwaighofer*, EuGRZ 1985, 729 [»[...] theoretisches Problem, da in der Praxis nur in den seltensten Fällen Urteile mündlich verkündet werden.«]; *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 61 [»Die Regel und nicht die Ausnahme.«].

2098 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 688.

(zusammenfassenden) Begründung einer Entscheidung nicht derart (detailliert) dargelegt werden, dass es für Unbeteiligte offenbart wird. Schon deshalb wird ein Rückgriff auf einen theoretischen Ausschluss der Öffentlichkeit von der Urteilsverkündung (als *ultima ratio*) gar nicht notwendig sein, weil – wie bei der Ausschließung der Öffentlichkeit von der Verhandlung – bei jedem Ausschluss stets darauf abgestellt werden müsste, ob er zur Wahrung eines Unternehmensgeheimnisses *erforderlich* ist. Somit wird nur der Urteilspruch und der »unverfängliche« Teil der Entscheidungsgründe zu verkünden sein.²⁰⁹⁹ Ein allenfalls notwendiger Ausschluss der Öffentlichkeit bei der Verkündung wird in diesem Sinn überhaupt erst dann erforderlich sein, wenn die zu verkündenden Entscheidungsgründe auf den nicht öffentlichen Teil der Verhandlung Bezug nehmen müssten und *damit* Geheimhaltungsinteressen beeinträchtigt wären.²¹⁰⁰

645 Demgegenüber vertritt freilich ein Teil der Lehre,²¹⁰¹ vom Gericht könnte nicht verlangt werden, den Sachverhalt in »*unverfänglicher Form*« darzulegen. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Gericht zwar nach § 414 Abs 1 ZPO mit dem Urteil (gemeint: mit dem Urteilspruch auch) die Entscheidungsgründe zu verkünden hat.²¹⁰² Allerdings *kann* es sich nach § 414 Abs 2 ZPO auf die »wesentlichsten« Entscheidungsgründe beschränken, was sich mit Art 6 EMRK deckt.²¹⁰³ Ist nun aber mit einem Unternehmensgeheimnis ein von der EMRK geschützter Geheimnisbereich betroffen, *muss* das Gericht entsprechend danach trachten, die in der mündlichen Verhandlung erörterten Geheimnisse nicht zu offenbaren. Es liegt auf der Hand, dass das Urteil plausibel begründet werden muss, um den Anforderungen nach Art 6 EMRK zu entsprechen. Dies wird in der Regel durchaus möglich sein, ohne ein in der nichtöffentlichen Verhandlung erörtertes Unternehmensgeheimnis zu lüften.²¹⁰⁴

646 Nur dann, wenn die Darlegung eines Geheimnisses in der Verkündung *ausnahmsweise* erforderlich ist, wäre die Öffentlichkeit – als *ultima ratio* – von der Urteilsverkündung auszuschließen, was den Vorgaben des EGMR entspricht. Ein solcher vom EGMR gebilligter Ausschluss ist nach geltendem Prozessrecht durchaus möglich. Bereits in der Fragenbeantwortung von 1897²¹⁰⁵ wurde unter Bezugnahme auf ein Gutachten des OGH etwa klargestellt, dass die Verkündung von Entscheidungsgründen, welche den Zweck der Ausschließung der Öffentlichkeit

2099 *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 826; *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 71.

2100 *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 70.

2101 *Herzig* in *Wiebe/Kodek*² § 26 UWG Rz 3; *Schragel* in *Fasching/Konecny*³ [Vorauslage] § 172 ZPO Rz 14.

2102 Die Ansicht von *Wolff* (Grundriss² 271), dass nur »*das Urteil – nicht die Gründe, die § 414 Abs 1 ZPO dem Urteil gegenüberstellt – verkündet werden muss*« hat somit keine Deckung im Gesetz.

2103 *Peukert* in *Frowein/Peukert*³ Art 6 EMRK Rz 196 [»*summarische Zusammenfassung*«] mit Hinweis auf EKMR, E 8603/8722/8723/8729/79, *Crociani ua/Italien*, DR 22, 147 (148).

2104 *Neuwirth* in *Fasching*⁴ II, 826; *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 71.

2105 Verordnung des Justizministeriums vom 3.12.1897 (Fragebeantwortung) JMVBl 1897/44, 37.

der Verhandlung vereiteln könnte, in nicht öffentlicher Sitzung (gemeint: in nicht öffentlicher Verhandlung) zulässig ist. Und: »Sie kann daher ganz oder zum Theile in nicht öffentlicher Sitzung erfolgen, wenn die für den Ausschluss der Öffentlichkeit der Verhandlung maßgebend gewesenen Erwägungen auch einer öffentlichen Mittheilung der Entscheidungsgründe entgegenstehen, insb wenn durch deren öffentliche Verkündung die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint oder wenn in den Entscheidungsgründen Thatsachen des Familienlebens erörtert werden müssen.«

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das Gebot der öffentlichen Urteilsverkündung eine (gegenüber Dritten) *geschützte Verwertung* von vertraulichen Umständen, die ein Unternehmensgeheimnis betreffen, nicht hindert.

647

B. Öffentlich zugängliche Entscheidungen

Sollte das Urteil allgemein (etwa im Wege einer öffentlich zugänglichen Entscheidungssammlung) oder bloß berechtigten Verfahrensfremden schriftlich zur Einsicht im Volltext zur Verfügung gestellt werden, ist – durchaus im Sinne der EMRK (vgl Rz 638 ff) – eine entschärfte (zB geschwärzte) Variante denkbar, die so wenig wie möglich, aber so viel wie nötig vom Entscheidungsinhalt wiedergibt, damit das Urteil verständlich bleibt, ohne etwa Unternehmensgeheimnisse zu offenbaren.²¹⁰⁶

648

Einen möglichen Weg zeigt hier § 37 Abs 1 KartellG 2005 vor. Diese Bestimmung steht wohl nicht im Zusammenhang mit dem aus Art 6 EMRK sich ergebenden Öffentlichkeitsgebot, sie ist aber durch ein ähnlich strukturiertes Spannungsfeld zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse geprägt, weshalb sie für die hier interessierende Problematik (Schutz von Unternehmensgeheimnissen *versus* Volksöffentlichkeit) nutzbar gemacht werden kann. Nach dieser Norm hat das Kartellgericht (sowohl stattgebende als auch ab- oder zurückweisende) rechtskräftige Entscheidungen über die Abstellung einer Zuwiderhandlung, die Feststellung einer Zuwiderhandlung, die Verhängung einer Geldbuße, Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen oder über Anträge nach den §§ 11 und 16 durch Aufnahme in die Ediktsdatei (§ 89j GOG) zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Sie muss einem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen. Der Norm lag Art 30 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln zugrunde.

649

²¹⁰⁶ Zur Problematik der fehlenden Verständlichkeit bei (umfassender) Anonymisierung vgl *Forgo-Feldner* in Zugang zum OGH 32 f; *H. Hopf* in FS-M. Schneider 512.

650 Der Beschluss über den konkreten Umfang der Veröffentlichung ist eine Ermessensentscheidung des Gerichts, das dabei auf ein berechtigtes Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Bedacht zu nehmen hat. Um dem Rechtsanspruch auf die Bedachtnahme auf Geschäftsgeheimnisse entgegenzukommen, sieht § 37 Abs 2 KartellG 2005 ein eigenes Verfahren über die zur Veröffentlichung bestimmte Fassung vor. Das Kartellgericht hat den Parteien zunächst Gelegenheit zu geben, die Passagen der Entscheidung zu bezeichnen, die ihrer Meinung nach Geschäftsgeheimnisse wiedergeben. Daraufhin entscheidet das Kartellgericht mit Beschluss des Senatsvorsitzenden über die zur Veröffentlichung bestimmte Fassung, wobei es eine *Interessensabwägung* zwischen den Informationsinteressen der Öffentlichkeit und den geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen vorzunehmen hat. Gegen diesen Beschluss gibt es die Möglichkeit des Rekurses an das Kartellobergericht, dem nach den Bestimmungen des Auß-StrG aufschiebende Wirkung zukommt.²¹⁰⁷

651 In der bisher zu § 37 KartellG 2005 ergangenen Rechtsprechung wurde das Erfordernis herausgearbeitet, den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt möglichst deutlich wiederzugeben, um damit bereits eine Grundlage für die zivilrechtliche Beurteilung von Schadenersatzansprüchen zu schaffen, zumindest aber, um jedermann die Prüfung zu ermöglichen, ob die Erhebung derartiger Schadenersatzansprüche im konkreten Fall für ihn überhaupt in Betracht kommt.²¹⁰⁸ Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen wurde betont, dass dieser zwar keine Ausnahmen kenne, er aber nicht absolut sei; eine Volltextveröffentlichung sei durchaus zulässig »soweit Geschäftsgeheimnisse gewahrt bleiben«.²¹⁰⁹ Bedingung einer Veröffentlichung, insb des Namens der Beteiligten, ist im Lichte des Art 6 EMRK allerdings, dass das betreffende Unternehmen bereits Gelegenheit hatte, sich gegen die jeweiligen Vorwürfe zu verteidigen.²¹¹⁰ In den Anlassfällen wurde zum einen geprüft, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegen könne²¹¹¹ und zum anderen, inwieweit bei einer Veröffentlichung gegen dessen Schutz verstoßen werden könne.²¹¹² Zutreffend geht der OGH hier davon aus, dass bei einem Konflikt zwischen dem Veröffentlichungs- und Geheimhaltungsinteresse eine Interessensabwägung vorzunehmen ist. »Das Geheimhaltungsinteresse des Bußgeldadressaten hat zurückzutreten, wenn andere Interessen im Einzelfall überwiegen.«²¹¹³

2107 ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 10.

2108 16 Ok 14/13 EvBl 2014/111 [Rittenauer]; 16 Ok 15/13; 16 Ok 6/14i ÖBl 2015/27 [Mildner].

2109 16 Ok 6/14i ÖBl 2015/27 [Mildner].

2110 16 Ok 14/13 EvBl 2014/111 [Rittenauer] unter Bezugnahme auf EuG vom 12.10.2007, T-474/04, Pergan, Rn 73; 16 Ok 6/14i ÖBl 2015/27 126 [Mildner].

2111 Bei einem Wettbewerbsverstoß kann es sich demnach niemals um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handeln, siehe 16 Ok 14/13 EvBl 2014/111 [Rittenauer].

2112 16 Ok 6/14i ÖBl 2015/27 [Mildner].

2113 16 Ok 14/13 EvBl 2014/111 [Rittenauer].

Auch außerhalb von § 37 Abs 1 KartellG 2005 kann die öffentliche Zugänglichkeit von Entscheidungen das Spannungsfeld Informationsinteresse/Geheimhaltungsinteressen berühren und spielt daher auch eine Rolle für die Frage der Zumutbarkeit prozessualer Kooperationspflichten. Vor allem bei höchstgerichtlichen Entscheidungen muss das Gebot der Zugänglichmachung aber nicht (nur) auf den Grundsatz der Volksöffentlichkeit zurückzuführen sein. Nach einer Entscheidung des VfGH²¹¹⁴ erfordert es bereits das Rechtsstaatsprinzip,²¹¹⁵ dass die Entscheidungen des OGH, und zwar nicht allein die Entscheidungen von allgemeiner Bedeutung, sondern auch die übrigen Entscheidungen – »unter Wahrung der (sich etwa aus den Vorschriften über den Datenschutz und über den Ausschluss der Öffentlichkeit ergebenden) berechtigten Interessen Dritter« – allgemein zugänglich sind.

Die aktuelle Fassung des § 15 OGHG anerkennt dieses durch das Rechtsstaatsprinzip geschützte Interesse der Allgemeinheit an der Judikatur des OGH,²¹¹⁶ berücksichtigt gleichzeitig aber auch das Spannungsverhältnis zu sich allenfalls daraus ergebenden Geheimhaltungsinteressen. Dieses Spannungsfeld wird im Bereich der Veröffentlichung von Entscheidungen in der Entscheidungsdokumentation Justiz (bzw im Rechtsinformationssystem) durch eine vom Gesetzgeber wie folgt vorgenommene Interessensabwägung²¹¹⁷ aufgelöst.²¹¹⁸ Ist in einem Verfahren der Ausschluss der Öffentlichkeit gerechtfertigt, ist primär die Vertraulichkeit (etwa bei einem Geschäftsgeheimnis) im Rechtsinformationssystem zu

2114 Nach der Stammfassung des § 15 OGHG waren nur Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs von allgemeiner Bedeutung amtlich zu veröffentlichen. Den Professoren, die an inländischen Hochschulen Rechtsfächer lehren, war nach § 15 Abs 2 OGHG auf ihr Verlangen zu wissenschaftlichen Zwecken Einsicht in die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zu gewähren. Mit Erkenntnis zu G 315/89, G 67/90 hob der VfGH diese Bestimmung mit Hinweis auf das rechtsstaatliche Prinzip auf. Der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs komme wegen seiner durch Art 92 Abs 1 B-VG im Interesse der Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit normierten Funktion als oberster Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen für die Auslegung der Normen des Zivil- und des Strafrechts (einschließlich der betreffenden Verfahrensvorschriften) eine besondere Bedeutung zu. Die Judikatur des Obersten Gerichtshofs habe eine über den jeweiligen Einzelfall hinausreichende wesentliche Funktion für die Rechtskonkretisierung, die Sinnermittlung von Rechtsnormen und den Rechtsschutz. Es liege auf der Hand, dass für die Parteien eine verlässliche Beurteilung der Zulässigkeit des in Betracht kommenden Rechtsmittels an den Obersten Gerichtshof nur bei Möglichkeit der Kenntnisnahme aller Entscheidungen des Höchstgerichts bestehe. Die rechtliche Sicherung dieser Möglichkeit sei daher im Interesse der durch das Rechtsstaatsprinzip geforderten Effizienz des Rechtsschutzes verfassungsrechtlich geboten.

2115 Weiters wird auch vertreten, dass sich aus Art 10 EMRK ein Anspruch auf Zugang zu Informationen ableiten lässt. Vgl zB *Gartner-Müller*, JRP 2015, 178 unter Hinweis auf EGMR 14.7.2009, 37374/05, *Társaság a Szabadságjogokért/Ungarn*, Rn 35.

2116 Nach § 48a Abs 1 GOG gelten die Bestimmung des OGHG über die Entscheidungsdokumentation Justiz und die allgemeine Zugänglichkeit von Entscheidungen »nach Maßgabe der persönlichen und technischen Voraussetzungen« sinngemäß auch für rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte erster und zweiter Instanz.

2117 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*³ § 171 ZPO Rz 66.

2118 *H. Hopf* in FS-M. Schneider 513; *Konecny*, EvBl 2010, 129 f [Entscheidungsanm].

schützen.²¹¹⁹ Nur wenn das nicht bereits mit einer Anonymisierung bewerkstelligt werden kann (also »*bei Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Anonymisierungsmöglichkeiten*«²¹²⁰), hat die Veröffentlichung ganz zu unterbleiben (§ 15 Abs 2 OGH).²¹²¹ In einem solchen Fall verdrängt somit das (uU sich aus einem Unternehmensgeheimnis ergebende) Geheimhaltungsinteresse das Informationsinteresse der Allgemeinheit. In allen anderen Fällen, ist die Entscheidung zu veröffentlichen; das Interesse der Allgemeinheit an der Judikatur des OGH geht dann vor. Die Wahrung der Vertraulichkeit beschränkt sich hier in der Anonymisierung nach § 15 Abs 4 OGHG,²¹²² unabhängig davon, ob diese die Anonymität der Betroffenen tatsächlich sicherstellen kann. Diese Abstufung erscheint sinnvoll und dokumentiert auch, dass weder dem Geheimhaltungsinteresse noch dem Informationsinteresse stets ein absoluter Vorrang zukommt.

654 Dieses durch das *Rechtsstaatsprinzip* geschützte Interesse der Allgemeinheit an der Judikatur des OGH ist vom (auf den Einzelfall bezogenen) *Öffentlichkeitsgebot* nach Art 90 B-VG und Art 6 EMRK, das vom VfGH in der unter FN 2114 referierten Entscheidung nicht geprüft werden musste, zu unterscheiden. Es können aber beide Prinzipien betroffen sein, weil bei einer unterlassenen Entscheidungsverkündung die Veröffentlichung des Urteils in einem Rechtsinformationssystem uU eine Verletzung der nach Art 6 EMRK gebotenen öffentlichen Urteilsverkündung verhindern kann (dazu Rz 639). Wenngleich eine derartige (einmalige) Verkündung grundsätzlich nicht anonymisiert zu erfolgen hat, würde eine Bereitstellung in einer dauernd und allgemein zugänglichen Entscheidungsdokumentation einen wesentlich höheren Grad an Publizität mit sich bringen. Aus der Sicht des gebotenen Schutzes von Geheimnissen scheint der damit gefundene Kompromiss zwischen dem Geheimhaltungsinteresse und der Informationspflicht gelungen.²¹²³ Eine Entscheidung des OGH an sich fällt freilich nicht unter die Veröffentlichungspflicht nach Art 6 EMRK, zumal der Öffentlichkeitsgrundsatz im Rechtsmittelverfahren nur eingeschränkt gilt.²¹²⁴ Weil der OGH nicht über Tatsachen entscheidet, kann grundsätzlich eine mündliche Verhandlung bzw

2119 Das trifft nach 4 Ob 101/09w (EvBl 2010/18 [*Konecny*]) auf Entscheidungen in Provisorialverfahren nur dann zu, wenn Gründe vorliegen, die auch im Hauptverfahren einen Ausschluss der Öffentlichkeit und damit ein Unterbleiben der Veröffentlichung gerechtfertigt hätten.

2120 *H. Hopf* in FS-M. Schneider 511.

2121 Derartige kommt in der Praxis freilich kaum vor. Vgl *H. Hopf* in FS-M. Schneider 511.

2122 § 15 Abs 4 OGHG normiert eine Pflicht zur Anonymisierung von Namen, Anschriften und erforderlichenfalls auch sonstige Orts- und Gebietsbezeichnungen, die Rückschlüsse auf die betreffende Rechtssache zulassen, durch Buchstaben, Ziffern oder Abkürzungen, wobei zu beachten ist, »dass die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung nicht verloren geht.« Durch diese Anonymisierungspflicht soll der Persönlichkeitsschutz von Parteien, Zeugen und anderen Verfahrensbeteiligten sichergestellt werden (ErläutRV 525 BlgNR 21. GP, 11).

2123 *Rassi* in FS-M. Schneider 451; *Thiele*, JusIT 2012, 72 [Entscheidungsanm].

2124 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 107.

Verkündung und damit die Einräumung einer Kontrollmöglichkeit der Öffentlichkeit unterbleiben.²¹²⁵

Mit der UWG-Novelle 2018 wurden Geschäftsgeheimnisse auch im Zusammenhang mit der Urteilsveröffentlichung des § 25 UWG stärker geschützt. Bei der Beurteilung des berechtigten Interesses auf Urteilsveröffentlichung (§ 25 Abs 3 UWG) und deren Verhältnismäßigkeit ist auch unter dem Gesichtspunkt des Geheimnisschutzes den besonderen Umständen des Falls Rechnung zu tragen (§ 26h Abs 6 UWG). Dabei ist auf Art 15 Abs 3 *Know-How-RL* Bedacht zu nehmen.²¹²⁶ Nach § 26h Abs 7 UWG ist eine nicht vertrauliche Fassung, in der die Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Passagen gelöscht wurden, der Veröffentlichung zugrunde zu legen. Der praktische Anwendungsbereich der referierten Regeln wird allerdings gering sein, weil der zu veröffentlichende Urteilsteil (vgl § 25 Abs 4 UWG) in aller Regel das Geheimnis ohnedies nicht enthalten wird.²¹²⁷

655

C. Resümee

Das Gericht hat Unternehmensgeheimnisse auch bei der Verkündung oder Veröffentlichung von Entscheidungen zu beachten. Sowohl die EMRK als auch die Prozessordnung stehen hier einer *geschützten Verwertung* von vertraulichen Tatsachen nicht entgegen und ermöglichen es der nicht beweisbelasteten Partei, ihrer prozessualen Kooperationspflicht nachzukommen. Die Vertraulichkeit ist (jedenfalls) dann weitgehend gewahrt, wenn die Verhandlung nicht volksoffentlich war. Auch darüber hinaus bleibt das Unternehmensgeheimnis im Regelfall gewahrt, weil dessen Inhalt bei der Veröffentlichung nicht darzulegen ist, um die Anforderungen an Art 6 EMRK bzw an das Rechtsstaatlichkeitsprinzip zu erfüllen. Der Umstand, dass der nicht beweisbelasteten Partei für seltene Ausnahmefälle (Härtefälle) ein absoluter Geheimnisschutz nicht garantiert werden kann, macht das Erfüllen der prozessualen Kooperationspflichten noch nicht unzumutbar.

656

2125 EGMR 8.12.1983, 8273/78, *Axen/Deutschland*, Rn 28 (Revision an den BGH); EGMR 22.2.1984, 8209/78, *Sutter/Schweiz*, Rn 30 (Militärkassationsgericht); EGMR 22.2.1996, 17358/90, *Bulut/Österreich*, Rn 41 f (Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH).

2126 Demnach ist der Wert des Geschäftsgeheimnisses, das Verhalten des Rechtsverletzers bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, die Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses und die Wahrscheinlichkeit einer weiteren rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch den Rechtsverletzer zu berücksichtigen. Weiters auch, ob die Informationen über den Rechtsverletzer die Identifizierung einer natürlichen Person ermöglichen würden und, falls ja, ob die Veröffentlichung dieser Informationen gerechtfertigt wäre, insb im Lichte des etwaigen Schadens, den eine solche Maßnahme der Privatsphäre und dem Ruf des Rechtsverletzers zufügen kann.

2127 *Rassi*, ipCompetence Vol. 21 (2019), 30.

IV. Schutz von Unternehmensgeheimnissen bei der Akteneinsicht Dritter und der Aktenübersendung

A. Akteneinsicht

1. Allgemeines

- 657 Wenn die Parteien Unternehmensgeheimnisse ins Verfahren einfließen lassen, könnten Dritten davon nicht nur im Wege der *Volksöffentlichkeit*, sondern auch durch *Akteneinsicht* oder durch eine im Wege der Rechtshilfe vorgenommene *Aktenübersendung* Kenntnis erlangen. Im Folgenden soll geklärt werden, ob der Akteneinsicht oder der Aktenübersendung bei Gefährdung eines Unternehmensgeheimnisses Grenzen gesetzt werden können, um dadurch der nicht beweisbelasteten Partei die Kooperation zu erleichtern.
- 658 Die Möglichkeit, Einsicht in gerichtliche Akten zu nehmen, dient in erster Linie der Informationsbeschaffung, damit der Einsichtnehmende mit den daraus gewonnenen Erkenntnissen seine Rechte (besser oder überhaupt) durchsetzen oder verteidigen kann. Während § 219 Abs 1 ZPO darauf abzielt, dass die Verfahrensbeteiligten durch die Akteneinsicht ihre jeweiligen vom betroffenen Verfahren tangierten Rechte effektiv verfolgen und verteidigen können, liegt der – hier zu prüfenden und in § 219 Abs 2 ZPO geregelten – Akteneinsicht Dritter primär die Informationsbeschaffung wegen Interessen außerhalb des konkreten Akts zugrunde. Daneben ermöglicht § 219 Abs 4 ZPO eine Einsicht zu Zwecken der statistischen Auswertung, für wissenschaftliche Arbeiten oder für vergleichbare, im öffentlichen Interesse liegende Untersuchungen.
- 659 Es liegt auf der Hand, dass sich im Zusammenhang mit der Akteneinsicht nach § 219 ZPO Fragen des Geheimnisrechts bzw des Datenschutzes stellen.²¹²⁸ Die ZVN 2004 war dadurch geprägt, die sich im Zusammenhang mit der Akteneinsicht stellenden datenschutzrechtlichen Fragen zu lösen.²¹²⁹ Der »Aufhänger« der Novelle ist der Datenschutz, womit ein weitgehender Geheimnisschutz bei der Akteneinsicht Dritter gewährleistet ist, wenngleich dieser Geheimnisschutz nach dem Wortlaut des § 219 Abs 2 ZPO idgF sogar über den Schutz personenbezogener Daten iSd § 1 DSG 2000 hinausgeht, weil er umfassend auf »überwiegende berechnigte Interessen eines anderen« abstellt.

2128 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 14 f; 1 Ob 109/02i; 7 Ob 175/07x iFamZ 2008/13 [*Parapatits*]; RIS-Justiz RSo110043; *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 14 mwN; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/1; *Simotta*, ÖJZ 1993, 799 ff.

2129 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15.

Welche *konkreten Geheimhaltungsinteressen* schützt § 219 Abs 2 ZPO?²¹³⁰ Zu denken ist jedenfalls an die bereits in der ZPO geschützten Geheimnisse und Verschwiegenheitspflichten, zB an das Beichtgeheimnis (§ 320 Z 2 ZPO), Amtsgeheimnis (§ 320 Z 3 ZPO), Wahlgeheimnis (§ 321 Abs 1 Z 6 ZPO), Kunst- oder Geschäftsgeheimnis (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO), weiters an staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten (§ 305 Z 4, § 321 Abs 1 Z 3 ZPO), an die Verschwiegenheitspflicht der Mediatoren (§ 320 Z 4 ZPO), der Anwälte (§ 321 Abs 1 Z 4 ZPO) oder (im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts) der Vertreter gesetzlicher Interessensvertretungen bzw Berufsvereinigungen (§ 321 Abs 1 Z 4a ZPO). Im Gegensatz zu anderen Regelungen der ZPO knüpft § 219 Abs 2 ZPO aber nicht (nur) an die in Spezialbestimmungen geschützten Geheimnisse oder Verschwiegenheitspflichten an, sondern auch an den wesentlich weiteren Begriff der »personenbezogene[n] Daten« iSd § 4 Z 1 DSGVO 2000 an²¹³¹ und geht damit weit über die von der ZPO ausdrücklich geschützten Geheimnisse hinaus.²¹³² Unter die *berechtigten Interessen eines anderen*, dessen »persönliche Daten, wie auch immer in das Verfahren eingeflossen sind«,²¹³³ fällt generell das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, weshalb der geschützte Bereich allgemein das *Recht auf Datenschutz, Familien- und Privatleben*²¹³⁴ umfasst.²¹³⁵ Es muss sich dabei nicht um sogenannte sensible Daten iSd § 4 Z 2 DSGVO 2000 handeln (»besonders schutzwürdige Daten«),²¹³⁶ also um Daten natürlicher Personen über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben. Derartige personenbezogene Daten sind bei einem *überwiegenden Interesse* anderer Personen vor der Akteneinsicht Dritter geschützt.²¹³⁷

Umso mehr verbietet sich eine Beschränkung auf *Dateien*. Insoweit in der Rechtsprechung gelegentlich vertreten wird, dass das Recht auf Datenschutz nur solche personenbezogenen Daten betrifft, die in einer Datei aufscheinen, also in einer strukturierten Sammlung von Daten, die nach mindestens einem Suchkriterium zugänglich sind und daher Akten nicht darunter fallen würden,²¹³⁸ ist dem nicht

2130 Zuletzt allgemein 2 Ob 41/17v [*»Solche Interessen können sich insbesondere auf das Vermögen dieser Personen beziehen«*].

2131 Dazu zählen zB Name, Geburtsdatum, Geschlecht, Adresse, Telefon- und Kontonummer, Personenkennzeichen (zB Sozialversicherungsnummer, ZMR, Matrikelnummer), Information über Religion, Gesundheit, Einkommen, Vermögen, Leumund, Lebensgewohnheiten, Intelligenzquotient, Umsatz, Gewinn, Beschäftigtenzahl und Bonität, aber auch Daten wie Fingerabdruck, genetische Merkmale, Bild (zB Bildaufzeichnungen aus einer Videoüberwachung) und Stimme.

2132 Vgl dazu *Rassi* in FS-M. Schneider 409 f.

2133 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 14 f.

2134 Der Begriff »Privatleben« darf nach der Rechtsprechung des EGMR nicht dahingehend ausgelegt werden, dass davon die beruflichen und geschäftlichen Tätigkeiten natürlicher und juristischer Personen ausgeschlossen sind (EGMR 28.1.2003, 44647/98, *Peck/Großbritannien*, Rn 57; EGMR 16.4.2002, 37971/97, *Société Colas Est ua/Frankreich*, Rn 41; EGMR 16.12.1992, 13710/88, *Niemietz/Deutschland*, Rn 29), weshalb schon deshalb auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt sind.

2135 *Rassi*, Zak 2014, 303; dazu bereits vor der ZVN 2004 *Simotta*, ÖJZ 1993, 799 ff.

2136 *Rassi*, Zak 2014, 303.

2137 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15.

2138 IdS 6 Ob 148/00h; 5 Ob 175/08h immolex 2009/7 [*Prader*]; RIS-Justiz RSO113846; OLG Wien 3 R 31/09i = RIS-Justiz RW0000446.

zuzustimmen, weil dabei nicht zwischen dem Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Abs 1 DSG 2000 und den sogenannten Begleitgrundrechten nach Abs 3 leg cit (Auskunft, Richtigstellung und Löschung) unterschieden wird.²¹³⁹ Letztere gelten nur für Dateien, während der Schutzbereich des Grundrechts auf Datenschutz nicht derart eingeschränkt ist.²¹⁴⁰

Wenngleich ein datenschutzrechtliches Interesse nach § 1 Abs 1 DSG 2000 ausgeschlossen ist, wenn Daten infolge »ihrer allgemeinen Verfügbarkeit einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind«, bedeutet das nicht, dass die gebotene Prüfung von Geheimhaltungsinteressen schon deshalb entfallen kann, weil der Inhalt des Akts in einer *öffentlichen mündlichen Verhandlung* erörtert wurde oder die Aktenteile den Verlauf der Verhandlung protokolliert haben. Die Öffentlichkeit der Verhandlung dient der Kontrolle der Rechtsprechung und soll die Wahrheitsermittlung fördern. Sie bezweckt aber nicht, dass der Inhalt der Verhandlung dauerhaft für die Öffentlichkeit abrufbar ist.²¹⁴¹

660 Ein *berechtigtes Interesse* im Sinne des § 219 ZPO liegt vor, wenn ein *Unternehmensgeheimnis* geschützt werden muss, was sich aus dem grundrechtlichen Schutz von Unternehmensgeheimnissen (vgl Rz 234 ff) und dem Umstand ergibt, dass die ZPO an mehreren Stellen »Kunst- oder Geschäftsgeheimnisse« sogar *absolut*²¹⁴² schützt. Das für § 219 ZPO notwendige Geheimhaltungsinteresse ergibt sich im Fall eines Unternehmensgeheimnisses bereits aus seiner Definition. Ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis (bzw Kunstgeheimnis) ist nämlich erst dann anzunehmen, wenn der Geheimnisherr an der Nichtoffenbarung der Tatsachen ein wirtschaftliches Interesse hat, das sich – seit der UWG Novelle 2018 (vgl Rz 232) – durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach außen manifestieren muss. Damit können Unternehmensgeheimnisse unter den Schutz des § 219 Abs 2 ZPO fallen, unabhängig davon, ob es sich um personenbezogene Daten iSd § 1 DSG 2000 handelt oder nicht (dazu Rz 239 f).

661 Wenn im Zivilprozess ein Dritter Akteneinsicht nehmen will, ist zunächst entweder die *Zustimmung der Parteien* (Rz 663) oder ein *rechtliches Interesse des Dritten* (Rz 664 ff) erforderlich. Ist beides zu verneinen, ist die Akteneinsicht zu verweigern. Das bedeutet aber nicht, dass die erforderliche Prüfung von Geheimhaltungsinteressen schon wegen der Zustimmung der Parteien zur Akteneinsicht Dritter entfallen kann, zumal der Inhalt des Akts nicht nur die Sphäre der Parteien betrifft.²¹⁴³

2139 Zutreffend: 6 Ob 191/15d.

2140 Dazu *Rassi* in FS-M. Schneider 411 f mwN.

2141 Vgl die in einem Exekutionsverfahren ergangene Entscheidung 3 Ob 58/12v bezüglich Aktenteilen, die temporär in der Ediktsdatei öffentlich zugänglich waren. Siehe auch *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 10c; *Simotta*, ÖJZ 1993, 803.

2142 Mit dem *absoluten* Schutz ist in diesem Zusammenhang gemeint, dass das Vorliegen eines Verweigerungsgrundes wegen eines Unternehmensgeheimnisses nicht von einer Interessensabwägung im Einzelfall abhängig zu machen ist.

2143 *Rassi* in FS-M. Schneider 416; *Simotta*, ÖJZ 1993, 800.

Schon der grundrechtliche Schutz von Geheimhaltungsinteressen macht es erforderlich, dass sowohl bei einer Zustimmung der Parteien als auch bei einem rechtlichen Interesse des Dritten stets die *Geheimhaltungsinteressen anderer Personen* zu beachten sind, deren personenbezogene Daten oder sonst zu schützende Geheimnisse sich im Akt befinden.²¹⁴⁴ Den Interessen einer anderen Person steht ein *öffentliches Interesse* gleich.

Der Gesetzgeber hat im Zuge der ZVN 2004 diese gebotenen datenschutzrechtlichen Vorgaben bei der Gestaltung des *Akteneinsichtsrechts* nach § 219 ZPO im Wesentlichen umgesetzt. § 219 Abs 2 ZPO soll Personen, deren Daten von der rechtswidrigen Verletzung des Amtsgeheimnisses und der Akteneinsicht betroffen sind, vor Vermögensnachteilen schützen und sonst berechnigte öffentliche Interessen bewahren.²¹⁴⁵ Liegt entweder eine Zustimmung der Parteien oder das erforderliche Interesse des Dritten vor, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Akteneinsicht des Dritten *überwiegende Interessen anderer Personen* oder *überwiegende öffentliche Interessen* entgegenstehen. Bei der Prüfung der Akteneinsicht durch einen Dritten (also einer Nichtpartei) sind daher sowohl *überwiegende berechnigte Geheimhaltungsinteressen* derjenigen Personen zu beachten, deren personenbezogene Daten im Akt enthalten sind, als auch *überwiegende öffentliche Interessen* iSd § 26 Abs 2 erster Satz DSGVO zu berücksichtigen,²¹⁴⁶ weshalb die unter Einhaltung der Bestimmung des § 219 ZPO gewährte Akteneinsicht datenschutzrechtlich zulässig ist.²¹⁴⁷ Damit werden die Interessen jener Parteien geschützt, die Umstände in ein Verfahren eingebracht haben, die von einem Unternehmensgeheimnis betroffen sind. Dieser *datenschutzrechtliche Schutz* macht daher die *prozessuale Kooperation* der nicht beweisbelasteten Partei *zumutbar*.

Die Einsicht Dritter ist nicht davon abhängig zu machen, dass das *Verfahren bereits rechtskräftig beendet* ist.²¹⁴⁸ Aus § 219 Abs 2 ZPO ist nicht abzuleiten, dass eine Einsicht in Akten noch laufender Verfahren unzulässig sein soll.²¹⁴⁹

662

Von der Bestimmung des § 219 Abs 2 ZPO ist die *Aktenübermittlung* an Behörden oder eine gesetzgebende Körperschaft (zB an einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss) nicht umfasst, weil es sich diesfalls um einen Akt der *Amts- oder Rechtshilfe* handelt (Art 22 Abs 1, 53 Abs 3 B-VG).²¹⁵⁰ Auch das unter § 37 JN fallende Rechtshilfeersuchen eines Gerichts (oder des Gerichtskommissärs)²¹⁵¹ an ein anderes Gericht um Übersendung von Akten²¹⁵² oder ein entsprechendes Ersuchen

2144 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15.

2145 1 Ob 208/12p.

2146 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15.

2147 *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 33 und 44; *Spenling*, Datenschutz 15; 6 Ob 197/14k.

2148 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 37.

2149 *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 14b.

2150 6 Ob 656/84 SZ 57/161; 10 Ob 28/07a; 16 Ok 3/10 ÖBl-LS 2010/189 (*Hoffer*) = jusIT 2010/110 (*Jahnel*); RIS-Justiz RS0046193; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 13.

2151 *W. Tschugguel*, iFamZ 2013, 155.

2152 RIS-Justiz RS0046193; *Rassi*, Zak 2014, 304.

einer Staatsanwaltschaft ist kein Fall des § 219 Abs 2 ZPO.²¹⁵³ Entsprechendes gilt dann, wenn ein Vertreter einer Behörde bei Gericht Akteneinsicht nehmen will,²¹⁵⁴ oder für die in Spezialgesetzen²¹⁵⁵ normierten Befugnisse (vgl § 170 Abs 3 Geo). Somit fällt die Einsicht im Rahmen der Dienstaufsicht oder der Kontrolle durch die Justizverwaltung,²¹⁵⁶ die Innere Revision,²¹⁵⁷ die Justiz-Ombudsstelle²¹⁵⁸ oder die Volksanwaltschaft ebenso wenig unter § 219 ZPO wie das Akteneinsichtsrecht der Finanzprokurator nach § 2 Abs 3 FinanzprokuratorG oder der Sozialversicherungsträger nach § 360 Abs 1 ASVG.²¹⁵⁹ § 219 ZPO kann daher nicht herangezogen werden, um einer in- oder ausländischen Behörde Rechtshilfe zu leisten, für die eine gesetzliche Grundlage fehlt.²¹⁶⁰ Inwieweit damit Geheimhaltungsinteressen bei (oder vor) Maßnahmen der Rechts- oder Amtshilfe geschützt sind, wird an anderer Stelle untersucht.

- 663** Liegt die Zustimmung beider (exakter: *aller*²¹⁶¹) *Parteien* vor, muss der Dritte kein rechtliches Interesse bescheinigen. Unter den Begriff der Parteien iSd § 219 Abs 2 ZPO fällt nicht der einfache,²¹⁶² wohl aber der *streitgenössische Nebenintervenient*.²¹⁶³

Das Gesetz ist dahingehend zu verstehen, dass *vor* der Bewilligung der Akteneinsichtnahme durch einen Dritten die *Parteien zu befragen* sind, ob sie dieser zustimmen, und verneinendenfalls warum sie nicht zustimmen. Je nach der Bedeutung der Verweigerungsgründe wird das rechtliche Interesse des Dritten zu werten und gegen das Interesse der widersprechenden Partei abzuwägen sein.

Im *Zivilprozess* liegt die erforderliche Zustimmung nicht schon dann vor, wenn sich die Parteien zum Einsichtsbegehren nicht äußern, ebenso im *Insolvenzverfahren*. Entsprechendes gilt im *Außerstreitverfahren* dann, wenn das Gericht nach § 17 AußStrG vorgeht.²¹⁶⁴ Im *Exekutionsverfahren* ist es hingegen möglich, die Zustimmung nach § 56 Abs 2 und 3 EO zu fingieren, wenn sich eine Partei nicht äußert.

- 2153 16 Ok 3/10 ÖBl-LS 2010/189 [Hoffer] = jusIT 2010/110 [Jahnel]; 10 Ob 28/07a; W. Tschugguel, iFamZ 2013, 156.
- 2154 Missverständlich *Gitschthaler* (in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 2), der ein derartiges Recht bereits aus § 219 ZPO ableitet.
- 2155 Vgl dazu die Darstellung bei *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 42 ff.
- 2156 § 76 GOG; § 94 Abs 1 lit b Geo.
- 2157 *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 36.
- 2158 *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 36.
- 2159 Letzteres übersieht 2 Ob 175/06h.
- 2160 *Oshidari*, WK-StPO § 77 Rz 1 mwN.
- 2161 *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/1.
- 2162 Die Prozesshandlung der Partei verdrängt jene des einfachen Nebenintervenienten, weshalb es auf dessen Zustimmung nicht ankommt. Dessen Zustimmung spielt daher keine Rolle, unabhängig davon ob die Hauptpartei der Akteneinsicht zustimmt oder ihr widerspricht. Im Fall der Passivität der Hauptpartei genügt aber wohl die Zustimmung des Nebenintervenienten, weil sie hier die Handlung der passiven Hauptpartei ersetzt.
- 2163 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 41; idS wohl auch *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/1. Das sonstige Schrifttum differenziert nicht und verneint generell, dass der Nebenintervenient als Partei iSd § 219 ZPO gilt. Vgl *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 14 f; *Harbich*, AnwBl 1988, 8.
- 2164 *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höhlwerth*, AußStrG § 22 Rz 43.

2. Rechtliches Interesse des Einsichtnehmenden

Das rechtliche Interesse des Dritten ist immer dann zu prüfen, wenn *eine der Parteien* der Einsicht *nicht zustimmt*. Mit ihrer Weigerung zur Akteneinsicht Dritter kann daher eine Partei das von ihr in das Verfahren eingeführte Unternehmensgeheimnis zwar nicht absolut schützen, der Dritte muss in einem solchen Fall aber ein rechtliches Interesse bescheinigen, was im Ergebnis eine Hürde sein *kann*, die das Geheimnis schützt.

664

Der Begriff des *rechtlichen Interesses* wird vom Gesetz an mehreren Stellen verwendet, etwa für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Nebenintervention (§ 17 Abs 1 ZPO), einer Feststellungsklage (§ 228 ZPO), einer Beweissicherung (§ 384 Abs 2 ZPO), als »Rechtsschutzinteresse« an der Erledigung eines Rechtsmittels (§ 50 Abs 2 ZPO) und im Bereich des § 219 Abs 2 ZPO. Das rechtliche Interesse ist dabei jeweils an einen bestimmten Verfahrensvorgang geknüpft und daher kaum zu einer generalisierenden Betrachtung geeignet. Die von Rechtsprechung und Lehre zum rechtlichen Interesse anderer Bestimmungen der ZPO entwickelten Grundsätze sind somit nur bedingt auf § 219 Abs 2 ZPO übertragbar. Bei der Beurteilung nach § 219 Abs 2 ZPO ist vielmehr nur darauf abzustellen, ob der Dritte ein rechtliches Interesse an einer Akteneinsicht hat.²¹⁶⁵

665

Das rechtliche Interesse muss ein in der *Rechtsordnung gegründetes* und von ihr *gebilligtes Interesse* sein, das über das bloß wirtschaftliche Interesse²¹⁶⁶ oder über Interessen der Information, der Pietät, des Anstands oder der Ethik hinausreicht.²¹⁶⁷

666

Ein allgemeines öffentliches Interesse an Information sowie ein reines Informationsbedürfnis des Einsichtbegehrenden selbst reicht daher nicht aus.²¹⁶⁸ Mit dem in § 219 Abs 2 ZPO geforderten rechtlichen Interesse sind »eigene Interessen« nicht gleichzusetzen.²¹⁶⁹ Die Einsichtnahme muss vielmehr Bedeutung für die *rechtlichen Verhältnisse* des Dritten haben, wobei das Interesse *konkret* gegeben sein muss.²¹⁷⁰ Das rechtliche Interesse ist nur dann zu bejahen, wenn sich die Kenntnis des Akteninhaltes auf die privat- oder öffentlichrechtlichen Verhältnisse des Einsichtnehmenden günstig auswirkt,²¹⁷¹ sei es nur dadurch, dass sich eine Beweislage für ihn

2165 Rassi in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 44.

2166 4 Ob 553/95; 9 Ob 237/98p; OLG Innsbruck 3 R 1/99t = RIS-Justiz RI0000078; 1 Ob 165/14t; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1097.

2167 RIS-Justiz RS0079198; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/2.

2168 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 621, 398, 1097; 9 Ob 15/07g; 1 Ob 165/14t; RIS-Justiz RS0079198.

2169 RIS-Justiz RS0037272.

2170 16 Ok 10/14b; 1 Ob 165/14t; 1 N 508/01; RIS-Justiz RS0037263.

2171 8 Ob 511/93; RIS-Justiz RS0037263 (T1); *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 45. In diesem Sinn zutreffend *Fucik*, wonach zB auch ein Gläubiger einer Verlassenschaft im Verlassenschaftsverfahren – insb auch auf Grund des Zwecks derartiger Verfahren, die rechtsförmige Gesamtrechtsnachfolge herzustellen – ein rechtliches Interesse daran habe, zu erfahren, wer nach Abschluss des Verfahrens in welchem Umfang für seine Forderungen hafte (*Fucik*, NZ 2008, 67).

günstiger gestaltet²¹⁷² (einschließlich der Schaffung von Klarheit über mögliche Beweismittel).²¹⁷³

Beispiele aus der Rechtsprechung: Den Insolvenzgläubigern wurde ein *rechtliches Interesse* und damit ein Recht auf Einsicht in frühere Anträge auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zugebilligt.²¹⁷⁴ Ebenso dem Schuldner hinsichtlich des von dem für ihn bestellten Masseverwalter betriebenen Aufteilungsverfahrens nach §§ 81 ff EheG,²¹⁷⁵ einem außerehelichen Kind zur Einsicht in den Verlassenschaftsakt seines verstorbenen Vaters zur Vorbereitung einer Beschwerde an die Europäische Kommission für Menschenrechte²¹⁷⁶ oder einem Antragsteller, der etwa schlüssig behauptet, Noterbe oder Vermächtnisnehmer des Verstorbenen zu sein und gegen den Erben Ansprüche stellen zu wollen, zur Einsicht in einen Verlassenschaftsakt.²¹⁷⁷ Ein bloß *wirtschaftliches Interesse* wurde vom OGH hingegen dann angenommen, wenn jemand auf eigenes Risiko nur in der Hoffnung, allenfalls Erbberechtigte ausfindig machen zu können, tätig wird. In einem solchen Fall fehlt ihm jede rechtliche Beziehung zu den Angelegenheiten der Verlassenschaft, sodass ihm die Akteneinsicht in den Verlassenschaftsakt nicht zu gestatten ist.²¹⁷⁸ Auch einem Antragsteller, der mit dem Verstorbenen eine Solidarverpflichtung eingegangen ist, wurde die Akteneinsicht im Verlassenschaftsverfahren verweigert, solange dessen Regressanspruch noch nicht feststand.²¹⁷⁹ Laut OGH bilde eine mögliche Unterhaltspflicht eine bloß »wirtschaftliche Beschwerde«, die nicht zur Akteneinsicht berechtige.²¹⁸⁰ Auch die Befürchtung, in zukünftigen Erbaussichten geschmäleret zu werden, soll für ein konkretes rechtliches Interesse nicht ausreichen.²¹⁸¹ In der

- 2172 LGZ Wien EFSlg 90.917 (1999); OLG Innsbruck 3 R 1/99t = RIS-Justiz RI0000078; 1 N 508/01; 8 Ob 4/03a (Beurteilung etwaiger Haftungsansprüche); 4 Ob 38/13m EF-Z 2013/180 [A. Tschugguel] (Beischaffung von Beweismitteln für eine Klage); 6 Ob 197/14k (Vermächtnisnehmer begehrt mit der Behauptung, Ansprüche gegen den Erben stellen zu wollen, Einsicht in den Verlassenschaftsakt); RIS-Justiz RS0037263 (T4); *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 14b.
- 2173 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 45; LGZ Wien EFSlg 94.508 (2000); kritisch *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 327.
- 2174 8 Ob 4/03a.
- 2175 1 N 508/01. Dem Antrag lag ein Aufteilungsverfahren zugrunde, das der spätere Insolvenzschuldner gegen seine Gattin Jahre vor der Insolvenzeröffnung eingeleitet hat, in das die Masseverwalterin eingetreten ist. Der Fall ist davon geprägt, dass es um Aktivansprüche des Schuldners ging. Im Übrigen ist zu beachten, dass Aufteilungsansprüche nach §§ 81 ff EheG zur Insolvenzmasse gehören (RIS-Justiz RS0008504). Der Ehepartner des Insolvenzschuldners hat bei Scheidung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur eine Insolvenzforderung (2 Ob 261/05d). Ein bereits anhängiges Aufteilungsverfahren wird unabhängig von der Beteiligung des Insolvenzverwalters daran durch die Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines der Ehegatten unterbrochen (RIS-Justiz RS0057570).
- 2176 4 Ob 115/14m.
- 2177 6 Ob 197/14k. Eine (spätere) Akteneinsicht ist nicht ausgeschlossen, wenn sich der Dritte am Verlassenschaftsverfahren nicht beteiligte.
- 2178 4 Ob 553/95. Entsprechendes vertrat der OGH in dieser Entscheidung *obiter* in Bezug auf Personen, die sich darauf berufen, dass sie versuchen werden, eine Prozesspartei oder einen Beteiligten am Außerstreitverfahren zu einer Vollmachtserteilung zu bewegen, damit sie diese beraten oder vertreten können.
- 2179 1 Ob 165/14t.
- 2180 7 Ob 119/08p iFamZ 2008, 328 [*Parapatits*]; ähnlich 8 Ob 511/93.
- 2181 4 Ob 208/02w.

Entscheidung 9 Ob 15/07g qualifizierte der OGH das Vorbringen des Antragstellers, der als Pflichtteilsberechtigter nach dem verstorbenen Betroffenen ein rechtliches Interesse an der Einsicht in den Sachwalterschaftsakt²¹⁸² zur Überprüfung der von der Sachwalterin gelegten Gebarung behauptete, als schlichtes Informationsbedürfnis bzw als Verfolgung ausschließlich eigener Interessen.²¹⁸³ Offen blieb, ob einem titulierte(n) Gläubiger, der sich für ein Exekutionsverfahren Kenntnisse über das Vermögen des Verpflichteten verschaffen wollte, ein rechtliches Interesse oder bloß ein wirtschaftliches Interesse zukomme.²¹⁸⁴ Das LGZ Wien qualifizierte hingegen das Interesse an der Zahlungsfähigkeit eines Schuldners als rein wirtschaftliches Interesse.²¹⁸⁵ Dieses Gericht ging bei Einsichtsbegehren einer unterhaltsberechtigten Antragstellerin, die deshalb in den Akt über den Unterhaltsprozess der früheren Ehegattin des Beklagten Einsicht nehmen wollte, um an Informationen zu gelangen, die für die Höhe ihres Unterhaltsanspruchs bedeutsam sein können, von einem wirtschaftlichen Interesse aus.²¹⁸⁶ Das OLG Wien verneinte ein rechtliches Interesse für den Fall, dass ein Dritter nur Informationen über eine Abtretung gewinnen wollte.²¹⁸⁷ Ferner verneinte das OLG Wien ein rechtliches Interesse an der Akteneinsicht in den (gesamten) Firmenbuchakt einer Privatstiftung, die zu dem Zweck begehrt wurde, die ordnungsgemäße Vertretung der Privatstiftung im Hinblick auf einen mit der Stiftung geführten Rechtsstreit zu ergründen.²¹⁸⁸

Schließlich ist die Einsicht Dritter insoweit ausgeschlossen, als sie in Akten(teile) nicht Einsicht nehmen können, in die selbst die Parteien nicht Einsicht nehmen können, auch wenn diesbezüglich ein rechtliches Interesse bestehen könnte.²¹⁸⁹ **667**

Diesen die Akteneinsicht *einschränkenden Parametern* stehen freilich folgende Eckpunkte entgegen, die die Gefahr von Geheimhaltungsinteressen virulent machen können: **668**

Das rechtliche Interesse muss zum einen *nicht* an der *in den Prozessakten behandelten Sache* bestehen.²¹⁹⁰ Es kann darin liegen, dass die Einsicht der Durchsetzung **669**

2182 Hingegen bejaht die jüngere Rechtsprechung den Anspruch auf Akteneinsicht in den Sachwalterschaftsakt des Erblassers, um den wahren letzten Willen des Betroffenen zu fördern (2 Ob 194/14i EF-Z 2016,105 [Graf-Schimek] = ÖJZ 2015/107 [Fucik] = EvBl 2015/155 [Cermak] = iFamZ 2015/181 [Parapatits]; in diesem Sinn nunmehr § 141 Abs 1 AußStrG idF 2. ErwSchG) oder auch dann, wenn der Verstorbene potentielle Nachlassgegenstände zu Lebzeiten verschleudert und konkret dargetan wird, dass die Handlungen seinem wahren (quasi dem »vorletzten«) Willen widersprechen (4 Ob 238/17d iFamZ 2018/94 [Parapatits] = EvBl 2018/86 [Lutschounig] = EF-Z 2018/88 [A. Tschugguel]).

2183 Ähnlich 8 Ob 511/93; 4 Ob 125/97d; 6 Ob 67/04b; 7 Ob 69/04d; 8 Ob 88/09p; 2 Ob 166/12v iFamZ 2013/138 [Parapatits]. Kritisch dazu W. Tschugguel, iFamZ 2013, 156.

2184 1 Ob 97/06f.

2185 OLG Wien EFSlg 112.122 (2005).

2186 LGZ Wien EFSlg 90.920 (1999).

2187 OLG Wien ZIK 2009/255.

2188 OLG Wien PSR 2012/52.

2189 Dabei ist in erste Linie an Entscheidungsentwürfe, Abstimmungsvermerke und Beratungsprotokolle zu denken.

2190 Neumann, Kommentar⁴ I 852.

oder Abwehr eines privatrechtlichen Anspruchs,²¹⁹¹ der Verteidigung in einer Strafsache oder der Verfolgung oder Abwehr eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs²¹⁹² dient; es muss dabei aber noch kein anderes Verfahren anhängig sein.

670 Das rechtliche Interesse kann zum anderen nicht schon deshalb verneint werden, weil der Dritte die Einsicht wegen einer *geplanten Rechtsverfolgung* von Ansprüchen *gegen eine der Parteien* erwägt.²¹⁹³ Einer Partei kann nämlich ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung ihrer Daten nicht deshalb zuerkannt werden, damit sie sich ihren privatrechtlichen Verpflichtungen gegenüber dem Dritten entziehen kann.²¹⁹⁴ Die gegenteilige Rechtsprechung (keine Akteneinsicht des künftigen Prozessgegners)²¹⁹⁵ betrifft nur Pfllegschaftsakten (bzw Sachwalterschaftsverfahren),²¹⁹⁶ wobei die Rechtslage dort durch die einschränkende Bestimmung des § 141 AußStrG (zuvor § 209 AußStrG 1854) geprägt ist (vgl dazu unten Rz 683 ff).

671 *Unbeachtlich* ist es schließlich, ob die Kenntnis eines Prozessaktes sich auf die *Verhältnisse des Dritten günstig* auswirkt; der Dritte kann auch daran ein rechtliches Interesse haben, dass für ihn ungünstige Umstände erkannt werden.²¹⁹⁷

672 Von der die Akteneinsicht beantragenden Partei kann nicht mit einem lapidaren und in diesem Zusammenhang verfehlten Hinweis auf das Verbot des *Ausforschungsbeweises* (Erkundungsbeweises) verlangt werden,²¹⁹⁸ die Kenntnis der Tatsachen genau anzugeben, die sie sich aus der Akteneinsicht erwartet.²¹⁹⁹ Dem Antrag auf Akteneinsicht liegt notwendigerweise ein *Ausforschungsinteresse* zugrunde.²²⁰⁰ Erst durch die Akteneinsicht kann der Antragsteller Kenntnis von den relevanten Umständen erlangen.²²⁰¹ Ist die Glaubhaftmachung des rechtlichen Interesses erforderlich, um Akteneinsicht gewährt zu bekommen, kann vom Antragsteller nicht verlangt werden, dass er dieses auf den (ihm unbekannt) konkreten Inhalt des Akts stützt.²²⁰² Vielmehr kann ein rechtliches Interesse auch dann anerkannt

2191 16 Ok 10/14b; 16 Ok 9/14f; 17 Os 40/14g; RIS-Justiz RS0037263.

2192 8 Ob 511/93; RIS-Justiz RS0037263.

2193 OLG Linz 2 R 109/99h; LG Feldkirch 2 R 21/12b und 2 R 84/12m; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 56; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/2.

2194 9 ObA 50/03y; vgl auch 10 Ob 46/08z.

2195 1 Ob 205/74 SZ 47/141; RIS-Justiz RS0005812 und RS0116925 (T1); idS auch *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 45.

2196 *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 18 ff; 8 Ob 71/03d; 3 Ob 298/05b (auch nach dem Tod des Pflegebefohlenen).

2197 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 48.

2198 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 49.

2199 RIS-Justiz RS0037263 (T16).

2200 8 Ob 4/03a; OLG Wien 3 R 31/09i = RIS-Justiz RW0000446; 16 Ok 9/14f; 16 Ok 10/14b; *Rassi* in FS-Simotta 449; *Rassi*, Zak 2014, 304.

2201 Vgl 8 Ob 4/03a; OLG Wien 3 R 31/09i = RIS-Justiz RW0000446.

2202 *Cermak*, EvBl 2015, 1101 [Entscheidungsanm]; *Rassi* in FS-M. Schneider 421f; idS auch *Kaps*, ÖBl 2017, 7 (freilich mit dem falschen Hinweis, dass der OGH, der sich meiner Ansicht in 16 Ok 9/14f angeschlossen hat, »die Auffassung *Gitschthalers* und *Rassis* ablehnt«); aA *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 45 und *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO

werden, wenn der Dritte aus dem Akt etwas erfahren will, *was er nicht weiß*, aber zur Wahrung seiner Interessen wissen muss.²²⁰³ Das rechtliche Interesse kann daher nicht mit dem Hinweis verneint werden, dass der Dritte die Akteneinsicht deshalb wahrnehmen will, um erst Material für eine allfällige Anspruchsdurchsetzung zu sammeln. Allerdings kann das Einsichtsbegehren dessen ungeachtet wegen der vorzunehmenden datenschutzrechtlichen Interessensabwägung (Rz 675 ff) scheitern, wenn die geschützten Geheimhaltungsinteressen (etwa bei einem Unternehmensgeheimnis) höher als eine derartige Recherche des Dritten zu werten sind. Bei der Interessensabwägung wird hier insb zu berücksichtigen sein, ob es für den Dritten ohne Akteneinsicht schwer oder kaum möglich ist, seine Ansprüche durchzusetzen.²²⁰⁴ Je größer die *Beweisschwierigkeiten* des Dritten sind, desto eher überwiegt sein Einsichtsinteresse die Geheimhaltungsinteressen.²²⁰⁵

Dabei muss der Dritte ein rechtliches Interesse iSd § 274 ZPO *nur bescheinigen* (glaubhaft machen). Vielfach wird das rechtliche Interesse nur an bestimmten Akteilen bestehen, zB an einer Urkunde oder einem Gutachten; die Akteneinsicht bzw Abschriftnahme ist dann entsprechend einzuschränken (vgl Rz 678 ff).

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass das rechtliche Interesse eine Hürde ist, die das Unternehmensgeheimnis schützt. In vielen Fällen wird es aber zu bejahen sein. Es ist daher zu untersuchen, inwieweit widerstreitende Geheimhaltungsinteressen beachtet werden können.

3. Keine überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen

Liegt die *Zustimmung* aller Parteien vor *oder* ist ein *rechtliches Interesse* des Dritten zu bejahen, ist eine Abwägung dahingehend vorzunehmen, ob die in § 219 Abs 2 ZPO genannten Interessen das Recht des Dritten auf Akteneinsicht überwiegen. Bei der Beurteilung, ob einem Dritten ein Akteneinsichtsrecht zusteht, ist somit immer das *Recht auf Geheimhaltung* derjenigen Personen zu beachten, deren *geschützte Geheimnisse* bzw *personenbezogenen Daten* im Akt enthalten sind.²²⁰⁶ Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Akteneinsicht des Dritten unbedingt notwendig ist oder ob sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Privatsphäre bedeutet.²²⁰⁷ In

Rz 3/2, wonach Akteneinsicht als »reiner Erkundungsbeweis« abzulehnen sei. IdS auch 3 Ob 58/12v und 17 Os 40/14g.

2203 1 Ob 206/74 SZ 47/141; 8 Ob 511/93; 8 Ob 4/03a; 2 Ob 219/13i; 16 Ok 10/14b; 16 Ok 9/14f; RIS-Justiz RS0037263.

2204 Eine ähnliche Wertung wird auch bei der Prüfung des rechtlichen Interesses nach § 384 ZPO vertreten. Vgl dazu etwa *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 384 ZPO Rz 16f.

2205 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 49.

2206 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15.

2207 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 14f; 10 Ob 89/07x; 9 Ob 87/08x; *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 327; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 46 und 49; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/1; *Weiss/Knyrim*, eolex 2006, 75; idS bereits zur alten Rechtslage *Simotta*, ÖJZ 1993, 800.

die Interessensabwägung hat einzufließen, ob der Einsichtswerber seine Informationen auf andere Weise beschaffen kann.²²⁰⁸

676 Zu den von § 219 ZPO *geschützten anderen Personen* zählen am Verfahren uneteiligte Personen,²²⁰⁹ aber auch (und vor allem) die Parteien,²²¹⁰ Nebenintervenienten, Zeugen oder Sachverständige,²²¹¹ zumal ein Gerichtsakt in erster Linie personenbezogene Daten über die im Verfahren involvierten Personen enthält.²²¹² Auch mit der angeordneten Interessensabwägung bietet das Gesetz einen (wenngleich nicht lückenlosen) Schutz vor der Akteneinsicht Dritter, der es grundsätzlich der nicht beweisbelasteten Partei zumutbar macht, ein Unternehmensgeheimnis in das Verfahren einzuführen, um damit ihren Gegner aus einem Beweisnotstand zu befreien.

677 Berechtigte Interessen eines anderen bzw öffentliche Interessen hindern die Akteneinsicht Dritter freilich nur dann, wenn sie gegenüber dem Informationsinteresse des Dritten *überwiegen*. Dabei ist eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen; abzulehnen ist eine pauschale Sichtweise, dass das Recht der Parteien auf Geheimhaltung im Zweifel dem Recht Dritter auf Akteneinsicht vorgeht.²²¹³ Bei einer Interessensgleichheit geht das Informationsinteresse vor.

Die nach § 219 Abs 2 ZPO vorzunehmende Interessensabwägung nimmt im Kern auf das DSG 2000 Bezug. ISd § 26 DSG 2000 sind sowohl Interessen anderer Personen als auch öffentliche Interessen im Rahmen einer Abwägung dem Interesse des Dritten auf Akteneinsicht gegenüberzustellen²²¹⁴ und zwar unabhängig davon, ob die Parteien der Akteneinsicht zustimmen. Die Abwägung ist daher auch dann vorzunehmen, wenn beide Parteien der Einsicht zugestimmt haben²²¹⁵ (arg: Mit Zustimmung [...] soweit dem nicht [...] entgegenstehen) und es der (isolierten) Prüfung eines rechtlichen Interesses des Dritten, der die Einsicht beantragt, nicht bedarf.²²¹⁶ Eine Abwägung gegenüber den Interessen anderer Personen oder gegenüber einem öffentlichen Interesse ist aber auch dann vorzunehmen, wenn das rechtliche Interesse des Dritten das Geheimhaltungsinteresse der Parteien übersteigt.²²¹⁷

2208 1 Ob 97/06f; 10 Ob 89/07x [*»unbedingt nötig«*]; 2 Ob 9/17p.

2209 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 46; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/1.

2210 *Peer*, ÖJZ 2008, 916 f.

2211 Zu denken ist hier etwa an Unterlagen, die den außergerichtlichen Verdienst des Sachverständigen betreffen und dem Gericht im Zusammenhang mit § 34 GebAG vorgelegt wurden.

2212 *Rassi* in FS-M. Schneider 417; *Rassi*, Zak 2014, 303.

2213 16 Ok 10/14b; 16 Ok 9/14f; aA *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 3/2; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 45; vgl auch *Simotta*, ÖJZ 1993, 800.

2214 Vgl dazu *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 327; *Peer*, ÖJZ 2008, 916.

2215 *Rassi* in FS-M. Schneider 420.

2216 Nach der Rechtsprechung liegt eine solche Zustimmung auch dann vor, wenn sich die Parteien in einer Tagsatzung nicht gegen eine Akteneinsicht ausgesprochen haben. Vgl zB 10 Ob 45/12h [*»In der Tagsatzung vom 20. Februar 2012 sprach sich der Sachwalter nicht mehr gegen die Akteneinsicht des Einschreiters aus, weil von dessen Seite nunmehr Bemühungen feststellbar wären, Geld für die Lebenshaltungskosten der Betroffenen zu überweisen.«*].

2217 *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 327.

Liegt die Zustimmung der Parteien nicht vor, kommt es somit zu einer *zweistufigen Prüfung*. Zunächst ist zu prüfen, ob ein rechtliches Interesse des Dritten, der Einsicht begehrt, besteht. Erst wenn dieses bejaht wird, ist die Abwägung mit den Geheimhaltungsinteressen vorzunehmen.²²¹⁸ Bei Zustimmung der Parteien entfällt hingegen die (isolierte) Prüfung des rechtlichen Interesses des Dritten, nicht aber die Interessensabwägung iSd § 219 Abs 2 Satz 1 ZPO. In diese Abwägung sind bei Zustimmung der Parteien (neben öffentlichen Interessen) nur mehr die Interessen von Nichtparteien einzubeziehen, weil die Parteien durch ihre Zustimmung zur Akteneinsicht ihr berechtigtes Interesse auf Geheimhaltung ihrer personenbezogenen Daten verloren haben.²²¹⁹ Es liegt dann kein schutzwürdiges Interesse der zustimmenden Person vor. Stimmt etwa eine Partei der Akteneinsicht eines Dritten zu, nimmt sie damit bewusst in Kauf, dass diesem ein allfälliges Unternehmensgeheimnis bekannt wird. Diese freiwillige Aufgabe wirft aus der Sicht des Geheimnisschutzes keine Probleme auf.

Zu bedenken ist auch, dass der in § 219 Abs 2 ZPO vorgesehene Interessensabwägung eine Prüfung der Interessen der von § 219 Abs 2 ZPO geschützten Personen (»Interessen eines anderen«) vorgelagert sein muss. Deren Anspruch auf Geheimhaltung besteht im Wesentlichen bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses iSd § 1 Abs 1 DSGVO 2000 (»insb auch im Hinblick auf die Achtung des Privat- und Familienlebens«). Ein solches schutzwürdiges Interesse kann nur nach einer Interessensabwägung ermittelt werden. Die Interessen geschützter Personen sind im Zusammenhang mit der Akteneinsicht somit zweimal zu prüfen. Zunächst muss das berechtigte Interesse geprüft werden, bei Bejahung erfolgt die in § 219 Abs 2 Satz 1 ZPO angeordnete Interessensabwägung.

Bei der Formulierung des § 219 Abs 2 ZPO fällt auf, dass die Verweigerung des Akteneinsichtsrechts des Dritten (nur) durch *überwiegende berechnete Interessen* eines anderen gerechtfertigt wird, wenngleich § 1 Abs 2 DSGVO 2000 einen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nur bei *einem überwiegenden Interesse* eines anderen (hier also des akteneinsichtnehmenden *Dritten*) zulässt. Das Abstellen auf überwiegende Geheimhaltungsinteressen steht nur scheinbar in einem Spannungsfeld zur Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 2 DSGVO 2000, wonach ein Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nur bei einem überwiegenden Interesse eines anderen gerechtfertigt ist (Vorrang des Datenschutzes). Aufgrund der zusätzlichen Merkmale des § 219 Abs 2 ZPO (Zustimmung der Parteien *oder* rechtliches Interesse des Dritten) erscheint es bei einem Gleichklang der gegenseitigen Interessen vertretbar, dem Dritten die Akteneinsicht zu gewähren, weil durch die weiteren Tatbestandselemente gewährleistet ist, dass dessen Interessen insgesamt überwiegen.²²²⁰

2218 OLG Wien PSR 2012/52; 9 Ob 87/08x; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 44.

2219 *Rassi* in FS-M. Schneider 417 und 421; *Simotta*, ÖJZ 1993, 800.

2220 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 59.

4. Teilweise Einsicht Dritter

678 Neben der Abwägung widerstreitender Positionen ist schon zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen darauf zu achten, dass die Einsicht nur im *unbedingt erforderlichen Ausmaß* erfolgen darf. Wenngleich das Gesetz nicht ausdrücklich normiert, dass die Akteneinsicht auf *Teile des Akts beschränkt* werden kann, muss eine solche – verfassungsrechtlich gebotene – Vorgangsweise nach verständiger Würdigung der auszulegenden Norm (§ 219 ZPO) möglich sein.²²²¹ Das betrifft zunächst den an sich unproblematischen Fall, dass das Informationsinteresse des Einsichtnehmenden und das Geheimhaltungsinteresse einer anderen Person jeweils andere Aktenteile betreffen und die Gefahr besteht, dass Ersterer die Geheimnisse quasi »beiläufig« erfährt, ohne daran ein echtes Interesse zu haben. Der Geheimhaltungsschutz wäre überschießend, würde man deshalb die Einsicht zur Gänze verwehren, ohne nach einer vermittelnden Lösung zu suchen. Gerade die normierte Interessensabwägung legt eine flexible Handhabung und keine »*Alles oder Nichts*«-Lösung nahe. Auch der Wortlaut des § 219 Abs 2 ZPO stützt diese Meinung, weil das Wort »soweit« und nicht »sofern« gewählt wurde.²²²² Es ist nicht einzusehen, einem Dritten die Einsicht in einen bestimmten Teil des Akts (zB in ein Gutachten) nur deshalb zu verwehren, weil eine andere Person Anspruch auf Geheimhaltung ihrer Daten hat, die sich aus einem anderen Aktenteil ergeben. Hier drängt sich eine Einsicht in die für den Einsichtnehmenden *relevanten Teile* auf.²²²³ Der derart *beschränkten Akteneinsicht* stehen in einem solchen Fall keine damit gegenläufigen Interessen entgegen. Zudem kann eine Beschränkung der Einsicht auf Teile des Akts auf § 298 Abs 2 ZPO gestützt werden. Diese Annahme korreliert mit § 1 Abs 2 DSGVO 2000, wonach Eingriffe in den Datenschutz nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden dürfen.²²²⁴

Die Parallele der Akteneinsicht (außerhalb des Prozesses durch Dritte) zum Urkundenbeweis in einem Prozess erscheint *prima vista* überraschend. Der dem § 298 Abs 2 ZPO zugrundeliegende Gedanke, dass irrelevante Umstände nicht ins Verfahren fließen sollen, ist aber verallgemeinerungsfähig und dient zum Geheimnisschutz. Auch die Materialien zur ZVN 2004, mit der § 219 ZPO geändert wurde, stützen einen Ausschluss von Teilen beigeschaffter Fremddakten, »*die den Streit-*

2221 7 Ob 175/07x iFamZ 2008/13 [*Parapatits*]; 2 Ob 9/17p; 2 Ob 41/17v; 4 Ob 238/17d; *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 327; *Peer*, ÖJZ 2008, 918; *Rassi* in FS-M. Schneider 421; *Simotta*, ÖJZ 1993, 801 (unter Hinweis auf § 17 AVG).

2222 *Fucik*, NZ 2008, 68; *Rassi*, Zak 2014, 304.

2223 In diesem Sinn zB auch 6 Ob 153/15s [*»Dem Antrag der klagenden Partei auf Einsicht in den Akt des Obersten Gerichtshofs wird mit der Einschränkung stattgegeben, dass sämtliche Beratungsprotokolle und Abstimmungsvermerke, Aufzeichnungen des Berichterstatters, Entscheidungsentwürfe und Anmerkungen, die auf die innere Willensbildung sowie die Person des Berichterstatters Rückschlüsse zulassen, von der Akteneinsicht ausgenommen werden.«*].

2224 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 60.

gegenstand nicht betreffen und daher nicht in das Verfahren einbezogen werden«, auf § 298 Abs 2 ZPO.²²²⁵

Fraglich ist aber, ob ein *gesamter Akt* unter den Begriff der Urkunde nach der ZPO (und damit in den Anwendungsbereich des § 298 Abs 2 ZPO) fällt oder ob er aus mehreren eigenständigen Urkunden besteht. Die Anwendung der Vorschriften zum Urkundenbeweis auf die Verwertung von beigeschafften Akten liegt zwar nicht auf der Hand, ist aber im Ergebnis zu bejahen. § 183 Abs 1 Z 2 ZPO verleiht dem Begriff des Akts gegenüber einzelnen Urkunden eine eigenständige Bedeutung (vgl § 183 Abs 1 Z 3 ZPO), sodass es verfehlt wäre, beide Begriffe *a priori* gleichzusetzen. Zudem ist aufgrund der systematischen Stellung des § 298 ZPO davon auszugehen, dass sich diese Bestimmung auf einzelne Urkunden bezieht. Auch die Formulierung in § 298 Abs 2 ZPO deutet darauf hin, dass damit nur ein *einzelnes Schriftstück* gemeint ist (arg »[...] dem Eingange, dem Schlusse, dem Datum und der Unterschrift [...]«).²²²⁶ Im Sinne von *Fasching* ist der Akt aber als Ganzes als eine öffentliche Urkunde zu betrachten, wobei die einzelnen Bestandteile für sich alleine aber – je nachdem – Privaturkunden oder öffentliche Urkunden bleiben.²²²⁷ Nach einer hier gebotenen extensiven Auslegung des Begriffs Urkunde ist daher darunter auch ein *gesamter Akt* zu verstehen. Es erscheint somit (ohne Rückgriff auf eine Analogie) geboten, auf Akten die Bestimmungen des Urkundenbeweises grundsätzlich anzuwenden, insoweit dies bei einzelnen Regelungen nach deren Sinn nicht ausgeschlossen ist. Nach § 298 ZPO sind die dem Beweisverfahren zugrunde zu legenden Urkunden dem Gericht und dem Gegner vorzulegen. Letzterer hat sich dazu zu erklären; die für die Streitsachen *nicht relevanten* Urkundenteile fließen hingegen *nicht in das Verfahren* ein. Die aus dieser Bestimmung abzuleitenden Wertungen (Offenlegung nur der relevanten Urkundenteile und die Abgabe entsprechender Erklärungen; Verschluss und keine Verwertung der irrelevanten Teile) treffen auch auf Akten zu, sodass Fremdakten nur insoweit ins Verfahren einfließen dürfen, als sie sich auf den Streitgegenstand beziehen.²²²⁸

Das entspricht zB der Praxis in insolvenzrechtlichen Verfahren, wonach *Aktenteile* von der Einsicht auszunehmen sind, deren Kenntnis für den Einsichtsbegehrenden zwar ohne Bedeutung, deren Geheimhaltung im Interesse der Unternehmensfortführung und/oder eines Unternehmerserwerbers aber erforderlich ist.²²²⁹ Eine Beschränkung kann darauf gestützt werden, dass sich beim Gericht zwar vorgelegte Urkunden oder Beiakten befinden, sie aber vom Gericht noch nicht angenommen wurden; § 219 ZPO bezieht sich aber nur auf jene Unterlagen, die bereits *Bestandteil* der *Prozessakten* wurden.²²³⁰ Die reine physische Existenz beim Prozessakt macht eine Urkunde aber noch nicht zum Bestandteil der Prozessakten. Deshalb

679

2225 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15.

2226 In diesem Sinn auch DSK 120.555/18-DSK/97.

2227 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 620 und 927; ähnlich *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Vor § 266 ZPO Rz 102.

2228 *Spending*, Datenschutz 14.

2229 OLG Linz ZIK 1995, 193; *Riel*, Öffentlichkeit 194 ff mwN.

2230 3 Ob 440/29 ZBl 1929/307; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 1/1.

sind etwa Urkunden, die zwar im Akt erliegen, deren Annahme und Verwertung im Beweisverfahren (»Verlesung«²²³¹) jedoch vom Gericht abgelehnt wurde, von der Einsicht auszunehmen.²²³²

680 Zu einer umfänglich beschränkten Akteneinsicht kann es im Fall der *Ausschließung der Volksöffentlichkeit* kommen, weil die entsprechenden Teile des Verhandlungsprotokolls besonders geschützt werden müssen. Der Hinweis von *Sperl*,²²³³ wonach das Verhandlungsprotokoll über eine Verhandlung, bei der die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, von den übrigen Akten abgesondert zu verwahren sei und das Recht auf Abschriften entfalle, findet keine direkte Deckung im Gesetz. Die Ausschließung der Volksöffentlichkeit kann die Parteiöffentlichkeit nicht einschränken, sodass das Recht auf Abschriften (Kopien) dadurch nicht eingeschränkt werden darf. Freilich muss ein solcher Ausschluss aber dazu führen, dass die *Akteneinsicht Dritter* entsprechend beschränkt wird. Dritte haben sonst (also selbst bei einem rechtlichen Interesse) keinen Zugang zu einer nicht volksöffentlichen Verhandlung. Dazu korrespondierend muss ihnen (*generell*) die Einsicht (und auch das Recht auf Kopien und Ausdrucke) *verweigert* werden, *insoweit* es Aktenstücke betrifft, die *Gegenstand der nicht öffentlichen Verhandlung* waren. Eine weitere Abwägung im Sinne des § 219 ZPO bzw Rücksichtnahme auf die dort genannten überwiegenden Interessen ist grundsätzlich nicht vorzunehmen, um nicht den *Beschluss auf Ausschließung der Volksöffentlichkeit* zu umgehen, der damit auf das Recht auf *Akteneinsicht durchschlägt*.²²³⁴

681 Für die hier zu behandelnde Problematik ist insb hervorzuheben, dass die nicht beweisbelastete Partei durch eine bloß partielle Akteneinsicht Dritter geschützt wird, zu der es – im Gegensatz zum an sich unbegrenzten Umfang der Akteneinsicht der Parteien – dann kommen kann, wenn das Unternehmensgeheimnis nur Teile des Aktes betrifft und die überwiegenden Interessen der nicht beweisbelasteten Partei sich lediglich darauf beziehen. Das kann dazu führen, dass ausschließlich die vom Unternehmensgeheimnis betroffenen Teile des Akts von der Akteneinsicht ausgenommen sind. Wurde die Öffentlichkeit der Verhandlung

2231 Der Begriff der *Verlesung* ist der ZPO im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme von Urkunden an sich fremd. Urkunden sind nach § 298 ZPO nämlich (nur) in der Weise *vorzulegen*, dass das Gericht und der Gegner vom ganzen Inhalt der Urkunde Einsicht nehmen können. Entsprechendes gilt für die Verwertung von Akten (teilen).

2232 3 Ob 516/91 AnWB 1991/3926 [*Graff*] (Krankengeschichte); *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 49.

2233 Bürgerliche Rechtspflege I 358.

2234 Behauptet der Antragsteller freilich *geänderte Verhältnisse*, kann sich durchaus Anderes ergeben. Gerade Geheimhaltungsinteressen im Allgemeinen und Unternehmensgeheimnisse im Besonderen sind stark von einer zeitlichen Komponente geprägt. Es ist daher durchaus möglich, dass die Geheimhaltungsgründe, die zum Ausschluss der Volksöffentlichkeit geführt haben, durch nachfolgende Änderung der Umstände zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Akteneinsicht nicht mehr vorliegen.

zum Schutz eines Unternehmensgeheimnisses ausgeschlossen, ist die Akteneinsicht Dritter in diesem Umfang teilweise eingeschränkt und etwa das Protokoll über die nicht öffentliche Verhandlung auszunehmen.

5. Exkurs: Sondernormen mit absolutem Schutz vor Akteneinsicht Dritter als Vorbild?

Vom bisher Gesagten abgesehen sind darüber hinaus *Sonderregeln* außerhalb der ZPO zu beachten, die die Akteneinsicht Dritter einschränken und insoweit geeignet sind, die Kooperation der Parteien zu fördern. Im Zivilprozess selbst ist Derartiges nicht normiert. Allerdings seien hier zwei Beispiele aus dem Außerstreitverfahren hervorgehoben, weil diese zum einen insoweit Einfluss für den streitigen Zivilprozess nehmen können, als sich Dritte auf einen solchen vorbereiten wollen. Zum anderen ist zu erwägen, ob diese Bestimmungen Vorbild für eine allgemeine Regelung sein könnten, nach der Unternehmensgeheimnisse in einem Zivilprozess derart absolut vor der Akteneinsicht Dritter geschützt werden könnten.

682

a. § 141 AußStrG²²³⁵

Große Bedeutung hat die Bestimmung des § 141 AußStrG²²³⁶ (ähnlich zuvor § 209 AußStrG 1854), die die Akteneinsicht²²³⁷ Dritter (nicht aber der Parteien!)²²³⁸ über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse von Pflegebefohlenen²²³⁹ einschränkt. Dieser Begriff kann sich – zB bei einem pflegebefohlenen Unternehmer – durchaus teilweise (aber wohl nicht zur Gänze) mit Unternehmensgeheimnissen decken.

683

Die hA leitet aus einem Größenschluss ab,²²⁴⁰ dass Dritten darüber hinaus, auch bei »gegenüber den Vermögensverhältnissen viel sensibleren Daten«,²²⁴¹ zB hin-

684

2235 Dazu Rassi in Fasching/Konecny³ § 219 ZPO Rz 62 ff.

2236 Dazu Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 1 ff; Danzl, Geo⁸ § 170 Anm 23.

2237 Dies ungeachtet des Umstands, dass § 141 AußStrG ausdrücklich nur die Erteilung von Auskünften verbietet. Dieses Verbot darf nämlich nicht durch die Gewährung von Akteneinsicht umgangen werden. Vgl idS Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 9; Fucik/Kloiber, AußStrG § 22 Rz 4; Rechberger in Rechberger, AußStrG² § 22 Rz 3; zur Vorgängerbestimmung des § 209 AußStrG 1854: 7 Ob 48/03i.

2238 Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 14; Graf, Zak 2007, 428; Peer, ÖJZ 2008, 916; Zankl/Mondel in Rechberger, AußStrG² § 141 Rz 1. Gemäß den Materialien (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 90f) ist die Akteneinsicht der Parteien auf den sie betreffenden Verfahrensabschnitt eingeschränkt. So dürfen etwa für eine Unterhaltsentscheidung relevante Einkommens- und Vermögensdaten zwar den Parteien des Unterhaltsverfahrens, nicht aber auch den Parteien eines Besuchsrechtsverfahrens mitgeteilt werden.

2239 Darunter fallen auch die Daten über das Einkommen und Vermögen des Unterhaltspflichtigen. Vgl Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 15.

2240 4 Ob 38/13m EF-Z 2013/180 [A. Tschugguel]; vgl auch 4 Ob 208/02w und 8 Ob 71/03d (jeweils zu § 209 AußStrG 1854).

2241 4 Ob 208/02w (zu § 209 AußStrG 1854).

sichtlich Gesundheitsdaten (»Geisteszustand«)²²⁴² bzw sogar »grundsätzlich«,²²⁴³ keine Einsicht in Pflegschafts- und Sachwalterschaftsakten zusteht, selbst wenn ein rechtliches Interesse vorliegt.²²⁴⁴ Die ab 1. 7. 2018 geltende Neufassung der Bestimmung (BGBl I 2017/59) umfasst Informationen zum Gesundheitszustand.

Wenngleich der Schutz des § 141 AußStrG über den Tod des Betroffenen hinauswirkt,²²⁴⁵ vertritt der OGH hinsichtlich eines Erben zu Recht,²²⁴⁶ dass der *Erbe des Betroffenen* ein Recht auf Akteneinsicht in den Sachwalterschaftsakt hat, soweit dieser Einkommens- und Vermögensangelegenheiten betrifft (nicht aber – wegen Höchstpersönlichkeit – hinsichtlich Gesundheitsdaten).²²⁴⁷ Er ist in vermögensrechtlichen Belangen nicht »Dritter« iSd § 219 Abs 2 ZPO, vielmehr ist er in die Rechte des Betroffenen im Sachwalterschaftsverfahren eingetreten und Universalsukzessor. Damit besteht ihm gegenüber kein Bedürfnis auf Geheimhaltung. Insoweit ergibt sich kein Problem mit dem Geheimnisschutz einer zur prozessualen Kooperation verpflichteten Partei. In Abs 1 der ab 1. 7. 2018 geltenden Neufassung wird klargestellt, dass nach dem Tod des Betroffenen (nunmehr: der vertretenen Person) Erben und erbantrittserklärten Personen Auskünfte über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der verstorbenen Person und – soweit dies der Durchsetzung ihres letzten Willens dient (siehe bereits 2 Ob 194/14i) – Informationen zu ihrem Gesundheitszustand erteilt werden.

- 2242 Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 25 [»Daten über das Krankheitsbild und ähnlich sensible Daten«]; Graf, Zak 2007, 428 [»ähnlich sensible Daten [...] bspw bei Daten betreffend den Gesundheitszustand der Fall«]; Neuner, EvBl 2010/123 [Entscheidungsanm] [»Informationen über die Persönlichkeit des Verstorbenen, die besonders sensibel zu behandeln sind.«]; W. Tschugguel, iFamZ 2010, 288 [Entscheidungsanm] [»auch für sonstige sensible Daten, insb solche zum Gesundheitszustand des Besachwalteten«]; ähnlich W. Tschugguel, iFamZ 2013, 156; 4 Ob 208/02w (zu § 209 AußStrG 1854); 8 Ob 71/03d (zu § 209 AußStrG 1854); 7 Ob 69/04d (zu § 209 AußStrG 1854); RIS-Justiz RS0116925 [»wenn es um Daten geht, die den Geisteszustand einer Verfahrenspartei in einem Verfahren zur Überprüfung, ob ein Sachwalter zu bestellen ist, betreffen«].
- 2243 Fucik in Deixler-Hübner/Fucik/Huber, Kindschaftsrecht 169; Graf, Zak 2007, 429; Zankl/Mondel in Rechberger, AußStrG² § 141 Rz 1; 7 Ob 119/08p iFamZ 2008, 328 [Parapatits] [»sonstigen Personen, [dürfen] nach dem klaren Gesetzesauftrag keine Auskünfte erteilt werden«]; 3 Ob 17/10m; 1 Ob 8/11z [»im Pflegschaftsverfahren [kommt] nur den Parteien das Recht auf Akteneinsicht zu«]; 1 Ob 98/12m ZfRV-LS 2012/51 [Ofner]; 4 Ob 38/13m EF-Z 2013/180 [A. Tschugguel] und 5 Ob 121/15b [»im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 141 AußStrG«]; RIS-Justiz RS0123679; differenzierend Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 22 Rz 51 [»schließlich einzuschränken oder allenfalls auch ganz zu versagen«].
- 2244 Offenbar aA Peer, ÖJZ 2008, 916 [»Die Einschränkungen in § 141 AußStrG sind nur insoweit zu beachten, als tatsächlich Einkommens- und Vermögensverhältnisse eines Pflegebefohlenen betroffen sind«].
- 2245 1 Ob 98/12m ZfRV-LS 2012/51 [Ofner]; 4 Ob 38/13m EF-Z 2013/180 [A. Tschugguel]; Graf, Zak 2007, 429 f; W. Tschugguel, iFamZ 2013, 156.
- 2246 Vgl zB Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 29; 4 Ob 2316/96h; 3 Ob 17/10m iFamZ 2010/209 [W. Tschugguel] = EvBl 2010/123 [Neuner]; 1 Ob 98/12m ZfRV-LS 2012/51 [Ofner]; RIS-Justiz RS0125886, RS0106077; aA 4 Ob 125/97d (für die Anwendbarkeit des § 219 Abs 2 ZPO).
- 2247 3 Ob 298/05b; 4 Ob 38/13m EF-Z 2013/180 [A. Tschugguel]; iSd auch Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 33. Ungeachtet diesbezüglich fehlender Rechtsnachfolge kann ein potentieller Erbe freilich dann auch Einsicht in die Gesundheitsdaten nehmen, wenn es darum geht, den wahren Willen des Erblassers zutage zu fördern. IdS 2 Ob 194/14i ÖJZ 2015/107 [Fucik] = ÖZPR 2015/96 [Schweighofer] = EvBl 2015/155 [Cermak] = iFamZ 2015/181 [Parapatits]. In diesem Sinn vgl auch Abs 1 der ab 1. 7. 2018 geltenden Fassung gemäß BGBl I 2017/59.

Bedeutet das, dass Unternehmensgeheimnisse eines Pflegebefohlenen umfassend vor der Akteneinsicht Dritter geschützt sind, wenn diese aus einem entsprechenden Akt zu entnehmen sind? Ein derartig weiter (nämlich absoluter) Schutz ist nicht unbedenklich, berücksichtigt man den weiten Anwendungsbereich des § 141 AußStrG, der auf viele (potentielle) Zivilprozesse wirken kann.

685

Nach *Gitschthaler* betrifft die Beschränkung nicht nur das eigentliche Pflegschafts- oder Sachwalterschaftsverfahren, sondern auch das Ehe-, Abstammungs- oder Adoptionsverfahren, wenn sich aus diesen Hinweise auf die Einkommens- und Vermögenssituation von Pflegebefohlenen ergeben könnten.²²⁴⁸ Diese weite Auslegung scheint sich mit den Materialien zu decken, wonach auf Akten nach dem II. Hauptstück abgestellt wird.²²⁴⁹ Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass das Gesetz auf den *betreffenden Pflegebefohlenen* abstellt, was für eine Einschränkung auf das Pflegschafts- oder Sachwalterschaftsverfahren spricht, weil nur diese Verfahren den Pflegebefohlenen (direkt) betreffen.²²⁵⁰ § 141 AußStrG trägt ua dem Umstand Rechnung, dass die Pflegschaftsakten, in denen vielfach Familien- und Vermögensverhältnisse offengelegt werden, dem Schutz der Pflegebefohlenen dienen und es mit diesem Schutz nicht vereinbar wäre, wenn Außenstehende im Wege der Einsicht in bzw der Auskunft aus solchen Akten Informationen über die (vom konkreten Verfahren) Betroffenen erlangen könnten, die sie ohne die ja zum Vorteil der Betroffenen geführten Verfahren nicht erlangen könnten.²²⁵¹ Der Schutz eines Pflegebefohlenen ist zwar auch im Abstammungs-, Ehe- oder Adoptionsverfahren (ebenso wie im Verlassenschaftsverfahren) zu beachten, dort jedoch nur *Reflex*, nicht aber der *eigentliche Verfahrenszweck*. Für das *Verlassenschaftsverfahren* hat die Rechtsprechung eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts Dritter durch § 141 AußStrG jedenfalls zutreffend abgelehnt,²²⁵² zumal dieses im III. Hauptstück geregelt wird, § 141 AußStrG aber im II. Hauptstück enthalten ist. Die Einsichtnahme, zB in Verlassenschaftsakten, ist dementsprechend ausschließlich nach § 22 AußStrG iVm § 219 ZPO zu beurteilen.²²⁵³

Auch die hA nimmt freilich keinen absoluten Schutz an. Eine Ausnahme ist für den Fall anerkannt, wenn *alle Parteien* der Akteneinsicht *zustimmen*.²²⁵⁴ Die Einschränkung der Akteneinsicht Dritter soll dann nicht gelten, wenn die Akteneinsicht im *Interesse des Pflegebefohlenen* erfolgte.²²⁵⁵

686

- 2248 *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 50; ebenso 7 Ob 119/08p iFamZ 2008, 328 [*Parapatits*]; 2 Ob 194/14i ÖJZ 2015/107 [*Fucik*] = ÖZPR 2015/96 [*Schweighofer*] = EvBl 2015/155 [*Cermak*] = iFamZ 2015/181 [*Parapatits*]; teilweise idS auch *Graf*, Zak 2007, 427; *Peer*, ÖJZ 2008, 916 und *W. Tschugguel*, iFamZ 2013, 156 (jeweils »Ehe-, Kindschafts- und Sachwalterschaftsverfahren«).
- 2249 ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 90.
- 2250 IdS auch *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 10 (»in Kindschafts- und Pflegschaftsverfahren«).
- 2251 Vgl 2 Ob 175/06h.
- 2252 RIS-Justiz RS0121744; idS auch *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 11.
- 2253 6 Ob 197/14k; vgl auch 2 Ob 175/06h; *W. Tschugguel*, iFamZ 2013, 156.
- 2254 *Peer*, ÖJZ 2008, 917.
- 2255 1 Ob 98/12m ZfRV-LS 2012/51 [*Ofner*]; *Fucik* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht 169; *Graf*, Zak 2007, 429.

Davon umfasst ist die Förderung der Durchsetzung des letzten Willens des (verstorbenen) Betroffenen, wenn potentielle Erben Einsicht nehmen wollen.²²⁵⁶ Beim erforderlichen Interesse des Pflegebefohlenen wird vertreten, dass dieses »*ausschließlich*«²²⁵⁷ bzw nur »*auch*«²²⁵⁸ vorliegen muss.²²⁵⁹ Nach richtiger Ansicht müsste es wohl ausreichen, wenn die Akteneinsicht im »*Mitinteresse*«²²⁶⁰ des Pflegebefohlenen erfolgt. Das im Zentrum stehende Interesse des Pflegebefohlenen sollte nicht dadurch relativiert werden, wenn von der Akteneinsicht Dritte profitieren.²²⁶¹ Zur Neuregelung ab 1.7.2018 siehe Rz 684, 702 und 709 f.

687 Ungeachtet dieser beiden Ausnahmen ist es *fraglich*, ob die von der hA vertretene *grundsätzliche Ablehnung* einer Akteneinsicht für Dritte den Vorgaben der EMRK entspricht, zumal das hier von widerstrebenden Interessen (Informationsinteresse bzw Geheimhaltungsinteresse) geprägte Spannungsfeld den Schutzbereich mehrerer Grundrechte (Justizgewährung, effektiver Rechtsschutz, rechtliches Gehör, Eigentumsrecht, Recht auf Privatleben, Grundrecht auf Datenschutz etc) tangiert, denen jeweils kein unbedingter Vorrang zukommt. Ein modernes Grundrechtsverständnis erfordert in einem solchen Fall eine *umfassende Abwägung* der konkurrierenden Interessen, weshalb der vom Wortlaut gedeckte absolute Schutz der Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Spannungsfeld zu verfassungsrechtlichen Vorgaben steht. Umso mehr gilt das für das von der hA vertretene weite Verständnis der in § 141 AußStrG normierten Vertraulichkeit, wonach jegliche Interessensabwägung mit einem Informationsinteresse eines einsichtsbegehrenden Dritten ausgeschlossen sein soll.

688 Dagegen bestehen verfassungsrechtliche Bedenken wegen des Gleichheitsgrundsatzes. Schon das aus dem Gleichheitsgrundsatz abzuleitende *allgemeine Sachlichkeitsgebot*,²²⁶² wonach kein Vergleich der in Frage stehenden Regelung mit anderen Normen notwendig ist und nur das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel losgelöst von einer vergleichbaren Regelung auf seine Vertretbarkeit (Legitimität des

2256 2 Ob 194/14i ÖJZ 2015/107 [Fucik] = ÖZPR 2015/96 [Schweighofer] = EvBl 2015/155 [Cermak] = iFamZ 2015/181 [Parapatits]. Dem lag zugrunde, dass das Gutachten zur Sachwalterbestellung die entscheidende (und wohl einzige) Erkenntnisquelle der bezweifelten Testierfähigkeit war. Fucik weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, es könne dem formellen Sachwalterrecht schwerlich zugesonnen werden, dieses diene dazu, Beweismittel verborgen zu halten, aus denen auf den wahren Willen des Pflegebefohlenen geschlossen werden könne [Fucik, ÖJZ 2015/107].

2257 4 Ob 38/13m EF-Z 2013/180 [A. Tschugguel].

2258 2 Ob 194/14i ÖJZ 2015/107 [Fucik] = ÖZPR 2015/96 [Schweighofer] = EvBl 2015/155 [Cermak] = iFamZ 2015/181 [Parapatits].

2259 Offenglassen: 5 Ob 121/15b.

2260 Schweighofer, ÖZPR 2015, 153 [Entscheidungsanm].

2261 Vgl auch Cermak, EvBl 2015, 1101 [Entscheidungsanm], die zutreffend darauf hinweist, dass Dritten dann nur zu Lebzeiten des Betroffenen Akteneinsicht gewährt werden dürfte, wenn dies ausschließlich im Interesse des Pflegebefohlenen erfolgen soll, weil fraglich sei, ob nach dem Tod des Betroffenen noch etwas »*in seinem Interesse*« erfolgen könne.

2262 VfSlg 8108; 8457; 8726; 9068; 11.669; 14.362; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1650.

Zieles, Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel) zu prüfen ist,²²⁶³ spricht gegen einen *derart restriktiven* Schutz von Geheimhaltungsinteressen.

Diese Restriktion hat freilich eine gewisse Tradition. Bereits vor der Normierung des § 141 AußStrG bzw der enger formulierten Vorgängerbestimmung des § 209 AußStrG 1854²²⁶⁴ wurde die Akteneinsicht Dritter, die nach § 170 Geo bzw § 219 ZPO analog zu beurteilen war, von der Judikatur restriktiv gehandhabt. So wurde einem künftigen Prozessgegner eines Pflegebefohlenen unter Bedachtnahme auf Wesen und Zweck des Pflegschaftsverfahrens (insb § 21 ABGB) keine Akteneinsicht in den Pflegschaftsakt gewährt: »Das Pflegschaftsverfahren wird also geführt, um diesen Schutz zu gewährleisten, nicht aber um Dritten Möglichkeiten einzuräumen, die ihnen sonst nicht zukommen.«²²⁶⁵ In den Materialien zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001 heißt es zur Einführung des § 209 AußStrG²²⁶⁶ knapp, dass die Norm »im Interesse der Geheimhaltung der Vermögensverhältnisse der beteiligten Minderjährigen eine Beschränkung der gerichtlichen Auskünfte [verfügt]. Diese erstreckt sich auch auf die Akteneinsicht und verdrängt insoweit die Regelungen der Geo.«²²⁶⁷ Auch die Nachfolgeregel des § 141 AußStrG nimmt nur lapidar darauf Bezug, dass »im Interesse der Geheimhaltung der Vermögensverhältnisse der beteiligten Pflegebefohlenen eine Beschränkung der gerichtlichen Auskünfte auf die durch das Familienrechts- und Sachwalterschaftsverfahren geschützten Personen einzuführen [war]«. ²²⁶⁸ Die besondere Privilegierung der Geheimhaltungsinteressen von Pflegebefohlenen wird aber nicht weiter erläutert. Beide Bestimmungen tragen nach verbreiteter Meinung dem Umstand Rechnung, dass in Pflegschaftsakten regelmäßig die Familien- und Vermögensverhältnisse der Pflegebefohlenen dargestellt werden und es mit deren Schutz nicht vereinbar wäre, wenn Außenstehenden durch Akteneinsicht, Auskünfte aus solchen Akten oder Aktenübersendungen Informationen über Pflegebefohlene zugänglich würden, die sie ohne die ausschließlich zum Vorteil dieser Personen geführten Verfahren nicht bekommen würden.²²⁶⁹

Wenngleich es richtig ist, dass der Verfahrenszweck eines Pflegschafts- (oder Sachwalterverfahren) darin liegt, die Interessen des Pflegebefohlenen zu schützen und sich die entsprechenden Informationen deshalb im Akt befinden, wird mit einem *kategorischen Ausschluss* der Akteneinsichtsrechte Dritter das Kind mit dem

2263 Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1650.

2264 Auskünfte über die Vermögensverhältnisse dürfen nur den betroffenen Pflegebefohlenen und ihren gesetzlichen Vertretern, nicht aber sonstigen Personen erteilt werden.

2265 1 Ob 205/74 SZ 47/141.

2266 Auskünfte über die Vermögensverhältnisse dürfen nur den betroffenen Pflegebefohlenen und ihren gesetzlichen Vertretern, nicht aber sonstigen Personen erteilt werden.

2267 ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 117.

2268 ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 90.

2269 2 Ob 175/06h; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 141 Rz 7f.

Bade ausgeschüttet. Ganz allgemein deckt sich der Zweck der Akteneinsicht Dritter in den wenigsten Fällen mit dem Zweck, der der Aufnahme der vertraulichen Informationen zugrunde liegt. Akteneinsichtnehmenden Dritten muss es stets darum gehen, dass ihnen Informationen zugänglich gemacht werden, die sie ohne Führung des entsprechenden Verfahrens *nicht oder nur schwer bekommen hätten*. Zudem hätte schon die Blockade jeglicher Akteneinsicht etwa eines potentiellen Prozessgegners zur Folge, dass in vielen Fällen berechnete Ansprüche Dritter nicht effektiv verfolgt werden könnten. Gerade davor soll aber § 21 ABGB nicht bewahren! Darüber hinaus verhindert der enge Wortlaut des § 141 AußStrG dann eine Akteneinsicht Dritter, wenn es sich nicht um potentielle Prozessgegner handelt. Entsprechendes gilt für die ausdehnende Auslegung der hA, wonach ein Dritter in anderen (»sensiblen«) Bereichen oder gar grundsätzlich keinen Zugang zu den von § 141 AußStrG umfassten Akten hat. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint jedenfalls die Verhältnismäßigkeit der Regelung in Anbetracht des verfolgten Normzwecks (Schutz von Pflegebefohlenen) fraglich.

691 Schließend ist aber die erforderliche *sachliche Rechtfertigung* zu beachten, die einer unterschiedlichen Regelung bei vergleichbaren Lebenssachverhalten zugrunde liegen muss. Auch dieser Aspekt steht einem *kategorischen Ausschluss* der Akteneinsicht Dritter entgegen. Eine zwingende Rechtfertigung für eine derartige pauschale Privilegierung gegenüber Beteiligten anderer Verfahren ist aus dem Gesetz nicht abzuleiten. Der Hinweis auf den besonderen Schutz von pflegebefohlenen Personen (§ 21 ABGB) vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil deren Einkommens- und Vermögensverhältnisse außerhalb des von § 141 AußStrG umfassten Bereichs nicht derart absolut vor der Akteneinsicht Dritter geschützt sind. Das betrifft zum einen außerstreitige Verfahren (zB Verlassenschaftsverfahren), aber auch Zivilprozesse. Zu denken ist etwa an Verfahren, bei denen das Vermögen oder Einkommen relevant ist und im Verfahren daher offengelegt werden muss. Das ist zB bei Schadenersatzprozessen, bei erbrechtlichen Klagen (Pflichtteil, Anrechnung von Schenkungen), Anfechtungsprozessen, Verfahren wegen Pflegeleistungen oder ganz allgemein bei einem Antrag auf Verfahrenshilfe der Fall. Das Gesetz schützt Pflegebefohlene somit nicht *per se*, sondern variiert beim Schutz je nach Verfahrensart. Davon abgesehen ist es nicht zwingend, warum die Gruppe der Pflegebefohlenen (Minderjährige, Besachwalterte) bezüglich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse pauschal geschützt ist und dies bei anderen Personen, denen das Gesetz ebenfalls in bestimmten Bereichen Schutz zubilligt (Opfer von Straftaten, Mieter, Arbeitnehmer, Verbraucher etc), nicht der Fall sein soll. Zudem schützt § 141 AußStrG nicht nur den Pflegebefohlenen, sondern auch jene Personen, die ihm gegenüber unterhaltspflichtig sind.²²⁷⁰ Derartige ist wohl nur

2270 ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 90.

Reflex, weil sonst auf die Einkommens- und Vermögenslage des Pflegebefohlenen geschlossen werden könnte, dennoch aber nicht sachgerecht, bedenkt man, dass dadurch die Vermögensverhältnisse unterhaltspflichtiger Personen besser geschützt sind, als jene von Pflegebefohlenen außerhalb des § 141 AußStrG. Mit der Neufassung des § 141 AußStrG durch das BGBl I 2017/59 werden die Privilegien der Pflegebefohlenen (nunmehr: der vertretenen Personen) gefestigt.

Ungeachtet der hier vertretenen Kritik an § 141 AußStrG, sind berechnigte Geheimhaltungsinteressen von Pflegebefohlenen anzuerkennen. Entsprechend der Grundregel des § 219 ZPO wären diese nicht absolut zu schützen, sondern gegenüber den Interessen informationsbedürftiger Dritter abzuwägen. Wenngleich die Zumutbarkeit für die prozessuale Kooperationspflicht der Parteien mit einem derartigen absoluten Schutz vor der Akteneinsicht Dritter deutlich erhöht werden könnte, wäre eine solche Regel kein gangbarer Weg, weil sie in verfassungs- und grundrechtswidriger Weise die anzuerkennenden Informationsrechte Dritter komplett negiert.

692

b. § 39 KartellG 2005

Nach § 39 Abs 2 KartellG 2005²²⁷¹ dürfen Dritte in die Akten des Kartellgerichts *nur* mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen. Damit sind entsprechende in das Kartellverfahren eingeflossene Unternehmensgeheimnisse insoweit *absolut* geschützt, dass ein Dritter schlicht am Einspruch einer der Parteien scheitern kann. Durchaus ist hier vertretenen Notwendigkeit einer Abwägung von grundrechtlich tangierten Interessen erteilte der EuGH allerdings in seiner Entscheidung vom 6.6.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie ua* einer derart starren Regelung eine Absage. Demnach steht das Unionsrecht, insb der Effektivitätsgrundsatz, einer Bestimmung des nationalen Rechts (nämlich § 39 KartellG 2005) entgegen, wonach die Akteneinsicht (und zwar in Dokumente, die im Rahmen eines Kronzeugenprogramms übermittelt wurden) nicht am Kartellverfahren beteiligter Dritte, die Schadenersatzklagen gegen Kartellteilnehmer erwägen, allein von der Zustimmung aller Parteien dieses Verfahrens abhängt, ohne dass das Gericht die Möglichkeit hätte, die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen (Rn 49). Diese Entscheidung ist als klare Absage jeder starren Regel – sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines allgemein gewährten Zugangs zu diesen – zu verstehen (vgl Rn 31).²²⁷² Demnach verbietet das unionsrechtliche Primärrecht einen kategorischen Ausschluss einer Akteneinsicht Dritter bzw ein Vetorecht der Parteien.²²⁷³

693

2271 Dazu *Danzl*, *Geo*⁸ § 170 Anm 10e; *Rassi* in FS-M. Schneider 430 f; *Solé*, *Verfahren* Rz 181.

2272 IdS auch RIS-Justiz RS0129809; aA noch OLG Wien RIS-Justiz RW0000458.

2273 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 66.

Von dieser ausgewogenen Rechtsprechung geht allerdings wiederum die Kartellschadenersatz-RL teilweise ab, indem sie Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen vor jeglicher Offenlegung absolut schützt (Art 6 Abs 6 leg cit) und in diesem Bereich eine Interessensabwägung verschiedener Grundrechtspositionen kategorisch ausschließt. Die RL, die in Österreich mit der Bestimmung des § 37k Abs 4 KartellG 2005 umgesetzt wurde, steht damit unter dem Verdacht der Primärrechtswidrigkeit (vgl Rz 460).

694 Wenngleich die Bestimmung des § 39 Abs 2 KartellG 2005 zweifellos ein Weg ist, um der nicht beweisbelasteten Partei die Kooperation zumutbar zu machen, weil sich diese bei einem gefährdeten Unternehmensgeheimnis *quasi* mit einem Veto gegen die Akteneinsicht Dritter schützen könnte, ist die Regel wegen ihrer Absolutheit und Abwägungsfeindlichkeit nicht als Modell für eine geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen geeignet.

6. Umgehung des § 219 Abs 2 ZPO durch missbräuchlichen Beitritt als Nebenintervenient?

695 Das Akteneinsichtsrecht der Parteien ist Ausdruck der Parteiöffentlichkeit (vgl Rz 720) und den Parteien daher grundsätzlich unbeschränkt zu gewähren (zu den Ausnahmen siehe zB Rz 723 ff und 729 ff). Dem *streitgenössischen Nebenintervenienten* kommt die Stellung als Partei zu (§ 20 ZPO),²²⁷⁴ sodass er nach § 219 Abs 1 ZPO akteneinsichtsberechtigt ist. Aber auch das Akteneinsichtsrecht des *einfachen Nebenintervenienten* richtet sich nach § 219 Abs 1 ZPO, zumal sowohl die Wahrung seiner eigenen Verfahrensrechte als Streithelfer der Hauptpartei (§ 19 Abs 1 Satz 2 ZPO)²²⁷⁵ als auch die von der Rechtsprechung entwickelte Erstreckung der Urteilswirkung auf den Nebenintervenienten²²⁷⁶ volle Information voraussetzt.²²⁷⁷ Eine gesonderte Prüfung des rechtlichen Interesses, der Zustimmung der Parteien oder von datenschutzrechtlichen Interessen anderer Personen ist daher nicht erforderlich. Daneben ist einer Person, die sich trotz Streitverkündung nicht am Verfahren beteiligte, im Nachhinein insoweit Akteneinsicht zu gewähren, als sie – iSd verstärkten Senats 1 Ob 2123/96d²²⁷⁸ – an die Tatsachenfeststellungen im Vorprozess gebunden ist.²²⁷⁹

696 Es kann sich freilich die Frage stellen, ob ein Dritter Zugang zur vertraulichen Informationen, die er wegen § 219 Abs 2 ZPO sonst nicht erlangen könnte, durch einen *missbräuchlichen Beitritt* als Nebenintervenient erlangen kann. Kann ein Dritter

2274 *Fucik in Rechberger/Klicka*⁵ § 20 ZPO Rz 3 mwN.

2275 Zudem ist es auch anerkannt, dass dem beigetretenen Nebenintervenienten die Ausfertigungen der ergangenen Entscheidungen zuzustellen sind, vgl RIS-Justiz RSO117093.

2276 RIS-Justiz RSO107338.

2277 *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 329; *Neumann*, Kommentar⁴ I 852.

2278 RIS-Justiz RSO107338.

2279 *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 329.

das fein austarierte System des § 219 ZPO durch einen derartigen Beitritt leicht umgehen, hätte das Folgen für den Geheimnisschutz der nicht beweisbelasteten Partei, weil sich diese dann nicht darauf verlassen könnte, dass ihre Geheimnisse vor Dritten grundsätzlich geschützt sind.

Ungerank zeigt die Gefahren auf, wenn dem als Nebenintervenienten beitretenden Dritten die Parteiöffentlichkeit sofort gewährt wird.²²⁸⁰ Tritt ein Nebenintervenient mit einem schlüssigen, aber *vorgetäuschten Beitrittsgrund* nur zur Erwirkung einer (sonst nach § 219 Abs 3 ZPO) unzulässigen Akteneinsicht ins Verfahren ein, stellt sich die Frage, inwieweit Parteien (aber auch andere Personen) davor geschützt sind. Die Problematik liegt darin, dass dem Nebenintervenienten bei einer schlüssigen Beitrittserklärung bereits die vollen Parteirechte zustehen (§ 18 Abs 3 ZPO). Ungeachtet eines erfolgreichen Zurückweisungsantrags einer der Parteien bestünde für ihn in der Zwischenzeit die Möglichkeit zur Akteneinsicht. Anknüpfend an die im Bereich der Akteneinsicht Dritter vertretene Ansicht²²⁸¹ und unter Bezugnahme auf § 190 Abs 2 ZPO vertritt *Ungerank*, dass einem Nebenintervenienten die *Akteneinsicht* erst *nach dem Abschluss des Beitrittsverfahrens* gewährt werden sollte. Auch sonst wird bei der gegen den Willen der Parteien bewilligten Akteneinsicht Dritter vertreten, dass das Gericht mit der tatsächlichen Gewährung bis zur Rechtskraft seiner Entscheidung zuwarten soll.²²⁸² Dieser Argumentation ist zuzustimmen,²²⁸³ wengleich das Ende des Beitrittsverfahrens aufgrund des nicht fristgebundenen Zurückweisungsantrags in Einzelfällen nicht immer exakt feststeht.²²⁸⁴ Der Antrag muss aber vor Einlassung des Bestreitenden in die Hauptsache erfolgen,²²⁸⁵ weshalb daran (oder an eine ausdrückliche Erklärung der Parteien, den Beitritt nicht zu bestreiten) oder sonst an die Rechtskraft einer allfälligen Entscheidung über die Zulässigkeit des Beitritts angeknüpft werden kann. Dabei hilft der Umstand, dass seit der ZVN 2009 gegen die Zulassung des Beitritts ein abgesonderter Rekurs möglich ist. Die mit dem Zuwarten verbundene Einschränkung der Parteiöffentlichkeit erscheint wegen ihrer bloß temporären Beschränkung und des damit verfolgten Zwecks (Verhinderung einer missbräuchlichen Einsicht) geboten und gerechtfertigt, wengleich *de lege ferenda* eine diese Vorgangsweise rechtfertigende Bestimmung durchaus angebracht wäre.²²⁸⁶

697

2280 *Ungerank* in FS-Delle Karth 985.

2281 Demnach muss das Gericht mit der tatsächlichen Gewährung der Akteneinsicht Dritter bis zur Rechtskraft der Entscheidung zuwarten, mit der die Akteneinsicht gegen den Willen der Parteien gewährt wurde. OLG Linz 2 R 109/00h; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 8/2; *Ungerank* in FS-Delle Karth 996 mwN.

2282 *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 8/2; *Ungerank* in FS-Delle Karth 996 mwN; OLG Linz 2 R 109/00h.

2283 Vgl auch *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 31.

2284 *Rassi*, Zak 2014, 304.

2285 *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 18 ZPO Rz 3.

2286 *Rassi*, Zak 2014, 304; *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 31.

698 Der vorgeschlagene Lösungsansatz zeigt einen Weg auf, vertrauliche Informationen vor einer Akteneinsicht im Zuge eines missbräuchlich erfolgten Beitritts zu schützen. Es wird eine temporäre Beschränkung der Parteiöffentlichkeit in Kauf genommen, um zu verhindern, dass ein Dritter über einen missbräuchlich angestrebten Beitritt als Nebenintervenient Einsicht nach § 219 Abs 1 ZPO nehmen kann.

B. Aktenübersendung und Einsicht in Beiakten

699 Die strengen Vorgaben des *Akteneinsichtsrechts* könnten durch die *Aktenübersendung* umgangen werden, indem der betreffende Akt als Beiakt zu einem anderen Verfahren beigebracht wird und damit den dortigen Prozessparteien, die im Beiakt nur Dritte iSd § 219 Abs 2 ZPO wären, im Rahmen des Akteneinsichtsrechts nach § 219 Abs 1 ZPO nahezu offen steht, weil sie im eigenen Verfahren Partei und nicht Dritte sind.²²⁸⁷ Die Übersendung eines Aktes und dessen Verwertung in einem anderen Verfahren gefährden im Ergebnis somit die von § 219 Abs 2 ZPO geschützten Geheimhaltungsinteressen und damit auch Unternehmensgeheimnisse.²²⁸⁸ Die Aktenübersendung zeigt hier die (mögliche) doppelte Rolle einer Person bei zwei Verfahren auf. Sie ist zum einen Partei jenes Verfahrens, dem ein Akt eines anderen Verfahrens (»Fremdakt«) angeschlossen ist. Bezüglich des anderen Verfahrens ist sie aber nur Dritte. Die Informationsinteressen dieser Person können mit den Geheimhaltungsinteressen der Parteien des anderen Verfahrens kollidieren. Diese Problematik wird daher bewusst unter dem Aspekt des Geheimnisschutzes vor Dritten behandelt.

²²⁸⁷ Das BKA hat bereits im Jahre 1949 (JABl 1949, 78) auf eine Diskrepanz zwischen den Akteneinsichtsbestimmungen der ZPO und des AVG hingewiesen. Nach § 17 Abs 1 AVG ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, nur den Parteien – allen Parteien in gleichem Umfang (Abs 2) – Einsicht in die ihre Sache betreffenden Akten oder Aktenteile zu gestatten; nach § 17 Abs 3 AVG sind zudem von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörden herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde; gegen die Verweigerung der Akteneinsicht ist kein Rechtsmittel zulässig (Abs 4). Hiezu hat das BKA im erwähnten Erlass aus dem Jahre 1949 ausgeführt, dass im Zivilprozess das Gericht das Ersuchen der Verwaltungsbehörde um Beschränkung der Akteneinsicht auf die Parteien des Verwaltungsverfahrens und um Ausnehmung einzelner Aktenteile von der Verlesung im Prozess und damit von der Einsichtnahme durch die Parteien des gerichtlichen Verfahrens zu beachten haben werde, selbst wenn sich der Beweis dadurch als undurchführbar erweist; die Partei, die im Zivilprozess beweispflichtig sei, müsste dann andere Beweismittel anbieten (vgl auch *Hellbling*, JBl 1958, 260). Das BKA konnte und wollte allerdings der Rechtsprechung nicht vorgreifen, die aber bei Akteneinsicht durch die Prozessparteien oder ihre Machthaber nicht tätig zu werden hat (§ 170 Abs 2 Geo).

²²⁸⁸ Diese Problematik hat bereits *von Hippel* (Wahrheitspflicht 259 FN 10) erkannt und Erwägungen über eine angemessen differenzierende Parteiöffentlichkeit angestellt.

Vielfach ist es für die Entscheidungsfindung erforderlich, Akten desselben oder eines anderen Gerichts oder Akten einer Verwaltungsbehörde beizuschaffen. Das Recht auf Beischaffung solcher Akten hat seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art 22 B-VG, wonach alle Organe des Bundes, der Länder und der Gemeinden im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereiches zur wechselseitigen Hilfeleistung (*Amtshilfe*) verpflichtet sind. Seit dem Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 BGBl 2018/32 legt § 37a JN fest, dass Gerichte (nur) insoweit zur Amtshilfe durch Übermittlung von Gerichtsakten oder von Teilen dieser an Verwaltungsbehörden verpflichtet sind, als die Übermittlung auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage beruht und ihr nicht im konkreten Fall besondere Rechtsvorschriften entgegenstehen.²²⁸⁹ Die ersuchende Behörde hat die gesetzliche Grundlage für die Übermittlung anzuführen. »Hintergrund dieser Regelung ist, dass es einer ausdrücklich vom jeweiligen Materiengesetzgeber getroffenen Wertungsentscheidung bedarf, in welchen Fällen das Informationsinteresse im Verfahren vor der ersuchenden Behörde das Geheimhaltungsinteresse im gerichtlichen Verfahren überwiegt.«²²⁹⁰ Das Ersuchen eines Gerichts an ein anderes Gericht um Übersendung von Akten für Beweis Zwecke ist ein *Rechtshilfersuchen* iSd § 37 JN.²²⁹¹

700

Soweit der Inhalt eines beige-schafften Aktes vom Gericht im Verfahren bewertet (also in der Verhandlung zum Prozessakt genommen) wird, wird er als *Urkundenbeweis* (siehe oben Rz 678) Bestandteil der Prozessakten,²²⁹² sodass hierauf grundsätzlich die Bestimmungen des § 219 Abs 1 und 2 ZPO anzuwenden sind.²²⁹³ Ist der Inhalt des beige-schafften Akts damit Voraussetzung für die gerichtliche Entscheidung, darf die Einsicht in die Prozessakten einer Partei nicht mit der Begründung verweigert werden, dass ihr beim ersuchten Gericht (bei der ersuchten Behörde) keine Akteneinsicht zustünde. Die Partei kann damit Abschriften aus den beim Prozessgericht befindlichen *Akten fremder Gerichte* begehren.²²⁹⁴

701

Aufgrund der Qualifikation der Aktenübersendung als *Rechtshilfersuchen* iSd § 37 JN sind Eingriffe in die Geheimhaltungsinteressen der Parteien des beige-schafften Aktes grundsätzlich aber nicht unzulässig.²²⁹⁵ Die Sicherung der Rechtspflege, eines fairen Verfahrens bzw des Justizgewährungsanspruchs rechtfertigen im Allgemeinen solche Eingriffe aus grundrechtlicher Sicht. Bestehen keine Sonderregelungen, die die Pflicht zur Aktenübersendung beschränken bzw die Ver-

702

2289 Dem liegt zugrunde, dass Datenübermittlungen, die in Art 8 EMRK oder in das Grundrecht auf Datenschutz eingreifen, als Informationseingriffe gesetzlich zugelassen sein müssen (ErläutRV 65 BlgNR 26. GP 157).

2290 ErläutRV 65 BlgNR 26. GP 157.

2291 RIS-Justiz RS0046193.

2292 3 Ob 440/29 ZBl 1929/307; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka* § 219 ZPO Rz 1.

2293 *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 49 und 52.

2294 3 Ob 440/29 ZBl 1929/307.

2295 Vgl etwa § 8 f DSGVO 2000; 16 Ok 3/10 ÖBl-LS 2010/189 [*Hoffer*] = jusIT 2010/110 [*Jahnel*].

wertung von beigeschafften Akten einschränken (vgl etwa ab 1. 7. 2018 § 141 Abs 2 AußStrG in der Fassung BGBl I 2017/59²²⁹⁶), kann der für das ersuchende Gericht relevante Akteninhalt des beigeschafften Akts dann ins Verfahren einfließen, wenn dadurch *Geheimhaltungsinteressen berührt* werden.²²⁹⁷ Es ist freilich darauf zu achten, dass die Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz (bzw in andere Geheimhaltungsinteressen) zugunsten der Rechtsverfolgung oder -verteidigung der Parteien nur im *notwendigen Umfang* und mit der *gelindesten* zum Ziel führenden Art erfolgen.²²⁹⁸

703 Um diese Vorgabe zu erreichen, ist entsprechend zu differenzieren, inwieweit die übermittelten Akten für das Verfahren des ersuchenden Gerichts von *Relevanz* sind oder nicht. Viele Probleme des Geheimnisschutzes ließen sich weitgehend entschärfen, wenn personenbezogene Daten nur zur eigentlichen Prüfung der Rechtssache verwendet werden. Im Zusammenhang mit der Übersendung und der Verwertung von Akten ergeben sich problematische Konstellationen vor allem dann, wenn den Parteien, den Akteneinsicht nehmenden Dritten, den Sachverständigen (vgl bereits § 359 Abs 1 ZPO) oder der Öffentlichkeit Umstände bekannt werden, die in keinem Zusammenhang mit der eigentlichen Streitsache stehen. Durch Fremdakten können zahlreiche Informationen auch ohne überwiegende berechnete Interessen der Parteien in das Verfahren einfließen, was die Geheimhaltungsinteressen der davon Betroffenen empfindlich berührt. Besonders bei nicht notwendigen oder unverhältnismäßigen Eingriffen in Geheimhaltungsinteressen besteht die Gefahr von Grundrechtsverletzungen. Als Faustregel ist davon auszugehen, dass im Zivilprozess ein Eingriff in die Geheimhaltungssphäre im Allgemeinen dann möglich ist, wenn dieser Eingriff zur Rechtsverfolgung oder -verteidigung *unbedingt erforderlich* ist.²²⁹⁹

704 Dies allerdings nur vorbehaltlich des konkreten Inhalts der *Geheimhaltungsnorm*, weil nicht immer davon ausgegangen werden kann, dass die geheim zuhal-

2296 »Im Rahmen der Amtshilfe darf das Gericht Auskünfte über Einkommens- und Vermögensverhältnisse der vertretenen Person und Informationen zu deren Gesundheitszustand nur erteilen, wenn

1. die Auskünfte zur Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat oder eines Vergehens, das in die Zuständigkeit des Landesgerichts fällt, erforderlich sind oder
2. die vertretene Person gesetzlich zur Mitwirkung an einem behördlichen Verfahren verpflichtet ist, die gewünschten Auskünfte für die angegebenen Zwecke erforderlich sind und die Behörde die Informationen nicht mit zumutbarem Aufwand auf andere Weise erhalten kann.

Das ersuchte Gericht und die ersuchende Stelle haben das Geheimhaltungsinteresse der vertretenen Person zu wahren. Das ersuchte Gericht hat die vertretene Person und ihren gesetzlichen Vertreter über die erteilten Auskünfte zu informieren. Im Fall der Z 1 darf diese Verständigung solange unterbleiben, als sonst der Zweck der Ermittlungen gefährdet wäre.«

2297 Vgl die ähnliche, RIS-Justiz RS0116605 zugrundeliegende Wertung.

2298 *Spending*, Datenschutz 13.

2299 *Rassi*, Zak 2014, 305.

tenden Umstände bereits dann offenzulegen sind, wenn dies die Durchsetzung fremder Rechte erfordert. Der Gesetzgeber hat freilich keinen unbeschränkten Gestaltungsspielraum und muss auf verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben achten. Im Einzelfall muss es hier idR möglich sein, eine *Abwägung des Informations- mit dem Geheimhaltungsinteresse* vorzunehmen, wie dies etwa § 219 Abs 2 ZPO oder – in einem anderen Zusammenhang – § 75a Abs 3 ZPO vorsehen.²³⁰⁰ So verbietet es etwa das primäre Unionsrecht, die Akteneinsicht Dritter (und eine entsprechende Aktenübermittlung aufgrund eines Rechtshilfeersuchens) nach § 39 Abs 2 KartellG 2005 ausschließlich an die Zustimmung der Parteien des Kartellverfahrens zu binden, ohne dass das Gericht die Möglichkeit hätte, die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen, wenn die Kartellakten zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Kartellteilnehmer notwendig sind.²³⁰¹ Vgl dazu Rz 432.

Die mit der Aktenübersendung verbundene Gefahr eines ungerechtfertigten Eingriffs in die Geheimhaltungssphäre einer anderen Person kann sich im Zuge der *Einsicht* in den übersandten Akt oder erst bei dessen *Verwertung* im Beweisverfahren verwirklichen.²³⁰²

Das zivilverfahrensrechtliche Gebot der *Bestimmtheit des Beweisantrags* kann hier allfälligen Grundrechtsverletzungen bereits im Vorfeld vorbeugen und verhindert, dass das ersuchende Gericht nach der Übersendung zunächst das Wesentliche aus den beigeschafften Akten selbst heraussuchen muss.²³⁰³ Es ist unzulässig, die Herbeischaffung ganzer Akten zu beantragen und das Gericht dazu zu zwingen, etwaige für den Prozess relevante Urkunden selbst herauszusuchen. Vielmehr muss bereits im Beweisantrag ein *konkretes Thema* angegeben werden, das durch die Herbeischaffung der vom Beweisführer angeführten Akten bewiesen werden soll.²³⁰⁴ Grundsätzlich können daher nur *einzelne bestimmte Aktenstücke* als Beweismittel angeboten und zugelassen werden. Daraus ist abzuleiten, dass ein Aktenbeischaffungsantrag grundsätzlich die relevanten Aktenbestandteile, also die einzelnen Urkunden, anzuführen hat.²³⁰⁵ Ein Beweisantrag, in dem sich der Antragsteller bloß auf einen Akt beruft, ist daher im Allgemeinen unzulässig.²³⁰⁶ Auch wenn das

2300 *Rassi*, Zak 2014, 305.

2301 EuGH C-536/11, *Donau Chemie* Zak 2013/386, 206; idS auch RIS-Justiz RS0129809.

2302 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 108.

2303 *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 301 ZPO Rz 8/1 unter Berufung auf eine Rohversion dieser Arbeit.

2304 4 Ob 8/48; 1 Ob 75/17m; 7 Ob 3/18v; RIS-Justiz RS0040252; OLG Wien 13 R 196/00i und 13 R 32/02z; *Rassi*, Zak 2014, 305.

2305 Es wird nicht verkannt, dass dies mit praktischen Problemen der antragstellenden Partei verbunden sein kann. Diese hat allerdings in vielen Fällen die Möglichkeit, vor der anderen Behörde (Gericht, Verwaltungsbehörde) zunächst als Dritter Akteneinsicht zu nehmen, um die relevanten Teile selbst in Erfahrung zu bringen.

2306 RIS-Justiz RS0039953; OLG Wien 5 R 16/11a; *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 187; *Rassi* in FS-M. Schneider 427.

Gericht Akten ohne Rücksicht auf diese Vorgaben beischafft, gehört es nicht zu seiner Aufgabe, die wesentlichen Teile »herauszufiltern«.²³⁰⁷

707

Auch eine sinngemäße Anwendung des § 298 Abs 2 ZPO verlangt, dass den Parteien nur der für den Streit *relevante Inhalt des beigeschafften Akts* offenzulegen ist,²³⁰⁸ zumal der Akt (als Ganzes) als Urkunde zu betrachten ist.²³⁰⁹ Es sind daher grundsätzlich die Bestimmungen des Urkundenbeweises anzuwenden. Die aus § 298 Abs 2 ZPO abzuleitenden Wertungen treffen auch auf Akten zu, sodass Fremdakten nur insoweit ins Verfahren einfließen dürfen, als sie sich auf den Streitgegenstand beziehen.²³¹⁰ Auch die Materialien zur ZVN 2004 stützen einen Ausschluss von Teilen beigeschaffter Fremdakten, »die den Streitgegenstand nicht betreffen und daher nicht in das Verfahren einbezogen werden« auf § 298 Abs 2 ZPO.^{2311, 2312} Dem hat sich die jüngere Rechtsprechung angeschlossen.²³¹³ Es ist dann Sache des Gerichts, Teile der beigeschafften Akten von der Verwertung (unscharf »Verlesung«) im Zivilprozess auszunehmen und damit nicht zum Inhalt des Prozessaktes zu machen. Die von der Einsichtnahme ausgeschlossenen Teile des Beiakts sind dann so zu behandeln wie die im § 219 Abs 1 ZPO ausgenommenen Teile des Gerichtsakts; der Verhandlungsleiter hat dem Leiter der Geschäftsabteilung eine entsprechende Weisung zu erteilen.²³¹⁴

708

Bei der *amtswegigen Beischaffung* eines Akts im Rahmen der diskretionären Gewalt des Gerichts ist dieses nicht dahingehend beschränkt, nur die relevanten Teile anzufordern (arg »Akten« in § 183 Abs 1 Z 2 ZPO). In einem solchen Fall muss das Gericht freilich darauf achten, dass die aus Sicht des *Geheimnisschutzes*

2307 *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 301 ZPO Rz 8/1; *Rassi* in FS-M. Schneider 427; *Rassi, Zak* 2014, 305; BGH BGHZ 126, 217.

2308 *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 188; *Rassi* in FS-M. Schneider 425 f; vgl auch RIS-Justiz RSo116605.

2309 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 620 und 927.

2310 *Spending*, Datenschutz 14; vgl auch *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 53.

2311 ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15; »Auch eine Verweigerung der Akteneinsicht den Parteien gegenüber ist denkbar. Zu allfälligen Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Akteneinsichtsrechts durch die Parteien kann es etwa dann kommen, wenn Teile beigeschaffter Fremdakten (Akt des Finanzamts, Strafverfahrensakt) von der Akteneinsicht ausgenommen sind, weil sie den Streitgegenstand nicht betreffen und daher nicht in das Verfahren einbezogen werden (siehe auch § 298 Abs. 2).«

2312 Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, dass eine solche Vorgangsweise die Beteiligtenrechte der Parteien einschränkt, beziehen sich diese Rechte doch nur auf das eigene Verfahren, nicht aber auf die Teile eines Fremdaktes, der mangels Einbeziehung gar nicht Akteninhalt des Verfahrens wird. Wollen die Parteien umfassend wissen, was in einem Fremddakt ist, sind sie gehalten, bei der zuständigen Behörde als Dritte Akteneinsicht zu begehren. Eine gegenteilige Ansicht, dass den Parteien ein Fremddakt uneingeschränkt zur Verfügung stehen müsste, würde die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der davon betroffenen Personen untergraben und dazu führen, dass die Hürden für die Akteneinsicht Dritter durch die Aktenbeischaffung leicht umgangen werden könnten.

2313 2 Ob 162/16m EvBl 2018/9 [*Schmid*] = RdM 2018, 25 [*Kopetzki*] = iFamZ 2017/239 [*Gruber*].

2314 *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 219 ZPO Rz 109.

problematischen und für die Streitsache nicht relevanten Teile der Beiakten nicht ins Verfahren einfließen.²³¹⁵ Das Akteneinsichtsrecht der Parteien umfasst die Beiakten erst dann, wenn sie Bestandteile der Prozessakten werden.²³¹⁶ Das Gericht hätte somit vor diesem Zeitpunkt den Inhalt der amtswegig beigeordneten Akten zu prüfen, damit in weiterer Folge die Einsicht der Parteien durch die entsprechende Anwendung des § 298 Abs 2 ZPO beschränkt werden kann. Als praktische Handhabung bietet es sich an, dem Hauptakt nur einen Kopienakt der relevanten Teile des Beiakts anzuschließen.

Die Rechtsprechung ist sich uneinig, ob bereits das *ersuchte Gericht* wegen *Geheimhaltungsinteressen* das Rechtshilfeersuchen abzulehnen hat. Teile der Rechtsprechung billigen diese Ansicht.²³¹⁷ In anderen Entscheidungen wird vertreten, dass ausschließlich das *ersuchende Gericht* über eine allfällige Verletzung von Geheimhaltungsinteressen zu entscheiden hat.²³¹⁸ In Anknüpfung an die Rechtsprechung des OGH als Kartellobergericht,²³¹⁹ wonach § 76 StPO das ersuchte Gericht zur Aktenübersendung (des Kartellakts) zwingt (wenngleich nach der Entscheidung der Datenschutz und sonstige gesetzliche Geheimhaltungspflichten die Amtshilfe uU beschränken könnten), bejahen auch das OLG Wien²³²⁰ und das OLG Linz²³²¹ im Anwendungsbereich des § 76 StPO die Rechtshilfepflicht trotz Geheimnissen.²³²² Das OLG Innsbruck judiziert dies auch außerhalb des § 76 StPO und vertritt, dass sich das ersuchte Pflugschaftsgericht nicht auf § 141 AußStrG stützen könnte.²³²³ Eine Mittellösung judizieren das OLG Graz²³²⁴ und das OLG Linz,²³²⁵ wonach das Pflugschaftsgericht die Amtshilfe gegenüber einer Justizverwaltungs-

709

2315 *Rassi*, Zak 2014, 306; wohl zu streng *Cermak*, EvBl 2015, 1101 [Entscheidungsanm], wonach es eine Mangelhaftigkeit zur Folge haben soll, wenn das Gericht Bestandteile eines beigeordneten Aktes verwertet, die von der Akteneinsicht ausgenommen sind.

2316 *Rassi*, Zak 2014, 306.

2317 OLG Wien RIS-Justiz RW0000458; 1 Nd 30/94. In diesem Sinn auch *Cermak*, EvBl 2015, 1102 [Entscheidungsanm] oder *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 55.

2318 7 Ob 663/86; 6 Ob 654/86; 10 Ob 28/07a; 16 Ok 3/10 ÖBl-LS 2010/189 [*Hoffer*] = jusIT 2010/110 [*Jahnel*]; vgl auch *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 33a.

2319 16 Ok 3/10 ÖBl-LS 2010/189 [*Hoffer*] = jusIT 2010/110 [*Jahnel*].

2320 21 Ns 150/10g (bezüglich eines angeforderten Pflugschaftsakts).

2321 8 Ns 25/12f (bezüglich eines Unterbringungsakts).

2322 Vgl auch 10 Ob 28/07a.

2323 15 Nc 1/13p (Rechtshilfeersuchen im Zivilprozess); idS auch *W. Tschugguel*, iFamZ 2013, 156 (insb für das Amtshilfeersuchen des Gerichtskommissärs, der den SW-Akt für das Verlassenschaftsverfahren benötigt); gegenteilig ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 91, wonach mit § 141 AußStrG der gesetzmäßige Aufgabenbereich der Gerichte eingeschränkt werde, was zur Folge habe, dass auch Auskünfte durch Aktenübersendung im Rahmen der Amtshilfe nicht mehr zulässig seien; idS auch *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 38 und 55; *Graf*, Zak 2007, 428; *Zankl/Mondel* in *Rechberger*, AußStrG² § 141 Rz 3; LGZ Wien EFSlg 116.129 (2006); *Cermak*, EvBl 2015, 1102 [Entscheidungsanm]; unklar *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 12 und 13.

2324 OLG Graz 4 Nc 22/13s.

2325 OLG Linz 11 Nc 5/16t.

behörde hinsichtlich der von § 141 AußStrG (ausdrücklich) geschützten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Pflegebefohlenen verweigern könne. Das treffe aber nicht für jene Teile des Akts zu, die sich mit der Persönlichkeitsstruktur des Betroffenen befassen und die für die ersuchende Behörde erforderlich seien, damit diese ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllen könnte.²³²⁶ In einer jüngeren Entscheidung ist der OGH in einem außerstreitigen Verfahren über das Erbrecht bei Beischaffung eines Sachwalterschaftsaktes davon ausgegangen, dass Maßnahmen zur Wahrung eines allfälligen Geheimnisschutzes sowohl das ersuchte Sachwalterschaftsgericht »vor der Übersendung des angeforderten Akts« als auch das ersuchende Verlassenschaftsgericht »vor der Verlesung – etwa durch eine Anordnung iSd § 298 Abs 2 ZPO« treffen könnten.²³²⁷ Vgl freilich die ab 1. 7. 2018 geltende Fassung des § 141 Abs 2 AußStrG gemäß BGBl I 2017/59, die die Rechtshilfe empfindlich einschränkt bzw von engen Voraussetzungen abhängig macht.

710

Tendenziell sind *Einschränkungen der Rechts- und Amtshilfe* kritisch zu betrachten,²³²⁸ wobei aber neben den Geheimhaltungsnormen stets die einfachgesetzliche Rechtsgrundlage zu untersuchen ist, die die Aktenübersendung regelt.²³²⁹ Die Konstellationen sind durchaus vielschichtig; eine umfassende gesetzliche Regelung wäre vorteilhaft. Nicht selten agiert das ersuchende oder das ersuchte Gericht (bzw die entsprechende Behörde) außerhalb des streitigen Zivilverfahrens. Zu denken ist an ein Ersuchen einer Staatsanwaltschaft,²³³⁰ einer Justizverwaltungsbehörde,²³³¹ einer sonstigen Verwaltungsbehörde oder an Ersuchen im Straf-, Außerstreit-, Exekutions- oder Insolvenzverfahren. Grundsätzlich ist dabei zu beachten, dass die Möglichkeit des ersuchten Gerichts, die Rechtshilfe von der Einhaltung der Geheimhaltungsinteressen abhängig zu machen, zu einer unzulässigen Einschränkung der verfassungsrechtlich abgesicherten Pflicht auf Amts- und Rechtshilfe führen kann.²³³² Eine eindeutige inhaltliche Einschränkung der Rechtshilfeverpflichtung des ersuchten Gerichts zugunsten von Geheimhaltungsinteressen ist aber weder aus Art 22 B-VG noch aus dem entsprechenden Ausführungsgesetz (§ 37 JN) ableitbar (vgl aber ab 1. 7. 2018 § 141 Abs 2 AußStrG idF BGBl I 2017/59). Die Entscheidung, welche Teile des beigeschafften Akts nicht Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens werden, muss damit grundsätzlich beim

2326 Diese Auslegung steht freilich im Spannungsfeld mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl Rz 684), wonach § 141 AußStrG zB auch den Schutz von Informationen über den Geisteszustand des Pflegebefohlenen (Betroffenen) umfasst.

2327 2 Ob 162/16m EvBl 2018/9 [Schmid] = RdM 2018, 25 [Kopetzki] = iFamZ 2017/239 [Gruber].

2328 Rassi, Zak 2014, 306.

2329 Rassi in Fasching/Konecny³ § 219 ZPO Rz 112.

2330 Vgl 16 Ok 3/10 ÖBl-LS 2010/189 [Hoffer] = jusIT 2010/110 [Jahnel].

2331 OLG Graz 4 Ne 22/13s.

2332 Rassi, Zak 2014, 306; vgl aber zur Verantwortung des ersuchten Gerichts Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 8 Anm 16.

ersuchenden Gericht liegen. Das enthebt dieses Gericht aber nicht, allfällige Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten des angeforderten Akts und deren Einfluss auf die Verwertung und/oder die Akteneinsicht in seinem Verfahren eigenständig zu prüfen.²³³³ Die hier vertretene Lösung erleichtert die anzustrebende *praktischen Konkordanz* widerstreitender verfassungsrechtlicher Interessenslagen. Sowohl die Rechtshilfe als auch Geheimhaltungsinteressen sind verfassungsrechtlich geschützt. Mit der Ansicht, dass das ersuchende Gericht die Geheimhaltung prüft, wird die Rechtshilfe erfüllt *und* der Geheimnisschutz nicht ausgeschlossen. Blockiert hingegen das ersuchte Gericht die Rechtshilfe, werden zwar die Geheimhaltungsinteressen gewahrt, die Rechtshilfe aber zur Gänze verwehrt.

Aus dem bloß internen Charakter der Rechts- und Amtshilfe folgt, dass das entsprechende Ersuchen ebenso wie die (teilweise) Ablehnung keine Beschlüsse sind, die im Rechtsmittelweg bekämpfbar wären.²³³⁴ Für Streitigkeiten zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Gericht über die Verweigerung der Aktenüber-sendung war bis zum Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 BGBl I 2018/32 kein gerichtliches Verfahren ausdrücklich vorgesehen. Nach der Rechtsprechung hatte über Streitigkeiten zwischen inländischen Gerichten über die Ausübung der Rechtshilfe in analoger Anwendung des § 47 JN der beiden Gerichte zunächst übergeordnete Gerichtshof zu entscheiden.²³³⁵ Das erwähnte Anpassungsgesetz fügte nun dem § 37 JN einen Absatz 6 hinzu, wonach bei Verweigerung eines Ersuchens auf Rechtshilfe eines inländischen Gerichts oder bei sonstigen Meinungsverschiedenheiten, § 40 sinngemäß anzuwenden ist; zur Entscheidung ist das beiden Gerichten übergeordnete Gericht berufen.²³³⁶

Wird einem Ersuchen einer Staatsanwaltschaft um Amts- oder Rechtshilfe von einem ersuchten Gericht nicht oder nicht vollständig entsprochen, so hat das dem ersuchten Gericht übergeordnete Oberlandesgericht gemäß § 76 Abs 2a StPO auf Antrag der Staatsanwaltschaft über die Rechtmäßigkeit der unterlassenen Amts- oder Rechtshilfe oder über den sonstigen Gegenstand der Meinungsverschiedenheit zu entscheiden. Für den in der JN ebenfalls nicht geregelten Fall der Ablehnung eines von einer (inländischen) Verwaltungsbehörde gestellten Rechtshilfe- bzw Amtshilfeersuchens durch das ersuchte Gericht liegt eine analoge Anwendung des § 40 JN nahe.²³³⁷

2333 Albiez/Pablik/Parzmayr, Handbuch² 188; Rassi, Zak 2014, 306; vgl OLG Innsbruck 15 Nc 1/13p.

2334 10 Ob 28/07a; 3 Ob 33/09p; 16 Ok 3/10 ÖBL-LS 2010/189 [Hoffer] = jusIT 2010/110 [Jahnel]; RIS-Justiz RS0122053; dies übersieht der OGH in 2 Ob 175/06h (Revisionsrekursentscheidung über die von den Vorinstanzen nach § 360 ASVG zu gewährende Einsicht); Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 22 Rz 55; Rassi in Fasching/Konecny³ § 219 ZPO Rz 112.

2335 6 Ob 656/84 SZ 57/161 mwN; 9 Nd 601/02; 10 Ob 28/07a; 6 Nc 21/13k; 2 Nc 8/13v; RIS-Justiz RS0046197; Fasching, Lehrbuch² Rz 317; Mayr in Rechberger/Klicka⁵ § 37 JN Rz 4; Rassi, Zak 2014, 306.

2336 Der Verweis auf § 40 JN hat zur Folge, dass die Entscheidung des Gerichtshofs angefochten werden kann (vgl nämlich § 47 Abs 3 JN).

2337 10 Ob 28/07a; Rassi, Zak 2014, 306.

C. Resümee

- 711 Bei der Akteneinsicht Dritter werden berücksichtigungswürdige Geheimhaltungsinteressen, und damit auch Unternehmensgeheimnisse der nicht beweisbelasteten Partei weitgehend geschützt, sodass dieser eine prozessuale Kooperation grundsätzlich zumutbar ist. Gegen ihren Willen kann ein Dritter nur bei einem rechtlichen Interesse Einsicht in den Akt nehmen, sofern die Interessen der nicht beweisbelasteten Partei wegen des Unternehmensgeheimnisses nicht höher zu bewerten sind. Der Schutz eines Unternehmensgeheimnisses wird dadurch abgesichert, dass das Gesetz eine Einsicht von Teilen des Aktes zulässt. Das erhöht die Chance, dass die vom Unternehmensgeheimnis betroffenen Teile des Aktes geschützt bleiben. Bei der Gefahr eines missbräuchlichen Beitritts eines Nebenintervenienten kann das Geheimnis jedenfalls bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zurückweisung des Beitritts geschützt werden. Eine Änderung der ZPO nach dem Vorbild jener Sonderregeln, die den Geheimnissen der Parteien vor den Interessen Dritter geradezu absoluten Schutz zubilligen, ist aus verfassungs- und grundrechtlichen Gründen abzulehnen. Auch bei der Aktenübersendung im Rahmen der Rechtshilfe können Unternehmensgeheimnisse weitgehend gewahrt bleiben, wenngleich darüber – mangels Sonderregelung – im Zweifel das ersuchende Gericht zu entscheiden hat. Insgesamt erscheint die Rechtslage zur Akteneinsicht und Aktenübersendung so ausgewogen und geeignet zu sein, dass die prozessuale Kooperationspflicht *darán* nicht scheitern wird.

V. Zusammenfassung

- 712 Geht es um den Schutz eines Unternehmensgeheimnisses der nicht beweisbelasteten Partei vor einem *Dritten*, erweisen sich die verfahrensrechtlichen Bestimmungen als durchaus modern und flexibel genug, um damit sowohl die *Informationsinteressen* des Beweisführers als auch den *Geheimnisschutz* des kooperationspflichtigen Gegners ausreichend zu wahren. Die Auslegung der zur *Volksöffentlichkeit* unmittelbar anzuwendenden EMRK und der einschlägigen Bestimmungen der ZPO lassen *de lege lata* einen Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen zu, sofern der Ausschluss geeignet und erforderlich ist, von der Rechtsordnung anerkannte Ziele unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit zu erreichen. Auch die grundsätzliche Pflicht zur *öffentlichen Urteilsverkündung* oder zur *Veröffentlichung von Entscheidungen* steht weder einer geschützten Verwertung von vertraulichen Tatsachen noch der Erfüllung prozessualer Kooperationspflichten im Weg. Wird die Öffentlichkeit in der Verhandlung ausgeschlossen, bleibt das Unternehmensgeheimnis bei der Verkündung der Entscheidung gewahrt. Aber auch bei

einer öffentlichen Verkündung muss das Geheimnis nicht geopfert werden, denn nach der ZPO und der EMRK kann ein Urteil derart verkündet werden, dass dabei der Inhalt eines Geheimnisses nicht offenbart werden muss. Bei der *Akteneinsicht Dritter* werden berücksichtigungswürdige Geheimhaltungsinteressen und damit auch Unternehmensgeheimnisse der nicht beweisbelasteten Partei weitgehend geschützt, sodass dieser deshalb eine prozessuale Kooperation grundsätzlich zumutbar ist. Der Dritte muss eine zweistufige Interessensprüfung bestehen, zudem ist danach zu trachten, ihm die Einsicht nur im absolut notwendigen Umfang zu gewähren und dabei Unternehmensgeheimnisse tunlichst zu schützen. Vor der Gefahr eines *missbräuchlichen Beitritts* eines Dritten als Nebenintervenient bleiben Unternehmensgeheimnisse grundsätzlich bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zurückweisung des Beitritts geschützt. Auch bei der *Aktenübersendung* im Rahmen der *Rechtshilfe* können Unternehmensgeheimnisse weitgehend gewahrt bleiben, wengleich darüber – mangels Sonderregelung – im Zweifel das ersuchende Gericht zu entscheiden hat.

Insgesamt ermöglicht das geltende Prozessrecht, gegen das nicht mit datenschutzrechtlichen Vorgaben argumentiert werden kann, gegenüber außenstehenden Dritten eine *geschützte Verwertung eines Unternehmensgeheimnisses* der nicht beweisbelasteten Partei. Damit wird sowohl den von der Rechtsprechung des EGMR als auch den im Unionsrecht geprägten Grundsätzen entsprochen und eine prozessuale Kooperation zumutbar gemacht.

713

□

§ 5 Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen: Schutz vor der Gegenpartei

I. Einleitung

Als Lösung zur Überwindung des Widerstreits zwischen dem Geheimhaltungs- und dem Informationsinteresse im Zivilprozess erwägen Teile des (vorwiegend deutschen²³³⁸) Schrifttums den (teilweise) Ausschluss einer Partei vom Beweisverfahren²³³⁹ oder die Filterung von geheimen Umständen durch eine zur Verschwiegenheit verpflichtete neutrale Person.²³⁴⁰ Dieses Geheimhaltungsverfahren soll die effektive Geltendmachung materieller Ansprüche unter gleichzeitiger Wahrung von Geheimnissen ermöglichen. In erste Linie hat man dabei jene Konstellation vor Augen, bei der Geheimhaltungsinteressen der *nicht beweisbelasteten* Partei berührt sind.²³⁴¹ Diese soll vor der missbräuchlichen Verwendung der Geheimnisse durch den Beweisführer geschützt werden. Ein solcher Missbrauch kann etwa darin liegen, dass der Gegner die Prozessführung nur benützt, um über Umwege und unter Bezugnahme auf prozessuale Kooperationspflichten Kenntnis von Geheimnissen zu erlangen.²³⁴² Es geht bei diesen Vorschlägen im Wesentlichen darum, die *Parteiöffentlichkeit* bzw das *rechtliche Gehör* einer der Parteien zugunsten von

714

2338 Vgl dazu aus österreichischer Sicht *Schneider*, *ecolex* 2011, 97 ff; *Schneider*, *ÖJZ* 2013, 154; *McGuire*, *Schutz* 6 [»dazu gehören auch Geheimhaltungsanordnung, Nutzungsverbote und Vertragsstrafen«]; *abl Garber*, *ÖJZ* 2012/70, 649.

2339 *Battenstein*, *Instrumente* 219 ff; *Götting*, *GRUR Int* 1988, 740; *Karger*, *Beweisermittlung* 119; *Lepin*, *GRUR* 1984, 697 f; *Markfort*, *Geistiges Eigentum* 175; *Pagenberg*, *CR* 1991, 69 ff; *Schneider*, *Geheimnisschutz* 165; *Schneider*, *ÖJZ* 2013, 153; *Schweikhardt*, *GRUR* 1962, 123 f; *Stürner*, *Aufklärungspflicht* 223; *Stürner*, *JZ* 1985, 458; *Stürner/Stadler*, *JZ* 1985, 1104 [Entscheidungsanm]; *Tilman/Schreibauer* in *FS-Erdmann* 922; *G. Wagner*, *ZEuP* 2001, 476; offengelassen *Zekoll/Bolt*, *NJW* 2002, 3131. *abl zB Ibbeken*, *TRIPS-Übereinkommen* 432; *Lachmann*, *NJW* 1987, 2209 f; *Marshall* in *FS-Preu* 164; *Melullis* in *FS-Tillmann* 853; *Prütting/Weth*, *NJW* 1993, 577; *Spindler/Weber*, *MMR* 2006, 713 f (diese lehnen ein solches Verfahren nur *de lege lata* ab).

2340 *ZB Berg*, *Geschäftsgeheimnisse* 148; *Schlosser*, *NJW* 1992, 3277; *Werner* in *FS-Pfeiffer* 834 ff. *Kombiniert Ahrens*, *GRUR* 2005, 839 [»Der Schutz ist nach dem Vorbild der englischen ›Anton Piller Order‹ sowie des im deutschen Recht bekannten Wirtschaftsprüfervorbehalts durch die Zwischenschaltung eines neutralen Sachverständigen sowie durch einen neutralen Rechtsberater zu gewährleisten«].

2341 Davon wird hier ausgegangen, wenngleich sich die Problematik auch dann stellt, wenn Geheimnisse der beweisbelasteten Partei zu schützen sind.

2342 Ein Kläger schiebt beispielsweise eine Verletzung eines Patents nur vor, um die Produktionsmethoden seines Konkurrenten auszuspionieren.

Geheimhaltungsinteressen der anderen Partei einzuschränken. Gleichzeitig soll es dem Beweisführer erst dadurch ermöglicht werden, seine Ansprüche effektiv durchzusetzen. Dieser Ansatz will nach Möglichkeit eine »*Alles oder Nichts*«-Situation vermeiden, damit der *effektive Rechtsschutz* nicht an einer bedingungslosen Gewährung des *rechtlichen Gehörs* scheitert. Die Herstellung der *praktischen Konkordanz* zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimnisschutz wird als Ziel und Zweck einer derartigen Vorgangsweise angeführt, was – wie im dritten Teil bereits aufgezeigt – grundsätzlich den Vorgaben der Verfassung, der EMRK und des Unionsrechts entspricht.

715 Im Zentrum steht dabei die Frage, ob sich eine derartige Vorgangsweise mit dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf rechtliches Gehör und einer Vielzahl von entsprechenden einfachgesetzlichen Regelungen vor allem im Zusammenhang mit der Parteiöffentlichkeit vereinbaren lässt. Die Befürworter eines derartigen Verfahrens lehnen die Verwendung des Begriffs *Geheimverfahren* in diesen Zusammenhang teilweise ab und bevorzugen tendenziell die Verwendung des Begriffs *in camera*-Verfahren,²³⁴³ während deren Gegner zur Verwendung des Begriffs *Geheimverfahren* tendieren.²³⁴⁴ Der Sinn des von Teilen der Lehre befürworteten Verfahrens liegt freilich darin, die nur einer Seite bekannten Tatsachen vor dem Gegner *geheim* zu halten, sodass es im hier zu besprechenden Zusammenhang vertretbar ist, von einem *einseitigen Geheimverfahren* zu sprechen. Mit der Verwendung dieses Begriffes wird dessen Zulässigkeit noch nicht zwingend verneint. Der weit verbreitete Begriff des *in camera*-Verfahrens erscheint hingegen nicht ganz passend. Damit werden außerhalb der hier zu behandelnden Problematik nämlich in der Regel jene Verfahren bezeichnet, in denen (nur) die (Volks-)Öffentlichkeit ausgeschlossen wird.²³⁴⁵ Insb im anglo-amerikanischen Rechtskreis (aber nicht nur dort)²³⁴⁶ wird unter *in camera proceeding* in der Regel ein Verfahren unter Ausschluss der

2343 *Bornkamm* (in FS-Ullmann 912 FN 40) will den Begriff des »*Geheimverfahrens*« vermeiden, der durch seine Nähe zum Inquisitionsprozess belastet sei und die Nichteinhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien vermuten lasse. Auch *Schneider* (Geheimnisschutz 175 FN 47) will diesen Begriff möglichst vermeiden, »*da er wohl recht schnell Gedanken an Inquisitionsverfahren und schon deshalb eine gewisse Skepsis aufkommen lässt, ob dieses Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen mit seinen gewährleisteten Garantien im Zivilprozess entsprechen kann*«. Vgl auch *Schlosser* (in FS-Großfeld 1004), wonach die suggestive Begriffsbildung »*Geheimverfahren*« für sich schon Bände spräche.

2344 ZB *Baumgärtel* in FS-Habscheid 1; *Kürschner*, NJW 1992, 1804; *Lachmann*, NJW 1987, 2210 [*»keine Zweifel, dass ein Geheimprozess verfassungswidrig ist«*]; *Prütting* in MünchKomm⁵ 285 ZPO Rz 2 und 10 ff.

2345 Der lateinische Begriff *camera* (oder *camara*) bedeutet Gewölbe, gewölbte Decke, ist aus dem Griechischen entlehnt, meinte ursprünglich Schlafgemach, Vorratskammer, Schatzkammer. Schon früh haben sich aus der allgemeinen Wortbedeutung »*kleines, abgeteiltes Gemach*« (des Hauses) zahlreiche, speziellere Bedeutungen entwickelt (<<http://de.wikipedia.org/wiki/Kammer>>).

2346 Vgl etwa Entscheidungen des EGMR, in der der Begriff mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit gleichgesetzt wird: EGMR 18.5.2010, 26839/05, *Kennedy/Großbritannien*; EGMR 1.3.2011, 15924/05, *Welke und Bialek/Polen*; EGMR 3.6.2010, 42837/06, *Dimitras ua/Griechenland* oder EGMR 16.4.2012, 55508/07 und 29520/09, *Janowiec u.a./Russland*.

Öffentlichkeit bzw der Jury definiert. Wenngleich die Vertreter eines *in camera*-Verfahrens im deutschen Rechtskreis in erster Linie an den Ausschluss des Gegners und nicht (nur) der Volksöffentlichkeit denken, erscheint hier die Verwendung des Begriffs *Geheimverfahren* im übertragenen Sinn passender, geht es doch gerade darum, Geheimnisse vor einer der Parteien zu bewahren, wobei sich hier auch die Begriffe eines *Geheimnisverfahrens*, *Geheimnisschutzverfahrens* bzw eines *Geheimniswahrungsverfahrens* anbieten. Ungeachtet dessen ist zu berücksichtigen, dass in der wissenschaftlichen Diskussion der Begriff des *in camera*-Verfahrens im deutschen Sprachgebrauch vor allem im interessierenden Zusammenhang weit verbreitet ist und sich schon weitgehend etabliert hat, weshalb dieser Begriff in dieser Arbeit verwendet wird.

Ebenso wenig wie die Befürworter einer Einschränkung des rechtlichen Gehörs zugunsten des Geheimnisschutzes der kooperationspflichtigen Partei immer klar offenlegen, ob ein solches Modell bereits *de lege lata* möglich sein soll, wird bei den Gegnern eines *in camera*-Verfahrens nicht immer klar offen gelegt, ob ein solches (nur) *de lege lata* unzulässig ist oder auch als rechtspolitische Idee etwa aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht umgesetzt werden kann/soll. In dieser Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass das geltende Prozessrecht bis zur UWG-Novelle 2018 ein derartiges Verfahren ausschloss, die EMRK, die GRC und das B-VG einer rechtspolitischen Lösung jedoch nicht entgegenstehen²³⁴⁷ – sondern eine solche vielmehr fordern!

716

Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, dass der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit in der geltenden Prozessordnung (abseits vom Verfahren nach § 26h UWG) einfachgesetzlich derart umgesetzt wird, dass er ein solches Geheimverfahren ausschließt. Im Anschluss wird das neue seit 2019 nach § 26h UWG mögliche *in camera*-Verfahren skizziert, wobei hier vor allem das Fehlen von ausgleichenden Maßnahmen zu kritisieren ist, sodass die Fairness des Verfahren insgesamt nicht gewährleistet ist. Aufgabe des letzten Teils der Arbeit wird es sein, (rechtspolitische) Ideen zu entwickeln, damit ein *in camera*-Verfahren nicht gegen Art 6 EMRK verstößt.

717

II. Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit im Spannungsfeld zum Geheimhaltungsschutz

Die Idee, den Geheimnisschutz durch eine *auch vor den Parteien* geschützte Verwertung des Unternehmensgeheimnisses zu wahren, um damit der nicht beweisbelas-

718

²³⁴⁷ In diesem Sinn für das deutsche Recht Ahrens, Beweis, Kap 7, Rz 75 oder Spindler/Weber, MMR 2006, 714.

teten Partei die prozessuale Kooperation zumutbar zu machen, kollidiert schon offensichtlich mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör im Allgemeinen und der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit im Besonderen scheinen nicht leicht zu überwindende Hindernisse dafür zu sein, dass Beweisergebnisse an einer Partei vorbei ins Verfahren fließen *und* in der Entscheidung verwertet werden.²³⁴⁸ Es ist anerkannt, dass der verfassungsrechtlich gewährleistete Anspruch auf Gehör darin liegt, dass er »dem Träger des vom Verfahren betroffenen Rechtes die Befugnis gewährt, am Vorgang der Rechtsfindung als vollberechtigtes Subjekt mitzuwirken«;²³⁴⁹ dazu oben Rz 380 ff. Naturgemäß kommt der Parteiöffentlichkeit im Zivilprozess – insb im Beweisverfahren (§ 289 Abs 1 ZPO) – als wesentliches Element des Rechts auf Gehör zentrale Bedeutung zu.²³⁵⁰ Will man etwa ein Unternehmensgeheimnis vor einer Partei schützen, muss die Parteiöffentlichkeit zwangsläufig eingeschränkt werden.

719 Grundsätzlich ist eine rechtsstaatlich ausgestaltete Gehörgewährung ohne Einräumung der bereits verfassungsrechtlich garantierten Parteiöffentlichkeit aber gar nicht denkbar.²³⁵¹ Die effektive Ausübung des Rechts auf Gehör nach Art 6 EMRK setzt nämlich voraus, dass die Parteien Kenntnis vom Aktenstand, insb von den vom Gegner vorgebrachten Stellungnahmen und Beweismitteln, haben.²³⁵² Es ist dabei anerkannt, dass die Parteiöffentlichkeit *grundsätzlich unbeschränkt* zu gewähren ist.²³⁵³ Auch der aus Art 6 EMRK abzuleitende Grundsatz der *Waffengleichheit*, der die Gleichstellung der einander gegenübergestellten Parteien fordert, verbietet es, dass nur *eine* Partei Zugang zu jenen Dokumenten hat, die Grundlage der Entscheidung sind.²³⁵⁴ Schon definitionsgemäß versteht man unter *Parteiöffentlichkeit* das Recht der Parteien, an den Prozesshandlungen des Gerichts und des Gegners

2348 Das Verwaltungsverfahren kennt hingegen Einschränkungen der *Parteienöffentlichkeit* (zumindest bei Parteien mit nur einzelnen subjektivöffentlichen Rechten) unter gleichzeitiger Sicherung des *Parteiengehörs*.

Vgl § 356 Abs 2 GewO: »Ist die Gefahr der Verletzung eines Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses im Sinne des § 40 AVG gegeben, so ist den Nachbarn die Teilnahme an der Besichtigung der Anlage nur mit Zustimmung des Genehmigungswerbers gestattet, doch ist ihr allfälliges Recht auf Parteiengehör zu wahren.«

2349 Zeuner in FS-Gaul 855; idS bereits Zeuner in FS-Nipperdey 1015.

2350 Die Parteiöffentlichkeit bezieht sich dabei eher auf den *passiven*, beobachtenden Aspekt des Rechts auf Gehör. Sie ist aber Voraussetzung dafür, dass die Partei im Rahmen ihres Gehörsanspruchs auch *aktiv* tätig und im Prozess »gehört« werden kann.

2351 Vgl Konecny in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 29 [»Parteiöffentlichkeit dient dem Schutz des rechtlichen Gehörs«].

2352 ZB EGMR 28. 8. 1991, 13468/87, *Brandstetter/Österreich*.

2353 Vgl etwa *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 289 ZPO Rz 1 [»bei der Beweisaufnahme [...] besteht stets Parteiöffentlichkeit«]; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 289 ZPO Rz 2 [»Es versteht sich von selbst, dass bei der Beweisaufnahme stets Parteiöffentlichkeit besteht.«]; *Fasching* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 Einl Rz 37 [»Diese gilt im Zivilprozess generell, soweit sie nicht durch Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen ist.«].

2354 EGMR 17. 2. 2009, 34030/07, *Jalowiecki/Polen*, Rn 38.

teilzunehmen bzw von ihnen Kenntnis zu bekommen.²³⁵⁵ Ist die Parteiöffentlichkeit aber derart eingeschränkt, dass es der Partei nicht möglich ist, *effektiv* an der Gestaltung der Verfahrensgrundlagen teilzunehmen, liegt idR Nichtigkeit des Verfahrens bzw der entsprechenden Entscheidung vor. Das wird von der Rechtsprechung vor allem dann bejaht, wenn sich das Gericht in seiner Entscheidung auf ein Beweismittel stützt, das den (oder einer der) Parteien unbekannt ist.²³⁵⁶ Ausgehend vom Grundsatz, dass das rechtliche Gehör in einem Zivilverfahren nicht nur dann verletzt wird, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wird, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten,²³⁵⁷ erscheint eine (vor der Parteiöffentlichkeit) *geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen* daher schwer vorstellbar. Der grundsätzlich offene Zugang der Parteien zum Verfahren steht dabei eng im Zusammenhang mit einer effektiven Rechtsverfolgung und -verteidigung. In der Tat erscheint eine effektive Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs *prima vista* kaum denkbar, wenn eine Partei nicht die Möglichkeit hat, an der gesamten Verhandlung einschließlich des Beweisverfahrens teilzunehmen, von den Prozesshandlungen des Gerichts und ihres Gegners informiert zu werden bzw zumindest in den Prozessakt samt den vorgelegten Urkunden Einsicht nehmen zu können und sich zu den verfahrensrelevanten Umständen zu äußern. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Parteiöffentlichkeit – neben ihrer entscheidenden Bedeutung im Zusammenhang mit der Gehörgewährung – auch die *richtige* Tatsachenfeststellung gewährleistet, sehen doch regelmäßig sechs Augen mehr als zwei oder vier.²³⁵⁸

Die Parteiöffentlichkeit wird im Zivilprozess durch eine Reihe von einfachgesetzlichen Bestimmungen abgesichert. Schon aus der Pflicht des Gerichts, Parteien zu den Tagsatzungen zu laden (zB §§ 131, 387 Abs 1 und § 480 Abs 1 ZPO), ergibt sich, dass diese generell an den Verhandlungen teilnehmen können, was aus den Vorschriften für die Protokollierung (zB § 207 Abs 1 Z 3 oder § 212 Abs 1 ZPO) oder den Regeln über die Folge der Versäumung einer Tagsatzung (§§ 146, 396 ff, 442 ZPO) ableitbar ist. Im Übrigen setzen die Bestimmungen über den Ablauf einer Verhandlung (vor allem §§ 176 bis 185 ZPO) voraus, dass die Parteien anwesend sind. Auch

720

2355 Fasching, Lehrbuch² Rz 683; Sengstschmid in Fasching/Konecny³ § 171 ZPO Rz 44.

2356 RIS-Justiz RS0117067.

2357 RIS-Justiz RS0005915, RS0119970, vgl auch RS0006036.

2358 Habscheid, ZJP 96 (1983) 324 [»Die Parteien wissen zumeist über die beweiserheblichen Vorgänge und die Beweismittel besser Bescheid als das Gericht und können deshalb durch Ausübung ihres Fragerechts wesentlich zur sachgerechten Beweiserhebung beitragen.«]; von Hippel, Wahrheitspflicht 255 [»Denn die Parteien und ihre Vertreter sind kraft ihrer besonderen Kenntnisse und ihres besonderen Streitinteresses oft am besten in der Lage, den Blick des Richters zu schärfen und auf die wesentlichen Punkte hinzuweisen.«]; Völzmann-Stickelbrock, ZJP 118 (2005) 369.

bei einem Ausschluss der Volksöffentlichkeit dürfen die Parteien der Verhandlung beiwohnen (§ 174 Abs 1 ZPO). Das Akteneinsichtsrecht der Parteien basiert auf § 219 Abs 1 ZPO, wobei dies für die Beweisaufnahme-Akten des ersuchten oder beauftragten Richters zusätzlich in § 286 Abs 1 ZPO festgehalten ist. Mit § 219 Abs 2 ZPO korrespondiert die Regel des § 89i Abs 2 GOG über die Einsicht in die elektronisch geführten Register. Daneben regelt § 89l Abs 1 GOG eine allgemeine elektronische Registerauskunft über alle Zivilverfahren eines Antragstellers. Die Möglichkeit der Beteiligung der Parteien im Beweisverfahren ist in § 289 Abs 1 ZPO allgemein geregelt, wobei dies an anderer Stelle für die Zeugenvernehmung (§ 341 ZPO) und damit für die Parteienvernehmung (§ 375 Abs 1 ZPO) wiederholt wird. Auch der Augenschein (vgl § 370 Abs 3 ZPO) und der Sachverständigenbeweis (§ 367 ZPO) steht den Parteien naturgemäß offen, was von der hA auch für die gesetzlich nicht geregelte Befundaufnahme durch den Sachverständigen (außerhalb) der Verhandlung vertreten wird.²³⁵⁹ Die (umständlich anmutende) Verständigung der Parteien vom Einlangen eines schriftlichen Gutachtens ordnet § 360 Abs 2 ZPO an, wenngleich in der Praxis ohnedies fast ausnahmslos Ausfertigungen des Gutachtens amtswegig zugestellt werden.²³⁶⁰ Das Einsichtsrecht einer Partei in vom Gegner vorgelegte (oder vorzulegende) Urkunden gründet sich auf §§ 297, 298 Abs 1 bzw § 82 Abs 1 ZPO, entsprechendes ordnet § 81 Abs 2 ZPO für Beilagen eines Schriftsatzes an. Die Befugnis, vor dem ersuchten oder beauftragten Richter einzuschreiten, ergibt sich zusätzlich aus § 283 Abs 2 ZPO (für eine vom Beweisführer erwirkte Beweisaufnahme im Ausland) und § 300 Abs 3 ZPO (für Urkunden). Schließlich hat eine Partei dem Gericht Ausfertigungen ihrer Schriftsätze (inkl Beilagen) für ihren Gegner vorzulegen (§ 80 Abs 1, § 81 Abs 1 ZPO) bzw diesem Schriftsätze nach § 112 ZPO direkt zuzustellen. Gerichtliche Entscheidungen müssen den Parteien durch Zustellung (§§ 124, 416, 427, 500 Abs 1 ZPO) oder Verkündung (§§ 414, 426 ZPO) zur Kenntnis gebracht werden. Das gilt idR für Rechtsmittel und die entsprechenden Gegenschriften (zB § 468 Abs 1 und 4 ZPO, § 507 Abs 2 und 5 ZPO, § 521a Abs 1 ZPO).

Neben den aufgezählten (passiven) Aspekten der Parteiöffentlichkeit schränkt die ZPO unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs in vielfältiger Weise durch aktive Beteiligungsrechte die Möglichkeiten ein, Unternehmensgeheimnisse im Verfahren vor der Kenntnisnahme der Parteien zu schützen: Die Streitteile haben ein Fragerecht an die Gegenseite betreffend alle für die Prozessführung erheblichen Umstände (§ 184 ZPO). Auch im Beweisverfahren können die Parteien Fragen an die Zeugen, Sachverständigen und die Gegenpartei stellen (lassen); vgl § 289 Abs 1, § 341 Abs 1 und 2 ZPO, § 367 ZPO und § 380 Abs 1 ZPO. Im Fall eines Gutachtens haben beide Parteien Anspruch darauf, dass der Sachverständige darüber

²³⁵⁹ Dazu siehe Rz 791 ff und *Rassi*, SV 2014 H 1, 6.

²³⁶⁰ Vgl auch die als »Verfahrensbesonderheit« des arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahrens titulierte Verpflichtung des Gerichts, den Parteien nach § 39 Abs 6 ASGG eine Ausfertigung von einem schriftlichen Befund oder Gutachten zuzustellen.

mündliche Aufklärung gibt oder dieses in der Verhandlung mündlich erläutert (§ 357 Abs 2 ZPO). Der Sachverständige hat sein Gutachten (in Gegenwart der Parteien) umfassend zu begründen (§ 362 Abs 1 und 2 ZPO). Zur mündlichen Streitverhandlung gehört die Pflicht des Gerichts zur Erörterung der Ergebnisse der Beweisaufnahme (§ 259 Abs 1, § 278 Abs 2 ZPO). Das Gericht hat die Ergebnisse der Beweisaufnahme vor dem ersuchten oder beauftragten Richter in der mündlichen Verhandlung darzulegen (§ 287 Abs 1 ZPO). Ganz allgemein darf den Parteien die Möglichkeit nicht entzogen werden, vor Gericht zu verhandeln (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO); darunter fällt eben auch das Verbot, der Entscheidung jene Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde zu legen, zu denen sich die Parteien nicht äußern konnten. Das Gericht muss das Urteil derartig begründen, dass es mit Sicherheit überprüft werden kann (§ 477 Abs 1 Z 9 ZPO).

Das Gesagte lässt somit wenig Raum für eine *Einschränkung* der Parteiöffentlichkeit bzw zur Umsetzung der oben dargestellten Kriterien der EMRK und des Unionsrechts. Nach einfachgesetzlicher Rechtslage ist es nicht möglich, Verfahrens- oder Beweisergebnisse unter Ausschluss der Parteien zu verwerten (zu § 26h UWG siehe Rz 903 ff). Demnach müssen jene Tatsachen und Beweisergebnisse, die der Entscheidung zugrunde gelegt werden sollen, den Parteien offenstehen. Es überrascht daher, dass es *de lege lata* dennoch bereits eine ganze Reihe von Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit gibt, die die Bedeutung des rechtlichen Gehörs und der damit verbundenen Teilnahmeberechtigung im Prozess relativieren. Diese Beschränkungen und Ausnahmen sollen im Folgenden untersucht werden, um zu prüfen, inwieweit die Zumutbarkeit der gebotenen prozessualen Kooperation durch derartige Einschränkungen zum Schutz vertraulicher Informationen gefördert werden kann und ob daraus Erkenntnisse für den verfahrensrechtlichen Schutz des Unternehmensgeheimnisses abzuleiten sind.

721

Damit ist nicht gemeint, dass eine Partei die ihr eingeräumten Rechte gar nicht wahrnimmt. Parteiöffentlichkeit ist stets ein *Recht der Parteien*, aber nicht deren Pflicht. Vorbehaltlich der Bestimmungen über die Säumnis und das Ruhen ist das Verfahren ungeachtet dessen zu führen, ob die Parteien von ihren Beteiligungsrechten Gebrauch machen. Die freiwillige Nichtteilnahme ist daher keine echte Ausnahme der Parteiöffentlichkeit. Weiters liegt es auf der Hand, dass eine Störung einer Verhandlung nicht zu dulden ist und in letzter Konsequenz (nach einer entsprechenden Androhung und Belehrung) zum Ausschluss der störenden Partei führen kann (§ 198 Abs 2 ZPO). Dadurch wird aber nur einer missbräuchlichen Ausübung des Rechts auf Parteiöffentlichkeit begegnet, ohne das eigentliche Recht selbst einzuschränken.

In den folgenden Kapiteln 3 und 4 wird gezeigt, dass die Parteiöffentlichkeit im Zivilprozess bereits nach geltendem Recht (und auch vor der UWG-Novelle 2018) *nicht unbeschränkt* zu gewähren ist.²³⁶¹ Sie ist in bestimmten, geregelten Fällen dann

722

2361 Vgl auch *Rassi*, ÖJZ 2014, 1043.

eingeschränkt oder ausgeschlossen, wenn der Parteiöffentlichkeit überwiegende Interessen einer der Parteien, Dritter oder öffentliche Interessen entgegenstehen. Derartige Ausnahmen der Parteiöffentlichkeit sind dann geboten und verfassungsrechtlich zulässig, sofern die Einschränkung im *absolut notwendigen Ausmaß* erfolgt und das Verfahren im Ergebnis *insgesamt* den Anforderungen an ein *fair trial* im Sinne der EMRK entspricht (vgl Rz 392). Die beschriebenen Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit sind teilweise auch im Bereich der Unternehmensgeheimnisse geeignet, Schutz zu gewähren, was sich im Wesentlichen aber auf den eher unproblematischen Bereich jener Geheimnisse beschränkt, die im Verfahren gerade nicht verwertet werden sollen. In Ausnahmefällen kommt es zur Zurückdrängung, aber nicht zum gänzlichen Ausschluss der Parteiöffentlichkeit, obwohl davon betroffene Umstände im Verfahren verwertet werden können. Es wird gezeigt werden, dass die beschriebenen Bestimmungen keine Analogiebasis für eine Art *in camera*-Verfahren wegen zu schützender Unternehmensgeheimnisse bieten. Im sechsten Kapitel wird geprüft, ob sich (sonst) ein sog *in camera*-Verfahren für entscheidungsrelevante Umstände begründen lässt, was letztendlich außerhalb des § 26h UWG zu verneinen ist. Im Anschluss wird im siebten Kapitel das neue seit 2019 nach § 26h UWG mögliche *in camera*-Verfahren beschrieben, wobei hier vor allem das Fehlen von ausgleichenden Maßnahmen zu kritisieren ist, sodass die Fairness des Verfahren insgesamt nicht gewährleistet ist. Aufgabe des letzten Teils der Arbeit wird es sein, (rechtspolitische) Ideen zu entwickeln, damit ein *in camera*-Verfahren nicht gegen Art 6 EMRK verstößt.

III. Bereits geltende Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit außerhalb des Beweisverfahrens

A. Abstimmungs- und Beratungsgeheimnis

723 Als geradezu lehrbuchartige Ausnahme der Parteiöffentlichkeit zählt ihr Ausschluss bei der richterlichen Beratung und Abstimmung.²³⁶² Das gesetzlich geschützte Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis (vgl § 219 Abs 1 und § 413 ZPO; § 116 Abs 4 Geo) beschränkt die Parteiöffentlichkeit einschließlich des Akteneinsichtsrechts. Protokolle über Beratungen und Abstimmungen (vgl § 14 JN) sind daher von der Akteneinsicht ausgenommen, was eine unbeeinflusste Meinungsbildung im Senat ermöglichen und damit die *richterliche Unabhängigkeit* (bzw Unbefangenheit,

2362 Fasching, Lehrbuch³ Rz 684; Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁴ Rz 79 (»jedenfalls geheim«).

Unbeeinflussbarkeit) stärken soll.²³⁶³ Auch die Einzelgerichtsbarkeit genießt hier einen vergleichbaren Schutz, weil Entwürfe zu Urteilen und Beschlüssen von der Akteneinsicht ausgenommen sind.²³⁶⁴ Letzteres gilt selbstredend für den Bereich der Senatsgerichtsbarkeit, weshalb der Entscheidungsentwurf eines Berichterstatters nicht der Akteneinsicht unterliegt.²³⁶⁵ Das betrifft auch sonstige Aktenstücke (Stellungnahmen, Einsichtsbemerkungen, E-Mail-Verkehr der Senatsmitglieder und der sie unterstützenden Mitarbeiter, wie zB Richter des Evidenzbüros des OGH, Richteramtswärter oder Rechtspraktikanten), aus denen sich Rückschlüsse auf die Meinungsbildung im Senat und auf das Abstimmungsverhalten der einzelnen Senatsmitglieder ableiten lassen.²³⁶⁶

Nach der Rechtsprechung zählen in *insolvenzrechtlichen Verfahren* die Protokolle des Gläubigerausschusses zu den Beratungsprotokollen.²³⁶⁷ Diese sind in einen Sonderband zu nehmen, der von der allgemeinen Akteneinsicht ausgeschlossen ist.²³⁶⁸ Das OLG Wien hat diese Linie in jüngster Zeit aufrecht gehalten.²³⁶⁹ Nach *Gitschthaler* ist diese Einschränkung hinsichtlich des Schuldners hingegen seit der Änderung des § 89 Abs 3 Satz 1 IO fraglich, weil dieser nunmehr²³⁷⁰ sogar das Recht habe, in bestimmten Fällen an den Gläubigerausschusssitzungen teilzunehmen (vgl § 117 IO).²³⁷¹ Dem hat freilich *Riel* überzeugend entgegengehalten,²³⁷² dass eine Gläubigerausschusssitzung keine gerichtliche Verhandlung ist²³⁷³ und die entsprechenden Protokolle nicht Teil des Gerichtsakts werden.²³⁷⁴ Neben diesen formalen Argumenten überzeugt aber vor allem *Riels* Hinweis, dass eine Akteneinsicht den Erfolg (bzw Zweck)²³⁷⁵ des Insolvenzverfahrens gefährden könnte, weil die Funktionsfähigkeit des Gläubigerausschusses als Forum zur Diskussion aller anstehenden Fragen des Insolvenzverfahrens nur dann sichergestellt ist, wenn dieser umfassend informiert wird und »das in diesem Forum Besprochene nicht nach außen dringt«. ²³⁷⁶ Das Geheimhaltungsinteresse ist hier somit durchaus mit dem gerichtlichen Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis zu vergleichen. Aus dem

2363 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 684; *Rassi*, ÖJZ 2014, 1045.

2364 RIS-Justiz RS0096800.

2365 12 Os 94/89; RIS-Justiz RS0041457; *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 328.

2366 *Ehrlich/Graf*, Zak 2008, 328; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 22 Rz 48 FN 180; vgl dazu 6 Ob 551/90; 1 Nd 30/94; 1 Ob 151/01i; RIS-Justiz RS0041457.

2367 OLG Linz ZIK 1995, 193; OLG Wien 28 R 175/98 f; OLG Wien 28 R 204/06k; OLG Wien ZIK 2008/291, 174.

2368 OLG Linz ZIK 1995, 193; OLG Wien WR 862 (1999) = RIS-Justiz RW0000308; OLG Wien 28 R 276/14k ZIK 2015/80; *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 171 Rz 41.

2369 OLG Wien 28 R 276/14k ZIK 2015/80.

2370 Diese Bestimmung wurde mit der InsNov 2002 eingeführt.

2371 *Gitschthaler* in *Rechberger*⁴ [Vorauslage] § 219 ZPO Rz 5. In der aktuellen Auflage des Kommentars wird diese Rechtsansicht nicht mehr in dieser Deutlichkeit vertreten (*Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 5).

2372 *Riel*, ZIK 2015, 53; *Riel*, Öffentlichkeit 194 mwN.

2373 OLG Wien WR 862 (1999) = RIS-Justiz RW0000308.

2374 OLG Wien WR 862 (1999) = RIS-Justiz RW0000308.

2375 *Riel*, Öffentlichkeit 195.

2376 *Riel*, ZIK 2015, 54; *Riel*, Öffentlichkeit 199.

ingeschränkten Teilnahmerecht des Schuldners (»in den Fällen des § 117 IO«) lässt sich kein korrespondierendes Einsichtsrecht begründen.²³⁷⁷ Umso mehr ist den Insolvenzgläubigern, die nicht Mitglieder des Gläubigerausschusses sind, die Einsicht nach wie vor zu verwehren.²³⁷⁸

- 724 Gem § 170 Abs 2 Geo sind den Akten vor Gewährung der Einsicht Beratungsprotokolle und andere Schriftstücke zu entnehmen, die nach § 219 Abs 1 ZPO von der Einsicht ausgeschlossen sind. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass hier ein Teil des Zivilprozesses *geheim* bleibt, weil es nur um Fragen der *internen Entscheidungsbildung* geht. Das Gericht muss die Möglichkeit haben, gegenteilige Ansichten abzuwägen und mehrere Varianten einer möglichen Entscheidung zu prüfen, ohne bei dieser Urteilsfindung einer Beeinflussung durch die Parteiöffentlichkeit ausgesetzt zu sein. Diese Regelungen korrespondieren mit der Rechtsprechung des EGMR, wonach Beratungen und die persönliche Meinung einzelner Richter (etwa des Berichterstatters) als vertraulich geschützt sind.²³⁷⁹ Der damit verbundene Schutz der Unabhängigkeit des Richters fügt sich in den sich aus Art 6 EMRK ergebenden Anspruch auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen Tribunal.²³⁸⁰ Dieses fehlende Recht, in Beratungsprotokolle Einsicht zu nehmen, kann nicht dadurch ersetzt werden, dass die beteiligten Senatsmitglieder – selbst in einem Amtshaftungsverfahren – über eine Frage, die Gegenstand der Beratung war oder zumindest gewesen sein könnte, zeugenschaftlich befragt werden.²³⁸¹
- 725 Der Vertraulichkeit der internen Willensbildung und Entscheidungsfindung sind freilich bei schweren Verletzungen der Vorschriften über die Beratung und Abstimmung bzw die Zusammensetzung des Gerichts Grenzen gesetzt. Eine *massive Regelverletzung* darf ungeachtet der grundsätzlichen Geheimhaltungspflicht aufgegriffen und den Parteien offenbart werden.²³⁸² Das gilt auch für den Fall, dass die Abstimmung entgegen der Urteilsausfertigung anders ausgegangen ist, etwa wenn irrtümlich ein (letztendlich überarbeiteter) Urteilsentwurf ausgefertigt wurde.²³⁸³
- 726 Für die Parteien wird ein derartiger Verstoß aufgrund ihres Ausschlusses idR aber nicht manifest werden. Auch ein bloßer Verdacht rechtfertigt nicht die Aufhebung des Beratungsgeheimnisses. Anderes gilt für das Rechtsmittelgericht, das in das Beratungsprotokoll zur angefochtenen Entscheidung Einsicht nehmen darf.²³⁸⁴

2377 OLG Wien 28 R 276/14k ZIK 2015/80.

2378 OLG Wien 28 R 193/11z.

2379 EGMR 2. 11. 2004, *Fabre/Frankreich*, 69225/01.

2380 *Rassi*, ÖJZ 2014, 1045.

2381 1 Ob 151/01i.

2382 *Rassi*, ÖJZ 2014, 1045. Vgl die in einer Strafsache ergangene Entscheidung des OLG Naumburg (NSTZ 2009, 214 [Erb]), wonach das Beratungsgeheimnis verdrängt wird, wenn das Interesse an der Aufklärung eines Verbrechens (Rechtsbeugung) überwiegt.

2383 Vgl auch 6 Ob 153/15s.

2384 *Danek*, WK-StPO § 272 Rz 6; *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 21; *Rassi*, ÖJZ 2014, 1045.

Verwirklicht ein Verstoß gegen die Meinungsbildung im Senat einen Nichtigkeitsgrund, etwa weil nicht alle Mitglieder mitgestimmt haben,²³⁸⁵ so ist dieser (für das Verfahrensergebnis relevante) Verstoß amtswegig aufzugreifen, auch wenn er den Parteien damit das Abstimmungsverhalten offenbart.²³⁸⁶ Die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit endet hier, weil die geschützten Umstände für den Ausgang des Verfahrens *relevant* sind.²³⁸⁷

Besonders streng schränkt die Praxis das Akteneinsichtsrecht in Rechtsmittelakten ein. Im Allgemeinen wird die Einsicht in Rechtsmittelakten unter Hinweis darauf verweigert, dass diese Akten in aller Regel nur aus den Ausfertigungen der vorinstanzlichen Entscheidungen, dem Entscheidungsentwurf sowie dem Protokoll über die Abstimmung bzw dem Abstimmungsvermerk bestünden.²³⁸⁸ Nach § 219 Abs 1 ZPO ist es den Parteien verwehrt, in Entwürfe zu Urteilen und Beschlüssen sowie in Protokolle über Beratungen und Abstimmungen des Gerichts Einsicht zu nehmen. Daraus zieht die Rechtsprechung den Schluss, dass der der Einsicht einer Partei zugängliche Teil des Rechtsmittelakts (vgl § 170 Geo)²³⁸⁹ nur die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts enthält, deren Ausfertigung den Parteien ohnedies zugestellt werde.²³⁹⁰ Wenngleich die referierte Rechtsprechung aus praktischen Gesichtspunkten mit Blick auf den Aufwand der Gerichte im Verhältnis zum Nutzen (Interesse) der einsichtnehmenden Partei nachvollziehbar ist, kann sie keinen *generellen Ausschluss* der Akteneinsicht stützen. Derartiges vertritt *Gitschthaler*, wonach »grundsätzlich die R- und Ob-Akten eines Rechtsmittelgerichts überhaupt nicht der Akteneinsicht unterliegen« sollen.²³⁹¹ Ein solch kategorischer Ausschluss des Akteneinsichtsrechts lässt sich freilich aus der referierten Rechtsprechung nicht ableiten,²³⁹² weil darin betont wird, dass die Zustellung der Entscheidungsausfertigung »im Regelfall« zur Wahrung der verfahrensrechtlichen Interessen der Partei hinreichend sei.²³⁹³ Wenngleich es dem Inhalt des § 219 ZPO widerspricht, von den Parteien die Darlegung oder Behauptung eines rechtlichen Interesses zu verlangen, wird mit der Abstellung auf den Regelfall ein darüber hinausgehendes

2385 *Mayr* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 14 JN Rz 6, wonach dann ein Fall des § 477 Abs 1 Z 2 ZPO vorliegt.

2386 *Rassi* in FS-M. Schneider 435.

2387 Abgesehen von dieser Kontrollmöglichkeit durch das Rechtsmittelgericht empfiehlt es sich im Senatsprozess auch, dass jedem Richter eine Urteilsausfertigung übermittelt wird oder dieser sonst die schon derzeit bestehende Möglichkeit durch das elektronische Register nützt, um zu kontrollieren, ob die ausgefertigte Entscheidung dem Abstimmungsergebnis entspricht.

2388 6 Ob 551/90 (demnach bilden – bei einem Akt des Obersten Gerichtshofs – auch »die Ausfertigungen der vorinstanzlichen Entscheidungen, interne Noten und Anweisungen über die Aktenbehandlung innerhalb des Gerichtshofes, verwaltungsinterne Anweisungen an das Evidenzbüro und der Berichtsbogen mit dem zur Urschrift ausgestalteten Entscheidungsentwurf« den Akteninhalt); 7 Ob 235/01m; 2 Ob 98/08p; RIS-Justiz RS0037260 (T1).

2389 Gemäß § 170 Abs 3 Geo sind den Akten vor Gewährung der Einsicht Beratungsprotokolle und andere Schriftstücke zu entnehmen, die (ua) nach § 219 Abs 1 ZPO von der Einsicht ausgeschlossen sind.

2390 Damit korrespondiert auch der Umstand, dass eine elektronische Einsicht in den Rechtsmittelfall der Verfahrensautomation Justiz (VJ) nicht möglich ist.

2391 *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 219 ZPO Rz 5.

2392 *Rassi* in FS-M. Schneider 422.

2393 6 Ob 551/90; 7 Ob 235/01m.

Interesse der Betroffenen nicht ausgeschlossen. Es sind aber durchaus Fälle denkbar, bei denen eine Einsicht in einen Rechtsmittelakt nicht sinnlos erscheint. So etwa dann, wenn das Rechtsmittelverfahren noch nicht abgeschlossen ist und die aus dem Akt ersichtlichen Verfahrensschritte (Protokolle, Beschlüsse, Verfügungen) noch nicht Teil des erstinstanzlichen Akts sind. Auch für die Prüfung eines Fristsetzungs- oder Ablehnungsantrags ist es nicht ausgeschlossen, dass der Inhalt des Rechtsmittelakts für die Partei wichtig ist. Schließlich kann die Einsicht in die Urschrift auf ein Interesse gestützt werden, wenn etwa fraglich ist, ob die Ausfertigung mit der Urschrift übereinstimmt. Von der Beurteilung dieser Frage hängt nämlich ab, ob die Entscheidung mit einem Rechtsmittel zu bekämpfen oder ein Berichtigungsantrag zu stellen ist. Auch § 5 OGHG, wonach der Vorsitzende über das Recht auf Akteneinsicht allein entscheidet, spricht gegen einen kategorischen Ausschluss.²³⁹⁴

Nach 6 Ob 551/90 ist die Urschrift hingegen jedenfalls von der Akteneinsicht auszunehmen. Aus der Urschrift könnten sich nämlich im Hinblick auf mögliche Abänderungen, Streichungen und Ergänzungen des Entwurfs und ebenso das Vorhandensein oder Fehlen eines Abstimmungsvermerks weitreichende Rückschlüsse auf die Meinungsbildung im Senat und auf das Abstimmungsverhalten der einzelnen Senatsmitglieder ableiten lassen. Die Meinungsbildung im Senat soll aber auch gegenüber den Parteien geheim bleiben. Auch nach 1 Nd 30/94²³⁹⁵ stünden Abänderungen, Streichungen und Ergänzungen des ursprünglichen Entwurfs, der die Urschrift bildet, mit der konkreten Meinungsbildung im Senat bzw den vom Gesetz geheim zu haltenden Beratungen oder Abstimmungen im Zusammenhang, sodass diesbezüglich keine Akteneinsicht zu gewähren ist.²³⁹⁶

Diese Annahmen sind weder zwingend noch vermögen sie eine generelle Einschränkung der Akteneinsicht für Parteien zu rechtfertigen. Die Urschrift ist weder Entwurf noch Protokoll über Beratungen und Abstimmungen. Lediglich der darauf ersichtliche Abstimmungsvermerk ist zu verdecken und von der Einsicht auszunehmen. Wenn Anträge, Stellungnahmen und Äußerungen von Senatsmitgliedern tatsächlich in Zusammenhang mit der Meinungsbildung zu bringen sind, ist die Urschrift insoweit oder allenfalls zur Gänze von der Einsicht auszunehmen. Der Umstand, dass aus manchen Urschriften die Meinungsbildung abzuleiten ist, rechtfertigt nicht, Urschriften von der Akteneinsicht stets auszunehmen. Es liegen keine Gesichtspunkte aus datenschutzrechtlicher Sicht vor, die einen generellen Ausschluss der Akteneinsicht für Rechtsmittelakten rechtfertigen können. Der referierten Rechtsprechung ist nur insoweit zu folgen, als ein (evident!) rechtsmissbräuchlicher Antrag abzuweisen ist.²³⁹⁷

Jüngst stellte der OGH »ausgehend von der allgemeinen Anordnung des § 219 Abs 1 ZPO« klar, dass das Akteneinsichtsrecht den Rechtsmittelakt umfasst,²³⁹⁸ wobei

2394 Aus dieser Bestimmung ist auch nicht abzuleiten, dass damit (nur) die Akten der Vorinstanzen gemeint sind, zumal für die Akteneinsicht in diese Akten der OGH funktionell nicht zuständig wäre (7 Ob 235/01m).

2395 Vgl auch 1 Ob 151/01i.

2396 Vgl dazu auch *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 21.

2397 *Rassi* in FS-M. Schneider 423 f.

2398 6 Ob 153/15s.

sämtliche auf die Willensbildung des Senats, den Berichterstatter und die Abstimmung Rückschlüsse erlaubenden Aktenteile davon ausgenommen sind.

Wenngleich das Beratungsgeheimnis im Amtshaftungsprozess geschützt ist, wie- 727
wohl dort sonst weder das Organ noch die als Zeugen oder Sachverständige zu vernehmenden Personen zur Wahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet sind (§ 13 AHG),²³⁹⁹ geht der Schutz des Beratungs- und Abstimmungsgeheimnisses nicht so weit, dass es einem Senatsmitglied bei einer die Amtshaftung auslösenden Senatsentscheidung im Regressverfahren verwehrt wäre, auf sein Kontravotum hinzuweisen. Auch sonst ist anerkannt, dass ein zur Verschwiegenheit verpflichteter Geheimnisträger das Geheimnis (im unbedingt notwendigen Ausmaß) offenbaren darf, um Ansprüche durchzusetzen oder abzuwehren.²⁴⁰⁰

Der Überblick zeigt, dass der Gesetzgeber das Abstimmungs- und Beratungsgeheimnis auch gegenüber den Parteien schützt. Im Interesse der Willensbildung der unabhängigen Justiz hat damit *das Gericht mehr Einblick als die Parteien* und *volle Kenntnis* von jenen Umständen, die sich unmittelbar auf das Ergebnis des Verfahrens ausgewirkt haben (vor allem die Abstimmung im Senat). Allerdings ist das Abstimmungsgeheimnis nicht absolut geschützt. Das Geheimhaltungsinteresse muss den Informationsinteressen dann weichen, wenn diese höher zu bewerten sind. 728

B. Geheimhaltung der Adresse nach § 75a ZPO

Nach § 75a ZPO können Informationen, die dem Gericht und einer der Parteien 729
bekannt sind, der Gegenseite vorenthalten werden. Einer Partei ist es bei *schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen* möglich, in Schriftsätzen, aber auch im Rahmen ihres Vorbringens (§ 177 Abs 1 ZPO) oder bei der Parteienvernehmung (§§ 340 Abs 1 iVm 375 Abs 1 ZPO) von der Angabe ihres Wohnorts (gemeint: ihrer Anschrift, Adresse) abzusehen.²⁴⁰¹ Entsprechendes gilt nach § 76 Abs 2 ZPO, § 340 Abs 1 ZPO für die Angabe des Wohnorts eines Zeugen. Die Geheimhaltungsinteressen nach § 75a ZPO können sich dabei auf Art 8 EMRK stützen und genießen daher verfassungsrechtlichen Schutz.

Die Adresse ist in einem gesonderten Schriftsatz dem Gericht bekannt zu geben, von diesem unter Verschluss zu halten und geeignet zu verwahren.²⁴⁰² Das betrifft

2399 1 Nd 30/94.

2400 RIS-Justiz RS0127872.

2401 Diese Bestimmung gilt auch im Außerstreitverfahren (§ 10a AußStrG). Bereits zum alten AußStrG 1854 wurde eine mögliche Beschränkung des Akteneinsichtsrechts direkt aus Art 8 EMRK abgeleitet, sodass im Einzelfall bestimmte Aktenbestandteile von der Einsicht ausgenommen werden konnten. Vgl 1 Ob 109/021 (Anschrift des Dienstgebers der Mutter im Pflégenschaftsverfahren); RIS-Justiz RS0116604.

2402 Die Begriffe »unter Verschluss zu halten und geeignet zu verwahren« sind nach Auffassung des BMJ (BMJ-Pr13110/0056-Pr 1/2009) so zu verstehen, dass Aktenstücke, die geheim zu haltende

Originale von Aktenstücken, in denen die Anschrift ersichtlich ist, wobei eine für den Akt vorgesehene (und für den Gegner zugängliche) anonymisierte Abschrift herzustellen ist.²⁴⁰³ Auch im Urteil hat die Angabe des Wohnorts zu entfallen (§ 417 Abs 1 Z 2 ZPO). Durch die Pflicht zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten ist dafür gesorgt, dass Schriftstücke ungeachtet des geheim zu haltenen Wohnorts wirksam an die Partei zugestellt werden können und der Prozessführung ihres Gegners keine faktischen Schranken gesetzt werden.

730 § 75a versteht sich als Maßnahme zum Opferschutz, zB bei Vergewaltigung oder Stalking. Der Antragsteller hat dabei das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse (etwa bei Gefahr für Leben und Gesundheit, beharrlicher Verfolgung oder ähnlichen Eingriffen in die Privatsphäre²⁴⁰⁴) konkret zu behaupten und zu bescheinigen.²⁴⁰⁵ In diesem Fall verdrängt die Norm § 75 Z 1 ZPO, wonach jeder Schriftsatz ua die Wohnanschrift der Parteien als aussagekräftiges Individualisierungsmerkmal enthalten muss.²⁴⁰⁶

731 Nur bei einem *überwiegenden Interesse* der gegnerischen Partei darf sie die unter Verschluss gehaltene Adresse erfahren. Bei Gleichrangigkeit beider Interessen gehen die Geheimhaltungsinteressen daher vor. Darüber hinaus ist aus dem Wortlaut nicht ableitbar, wie die *Abwägung* der Geheimhaltungsinteressen mit den Informationsrechten zu erfolgen hat.

Die Materialien sprechen davon, dass das Gericht »immer unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände eine Interessensabwägung vorzunehmen hat.«²⁴⁰⁷ Eine derartige Interessensabwägung wird tendenziell dann *gegen* die Geheimhaltungsinteressen ausfallen, wenn die Anschrift zur effektiven Rechtsverfolgung oder -verteidigung des Gegners unabdingbar ist. IdR wird der Aufenthaltsort in keiner Beziehung zur Streitsache stehen, sodass die Problematik insoweit entschärft wird. Es wäre aber denkbar, dass die konkreten Wohnverhältnisse der Partei Auswirkungen auf deren verfahrensrechtliche und materielle rechtliche Stellung haben. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Fragen der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung innerhalb (Identifikation des Prozessgegners, materielle rechtliche Einreden wie Aufrechnung, verfahrensrechtliche Verteidigungen im Sinne der Waffengleich-

Angaben enthalten, einer Aufbewahrung in einem verschlossenen Kuvert (analog § 379 Abs 1 Geo) bedürfen. Im Fall einer Akteneinsicht seien sie in Anlehnung an § 170 Abs 2 Geo vom Gerichtsbediensteten aus dem Akt zu nehmen.

2403 Aufgrund der weitgehend elektronisch unterstützten Verfahrensführung muss auch für das elektronische Register vorgesorgt werden. In der Verfahrensautomation Justiz ist die Wohnanschrift – ähnlich wie bei der Inkognito-Adoption – auf »unbekannt« zu setzen (vgl die vom BMJ herausgegebene VJ-Info 29/2009 vom 28. 5. 2009).

2404 M. Roth/Egger, EF-Z 2009, 126.

2405 Nach einer Entscheidung des LG Wels (EF-Z 2011/48) reicht die bloße Behauptung eines solchen Interesses und die Bestätigung eines Frauenhauses, dass nur die Geheimhaltung des Wohnorts den Schutz der Antragstellerin und ihrer Kinder gewährleiste, dafür nicht aus.

2406 Vgl Konecny/Schneider in Fasching/Konecny³ § 75 ZPO Rz 9.

2407 IA 271/A 24. GP 29. IdS auch LGZ Wien EF-Z 2013/65; Gitschthaler in Rechberger/Klicka⁵ § 75a ZPO Rz 6.

heit zur Beweismittelgewinnung [...] und außerhalb (Gegenklage, Zwangsvollstreckung [...]) des Verfahrens.²⁴⁰⁸ In einer solchen Konstellation ist idR (aber nicht zwingend) das Informationsbedürfnis höher als das Geheimhaltungsinteresse zu bewerten, sofern nicht etwa mit geschwärzten Unterlagen das Auslangen gefunden werden kann. Zu denken ist zB an Fragen zur Verfahrenshilfe (Wohnkosten), an Voraussetzungen für Unterhaltsansprüche (zB bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft), an Konstellationen im Miet- (Eigenbedarf oder Wohnbedürfnis) oder Schadenersatzrecht (höhere Wohnkosten als Schadenersatz).

Die Regelung entspricht einem modernen Grundrechtsverständnis, weil sie die gegenseitigen Interessen im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör, effektiver Rechtsverfolgung und Geheimhaltungsinteressen berücksichtigt. Trotz der starken Betonung der Geheimhaltungsinteressen der von § 75a ZPO geschützten Personen, genießen diese keinen absoluten Schutz, sondern dürfen nur als Teil in eine *gegenseitige Abwägung widerstreitender Interessen* fließen. Der Parteiöffentlichkeit kommt idR dann Vorrang vor den Geheimhaltungsinteressen zu, wenn sonst die von Art 6 EMRK geschützte Rechtssphäre des Gegners (im Zusammenhang mit der Rechtsverfolgung oder -verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche) verletzt wäre. Außerhalb dieses Schutzbereichs (wenn die Informationen für die zu prüfenden Ansprüche also ohne Relevanz sind) hat wiederum der Schutz des Privatlebens des (mutmaßlichen) Opfers tendenziell Vorrang. Auch hier zeigt der Gesetzgeber, dass der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit *nicht unbeschränkt* gilt. Die Regelung ist insoweit aus Sicht des Art 6 EMRK wohl unproblematisch, weil sie einen nicht entscheidungsrelevanten Umstand betrifft und die Beschränkung der Parteiöffentlichkeit in der Regel dann nicht mehr gilt, wenn die Adresse entscheidungsrelevant wird. Selbst wenn das Informationsbedürfnis des Gegners die Geheimhaltungsinteressen nicht übersteigt, darf das Gericht eine geheim zu haltende Adresse bei der inhaltlichen Prüfung eines Antrags oder des geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruchs nicht verwerten, weil § 75a ZPO diesbezüglich kein *in camera*-Verfahren trägt.

732

C. Temporäre Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit

In mehreren Bereichen dokumentiert das Verfahrensrecht deutlich, dass die Parteiöffentlichkeit *zumindest temporär* eingeschränkt werden kann, um die Rechtsdurchsetzung nicht zu gefährden. Oben wurde zur Rechtsprechung des EGMR bereits das *Verfügungsverfahren* als Beispiel dafür angeführt, dass im Anwendungsbereich des Art 6 EMRK eine *Beschränkung* des rechtlichen Gehörs nicht ausgeschlossen ist, *um die Rechte der Gegenseite zu wahren*, was für das österreichische Provisorialverfahren

733

2408 IA 271/A 24. GP 28.

anerkannt ist (vgl Rz 401 ff). Ähnliches gilt für den hier vertretenen Ansatz, dass die Beteiligungsrechte des *Nebenintervenienten* in der ersten Phase *eingeschränkt* werden können, um ua einen Bruch eines Unternehmensgeheimnisses wegen eines missbräuchlichen Beitritts vorzubeugen (vgl Rz 695 ff).

734 Auch das europäische *Mahnverfahren* zeigt, dass der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit nicht unbeschränkt gilt. Der (dem österreichischen Mahnverfahren fremde) Verzicht des Antragstellers auf die Überleitung in das ordentliche Verfahren nach Art 7 Abs 4 EuMahnVO ist deshalb auf einer Anlage zum Antrag zu erklären, weil der Verzicht dem Antragsgegner zweckmäßigerweise nicht zur Kenntnis gebracht wird.²⁴⁰⁹ Die Anlage ist von der Akteneinsicht ausgenommen. Die EuMahnVO unterstützt damit einen Antragsteller, der nicht bereit ist, ein mit Kostenfolgen verbundenes kontradiktorisches Verfahren zu führen. Er kann somit mit der Nichteinlassung seines Gegners spekulieren. Erfährt der Gegner in einem solchen Fall vom Verzicht bereits vor dem Ablauf der Einspruchsfrist, würde dieser – ungeachtet seiner Prozesschancen – in vielen Fällen nur wegen des Verzichts einen Einspruch erheben. Dadurch würde man die dem Antragsteller durch die EuMahnVO eingeräumte Verzichtsmöglichkeit unterlaufen und ihn vor die Wahl stellen, *entweder* die Einleitung eines kontradiktorischen Verfahrens immer zu akzeptieren *oder* die Klagsführung zu unterlassen. Eine unbeschränkt gewährte Parteiöffentlichkeit würde hier letztendlich die von der Verordnung anerkannte (und die Gerichte entlastende) risikolose *Durchsetzung des Anspruchs gefährden*. Durch die Einschränkungen des gegnerischen Gehörs wird der Gehörsanspruch des Gegners nicht verletzt, weil sich Art 6 EMRK nur auf den gegen ihn erhobenen Anspruch, nicht aber auf prozesstaktische Erwägungen beziehen kann. Auch dieses Beispiel dokumentiert, dass die Parteiöffentlichkeit nicht unbeschränkt zu gewähren ist.

735 Nach verbreiteter Ansicht ist im Exekutionsverfahren das *Akteneinsichtsrecht des Verpflichteten* (und damit die Parteiöffentlichkeit) im ordentlichen Bewilligungsverfahren im Bereich der Fahrnisexekution wegen § 249 Abs 3 EO dahingehend eingeschränkt, dass bis zum Vollzug keine Einsicht gewährt werden darf.²⁴¹⁰ Eine derartige Einschränkung des Akteneinsichtsrechts ist zur Sicherung des Überraschungseffekts mit Blick auf die *effektive Rechtsdurchsetzung* jedenfalls vertretbar, zumal auch Letztere ihre Grundlage in Art 6 EMRK hat. Diese Wertung kann sich ebenfalls auch auf § 54b Abs 1 Z 5 EO stützen.

2409 *Kodek in Fasching/Konecny*², Art 7 EuMahnVO Rz 25. Vgl auch den Anhang I zur EuMahnVO; in den Erläut von Anlage 2 zum Formblatt wird festgehalten, dass »die Angaben in Anlage 2 dem Antragsgegner nicht mitgeteilt werden«.

2410 *Jakusch in Angst/Oberhammer*³ § 73 EO Rz 2; *Mohr in Angst/Oberhammer*³ § 249 EO Rz 54; *Rassi in Burgstaller/Deixler-Hübner* § 73 EO Rz 4; *Simotta*, ÖJZ 1993, 801; aA *Wisleitner*, RZ 1991, 273; LGZ Wien WR 68.

Zu einem temporären Ausschluss der Akteneinsicht kommt es auch im Fall der Abgabe von schriftlichen Angeboten bei der Versteigerung einer gemeinschaftlichen Liegenschaft (§ 352b Z 4 EO). Auch diese Beschränkung ist zur Sicherung eines möglichst hohen Anbots notwendig und gerechtfertigt. Auch im Bereich des Insolvenzverfahrens ist eine Einschränkung der Akteneinsicht im Interesse einer optimalen Unternehmensfortführung oder -verwertung oder bei einem Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Insolvenzverwalter denkbar.²⁴¹¹

Der temporäre Ausschluss der Parteiöffentlichkeit sichert die effektive Rechtsdurchsetzung des Gegners. Auch damit ist aufgezeigt, dass das rechtlichen Gehör einer der Parteien dann eingeschränkt werden kann, wenn die Interessen des Gegners höher zu bewerten sind.

736

D. Exkurs: Inkognitoadoption

Im Außerstreitverfahren ist die Akteneinsicht der Parteien im Bereich der Regelungen über die Inkognitoadoption eingeschränkt.²⁴¹² Es handelt sich hier um eine durchaus einschneidende Maßnahme, die über eine bloße temporäre Beschränkung hinausgeht. Bei der Inkognitoadoption wird die Annahme von den Vertragsteilen davon abhängig gemacht, dass alle oder einzelne Zustimmung- und Anhörungsberechtigten auf Mitteilung des Namens und des Wohnortes des Annehmenden und auf die Zustellung des Bewilligungsbeschlusses verzichten (§ 88 AußStrG). Es liegt auf der Hand, dass derjenige, der einen solchen Verzicht erklärt, sich des Rechtes auf Akteneinsicht begibt.²⁴¹³ Bei der Inkognitoadoption haben die leiblichen Verwandten des Wahlkinds keine Akteneinsicht in den Adoptionsakt.²⁴¹⁴ Im Hinblick auf Art 8 EMRK hat das Kind – nach dem Erreichen der Mündigkeit – das Recht auf Akteneinsicht (vgl § 52 Abs 1 und 2 PStG 2013),²⁴¹⁵ weshalb das Kindeswohl nicht gefährdet ist.²⁴¹⁶ Die *dauerhafte Beschränkung* der Akteneinsicht der übrigen Parteien erscheint gerade wegen Art 8 EMRK geboten. Dem Wahlkind kommt die zentrale Bedeutung im Verfahren zu, sodass es ihm obliegen sollte, Kontakt zu den leiblichen Eltern zu suchen und eine Verbindung dieser zu den Wahleltern herzustellen. Auch eine Güterabwägung nach Art 6 EMRK (Beeinträchtigung der Interessen von Jugendlichen) und der Umstand, dass der Verzicht der

737

²⁴¹¹ OLG Linz ZIK 1995, 193. Dazu auch *Riel*, Öffentlichkeit 194 mwN.

²⁴¹² Vgl dazu auch *Danzl*, Geo⁸ § 170 Anm 10 b.

²⁴¹³ Vgl JABl 1960/15; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 88 Rz 3; 7 Ob 514/92; RIS-Justiz RS0008594; LG Salzburg EFSlg 116.043.

²⁴¹⁴ *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 88 Rz 3; 7 Ob 514/92; 8 Ob 525/92; RIS-Justiz RS0008593; vgl auch LGZ Wien EFSlg 44.376 = RPFSlgA 1983/6412, 61 (keine Akteneinsicht des Scheinvaters, der den wahren Vater ausfindig machen will).

²⁴¹⁵ *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 88 Rz 1.

²⁴¹⁶ *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 88 Rz 3; 2 Ob 129/06v FamZ 2006/74 [*Zemanek*] = EF-Z 2007/57 [*Verschraegen*].

Eltern materielle Voraussetzung für die Inkognitooption ist, rechtfertigen die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit.²⁴¹⁷

Diese korrespondiert mit jener Rechtsprechung, wonach bereits das Wesen einer Inkognitooption eine (volks-)öffentliche Verhandlung ausschließt.²⁴¹⁸ Die dem zugrundeliegende Begründung, dass der Ausschluss vom österreichischen Vorbehalt gedeckt sei und daher nicht Art 6 EMRK widerspreche, greift freilich seit der *Eisenstecken*-Entscheidung des EGMR (vgl Rz 535) zu kurz. Im Ergebnis kann der Ausschluss freilich mit den Interessen von Jugendlichen bzw dem Schutz des Privatlebens der Prozessparteien begründet werden.²⁴¹⁹

E. Zwischenergebnis

738 Die Prozessordnung bietet bereits außerhalb des Beweisverfahrens mannigfaltige Beispiele für die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit. Zu einer solchen kann es dann kommen, wenn die Einschränkung erforderlich ist, *höherwertigen Interessen* zum Durchbruch zu verhelfen. Aus den Beispielen lässt sich wohl nicht ableiten, dass das Gericht Verfahrens- oder Beweisergebnisse unter Ausschluss der Parteien verwerten kann/darf. Die referierten Bestimmungen bieten daher keine Analogiebasis für eine Art *in camera*-Verfahren wegen zu schützender Unternehmensgeheimnisse. Allerdings dokumentieren sie die Unhaltbarkeit der These, dass das rechtliche Gehör *schrankenlos* zu gewähren sei, die Parteien etwa immer und überall über den Verfahrensstand unterrichtet werden müssen und ihnen stets die Gelegenheit gegeben werden muss, Einsicht in den Akt zu nehmen. Im Folgenden soll das eigentliche Beweisverfahren dahingehend beleuchtet werden, ob das von einer kooperativen, aber nicht beweisbelasteten Partei ins Verfahren eingeführte Unternehmensgeheimnis vor dem Gegner geschützt bleibt.

²⁴¹⁷ Spitzer in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 88 Rz 5.

²⁴¹⁸ 4 Ob 236/97b.

²⁴¹⁹ Zutreffend Spitzer in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 88 Rz 4.

IV. Bereits geltende Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit im Beweisverfahren²⁴²⁰

A. Urkundenbeweis

1. Einleitung

Auch im Beweisverfahren normiert das geltende Recht Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit, was für die Frage der prozessualen Kooperationspflichten besonders wichtig ist, weil diese besonders im Beweisverfahren aktuell werden. Wie bereits erwähnt wurde (Rz 718 ff) und hier noch gezeigt werden wird, erlauben es die bestehenden Regeln in der ZPO grundsätzlich nicht,²⁴²¹ dass das Gericht seiner Entscheidung Umstände zugrunde legt, von denen die Parteien keine nähere Kenntnis haben.

739

Zunächst soll der Urkundenbeweis beleuchtet und dabei insb untersucht werden, inwieweit allfällige Beschränkungen der Parteiöffentlichkeit zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen nutzbar gemacht werden können und geeignet sind, die Zumutbarkeit der prozessualen Kooperationspflicht zu erhöhen. Bei den einschlägigen Normen sind jene über die Vorlage durch den nicht beweisbelasteten Gegner des Beweisführers (§§ 303 ff ZPO)²⁴²² strikt von den Regeln über die Urkundenvorlage durch die beweisbelastete Partei (§§ 298 ff ZPO) zu unterscheiden. So ist vor allem die Normierung einer ausdrücklichen Vorlagepflicht für den Beweisführer entbehrlich, wird dieser ohnedies tendenziell danach trachten, Urkunden vorzulegen, die seinen Prozessstandpunkt stützen. Wengleich das hier zu untersuchende Spannungsfeld *Kooperationspflicht versus Geheimhaltung* bei einer Urkundenvorlage *durch den Beweisführer* somit nicht (direkt) vorhanden ist, soll die Prozessordnung zu diesem Aspekt skizziert werden, weil daraus auch für den Schutz von Geheimnissen der nicht beweisbelasteten Partei Wertungen abzuleiten sind. Im Gegensatz zur Urkundenvorlage des Gegners nimmt das Gesetz in § 298 ZPO nicht ausdrücklich auf die Geheimhaltungsinteressen im Allgemeinen oder Unternehmensgeheimnisse im Besonderen Rücksicht. Eine solche ausdrückliche Bezugnahme scheint bei der Vorlage durch den urkundeninnehabenden Beweisführer vordergründig gar nicht geboten, weil es dieser selbst in der Hand hat, ob er dem Prozessziel mit der Vorlage oder seinen Geheimhaltungsinteressen mit

740

2420 Vgl auch *Rassi*, ÖJZ 2014, 1043.

2421 Eine maßvolle Einschränkung der Parteiöffentlichkeit auch hinsichtlich entscheidungsrelevanter Umstände nach §§ 289a f ZPO wird in Rz 769 beschrieben. Auch bei der Vernehmung immuner Personen gilt entsprechendes (Rz 773 ff).

2422 Streng genommen ist die Vorlagepflicht des § 303 ZPO von der Beweislast unabhängig, sie wird aber insb dann relevant, wenn der Vorlagepflichtige nicht beweisbelastet ist und sich daher nicht veranlasst sieht, dem Beweisführer Material zu liefern.

der Nichtvorlage entsprechen will. Im Gegensatz zur Situation bei der Vorlage des (nicht beweisbelasteten) Prozessgegners überlässt die ZPO dem beweisbelasteten Inhaber der Urkunde die Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen und dem Erfüllen einer ihm obliegenden Beweislast. Allerdings schützt die noch zu beschreibende Norm des § 298 Abs 2 ZPO insoweit *auch* Geheimnisse des Beweisführers, als diese für den Prozess irrelevant sind. Der Beweisführer, der vor dem Dilemma steht, zwischen dem drohenden Prozessverlust und der Offenbarung eines Geheimnisses zu wählen, wird zumindest zum Teil durch § 298 Abs 2 ZPO entlastet. Gerade ein derartiger Schutz wäre für die nicht beweisbelastete Partei von großer Bedeutung und dazu geeignet, ihre Mitwirkung beträchtlich zu fördern. Das Verhältnis dieser Bestimmung zu den Vorlagepflichten bzw Weigerungsrechten des (nicht beweisbelasteten) Urkundeninhabers nach §§ 303 ff ZPO ist bislang aber nicht restlos geklärt. Es ist nicht zu übersehen, dass eine beschränkte Vorlagepflicht im Sinne des § 298 Abs 2 ZPO die Zumutbarkeit zur Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei erhöhen könnte, weshalb im Folgenden die (analoge?) Anwendbarkeit dieser Norm auf die Urkundenvorlagepflicht der nicht beweisbelasteten Partei geprüft werden soll.

2. Vorlage durch den Beweisführer

- 741 Nach § 298 Abs 2 ZPO hat das Gericht nach Prüfung einer ihm vom Beweisführer unzensuriert vorgelegten Urkunde, die sich auf verschiedene Rechtsverhältnisse bezieht, zu entscheiden, welche Stellen dieser Urkunde für den Streitgegenstand *relevant* und somit *dem Gegner vorzulegen* sind. Die übrigen (*nicht relevanten*) Stellen der Urkunden, von denen nur das Gericht und der vorlegende Beweisführer Kenntnis haben, bleiben *geheim* und sind von der *Akteneinsicht auszunehmen*.²⁴²³ Damit wird die Parteiöffentlichkeit eingeschränkt. Dabei stellen Rechtsprechung und Schrifttum aber nicht auf besondere Geheimhaltungsinteressen, sondern nur auf den Umstand ab, dass Teile der Urkunden für den Prozess nicht relevant sind.

Kodek unterscheidet etwa die Frage, ob der unmittelbare Anwendungsbereich des § 298 Abs 2 ZPO vorliegt (wenn sich also die Urkunde auf *verschiedene* Rechtsverhältnisse bezieht), von jener Konstellation, bei der sich die Urkunde nur auf *ein* Rechtsverhältnis bezieht. Nur für letzteren Fall fordert der genannte Autor das Vorliegen eines Verweigerungsgrunds nach § 305 ZPO, wobei § 298 Abs 2 ZPO dann analog anzuwenden sei.²⁴²⁴ Ähnliches ist aus den Ausführungen von *Rechberger* und *Klicka* abzuleiten.²⁴²⁵

2423 Auch die Akteneinsicht des Gegners muss deshalb eingeschränkt werden, damit der Zweck einer selektiven Vorlage damit nicht konterkariert werden kann. Das Einsichtsrecht des Gegners bezieht sich lediglich auf die nach § 298 Abs 2 ZPO »zensurierte« Variante der Urkunde.

2424 *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 298 ZPO Rz 5 f.

2425 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 298 ZPO Rz 1.

Der OGH betrachtet § 298 Abs 2 ZPO neben § 306 ZPO als eine der beiden Ausnahmen zur Grundregel des § 298 Abs 1 ZPO, wonach eine Urkunde Gericht *und* Gegner zur Gänze vorzulegen sei.²⁴²⁶ Auch aus dieser Entscheidung ist implizit abzuleiten, dass für eine Vorgangsweise nach § 298 Abs 2 ZPO besondere Geheimhaltungsinteressen nicht erforderlich sind, weist das Höchstgericht nämlich darauf hin, dass diese Norm »*nicht an die absolute oder relative Vorlagepflicht an [knüpft], sondern daran, ob der Inhalt der Urkunde nicht nur das streitgegenständliche Rechtsverhältnis betrifft und [deshalb] auch für die Entscheidung nicht relevante Passagen enthält.*« Missverständlich ist hier die Aussage, dass dem Gegner bei absoluter Vorlagepflicht die Einsicht in einen Teil einer Urkunde nach § 298 Abs 2 ZPO verweigert werden könne. Dabei übersieht der OGH, dass eine (absolute oder relative) Vorlagepflicht nur die Vorlage der nicht beweisbelasteten Partei nach §§ 303ff ZPO betrifft, bei der Vorlage durch den Beweisführer aber keine Rolle spielt.

In der Entscheidung 4 Ob 9/17b stellte der OGH klar, dass diese Norm den Urkundenbeweis betrifft und von ihr die Akteneinsicht hinsichtlich eines Sachverständigengutachtens nicht umfasst ist.

Demnach reicht es für eine Vorgangsweise nach § 298 Abs 2 ZPO aus, dass bei einer aus mehreren Teilen bestehenden Urkunde, die sich auf verschiedene Rechtsverhältnisse bezieht, der nicht vorzulegende Teil der Urkunde nicht streiterheblich ist. Damit müssten durch die Vorlage der gesamten Urkunde die Geheimhaltungsinteressen des Vorlegenden gar nicht berührt werden. Dem Inhaber der Urkunde wird es nach dieser Sichtweise daher außerhalb von allfälligen Geheimhaltungsinteressen ermöglicht, nur Teile seiner Urkunde vorzulegen, wobei sein Gegner dabei keine Möglichkeit hat, die Relevanz der angeblich belanglosen Teile zu prüfen.

742

Diese Ansicht entspricht dem Wortlaut der Norm. Die damit verbundene Einschränkung der Parteiöffentlichkeit ist auf den ersten Blick unproblematisch, weil nur die für den Streit belanglosen Teile ausgeschieden werden. Der Gegner des Vorlegenden ist durch die Nichtberücksichtigung belangloser Urkundenteile grundsätzlich nicht beschwert, weil der diesbezügliche Inhalt im wechselseitigen Vorbringen ohnedies keine Grundlage hat (haben kann) und eine Verwertung der ausgeschlossenen Teile schon deshalb nicht in Betracht kommt. Eine Urkunde ist für den Streit nur insoweit von Belang, als deren Inhalt zur Begründung des Klagsanspruchs oder zur Untermauerung von Einwendungen thematisiert wurde.²⁴²⁷ *Prima vista* verstößt diese Auslegung des § 298 ZPO daher nicht gegen das (grundsätzliche) Verbot, die Entscheidung auf geheime Beweisergebnisse zu stützen. Nur wenn das Gericht seine Entscheidung auf diese Teile der Urkunde stützt, hätte dies wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs die Nichtigkeit der Entscheidung iSd § 477 Abs 1 Z 4 ZPO zur Folge.²⁴²⁸

743

2426 3 Ob 28/11f.

2427 3 Ob 28/11f.

2428 RIS-Justiz RS0117067.

- 744 Dennoch ergibt sich hier ein nicht unbedenkliches Spannungsfeld zum *Recht auf Gehör*. Die Rechtsposition des Gegners kann im Ergebnis nämlich dann beeinträchtigt werden, wenn das erkennende Gericht übersehen hat, dass die unterschiedlichen Teile den Beweiswert der »Resturkunde« schwächen könnten, die angenommene Belanglosigkeit somit gar nicht vorliegt. Zudem kann es vorkommen, dass die Relevanz der nicht vorgelegten Teile der Urkunde vom Gericht übersehen wird. Eine derartige Verletzung des § 298 Abs 2 ZPO kann der Gegner aber weder selbst überprüfen noch aufzeigen oder bekämpfen (vgl § 319 Abs 1 ZPO).²⁴²⁹ Dieser Rechtsmittelausschluss greift auf die Endentscheidung durch.²⁴³⁰ Verfügungen nach § 298 ZPO können nicht im Rahmen einer im Zuge der Endentscheidung erhobenen Mängelrüge überprüft werden.²⁴³¹
- 745 Dem Gegner ist es in einem solchen Fall faktisch und rechtlich verwehrt, einzuwenden, dass die vorgelegten entscheidungsrelevanten Teile der Urkunde durch den restlichen Teil der Urkunde relativiert oder widerlegt werden. Dieser Umstand ist problematisch und steht im Spannungsfeld zum System der ZPO, wonach die Entscheidungsgrundlage des Gerichts für die Parteien offen, nachvollziehbar und grundsätzlich im Instanzenzug überprüfbar sein muss. Das ist im Fall der Verweh- rung der Einsicht in Urkundenteile im Sinne des § 298 ZPO insoweit aber nicht der Fall, weil der Gegner weder selbst beurteilen noch (durch Dritte) überprüfen lassen kann, ob die ausgeschlossenen Urkundenteile tatsächlich entscheidungsrelevant sind oder nicht. Gegenüber dieser nicht unmaßgeblichen Einschränkung des rechtlichen Gehörs erscheint es daher zu weitgehend, wenn man an starrer Orientierung an den Wortlaut *ausschließlich* auf die Relevanz der auszuscheidenden Teile abstellt.
- 746 Der *Ausschluss* des Gegners von der Einsichtnahme in die nicht beweis- erheblichen Teile bedeutet bei verfassungskonformer Auslegung der Bestimmung nur dann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, wenn der Ausschluss durch ent- sprechend *gewichtige Interessen des Vorlegenden* gerechtfertigt werden kann. Nach richtiger Ansicht setzt es ein mit Geheimhaltungsinteressen vergleichbarer Normzweck voraus, dass sich der Beweisführer auch abseits von nachvollziehbaren Geheim- haltungsinteressen auf eine selektive Urkundenvorlage berufen kann. Als *ratio legis* ab- seits von Geheimhaltungsinteressen könnte aber nur der Umstand herangezogen werden, dass damit eine Überfrachtung des Akts mit unwesentlichen Bestandteilen verhindert werden soll. Das korrespondiert zwar mit der Regel des § 289 Abs 1 ZPO, wonach »unangemessene Fragen« an die Zeugen und Sachverständigen vom Ge- richt zurückzuweisen sind, weil darunter jene zu verstehen sind, die für die Streit- sache nicht relevant sind. Das Verfahren soll rasch durchgeführt werden, die aufge- nommenen Beweise sollen sich daher auf den notwendigen Umfang beschränken.

2429 3 Ob 28/11f; 4 Ob 9/17b.

2430 *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 319 ZPO Rz 3.

2431 *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 319 ZPO Rz 3.

Ein solcher Aspekt kann zwar die selektive Vorlage (vor allem) von umfangreichen Urkunden rechtfertigen, wohl kaum aber einen damit zwingend verbundenen Ausschluss des rechtlichen Gehörs des Gegners. Es wäre daher verfehlt, § 298 Abs 2 ZPO völlig losgelöst vom Geheimnisschutz iwS zu sehen.

Neben den von § 305 ZPO umfassten Konstellationen, bei denen die Aufklärungsinteressen der beweisbelasteten Partei den *Geheimhaltungsinteressen* der gegnerischen und *nicht beweisbelasteten Partei* gegenüberstehen, kommt es in der Praxis oft vor, dass Geheimhaltungsinteressen der *beweisbelasteten Partei* durch eine unbeschränkte Vorlage ihrer Urkunden tangiert wären. Durch § 298 Abs 2 ZPO wird nun der vorlegende Beweisführer vor der Preisgabe von Geheimnissen geschützt, die sein Gegner im Verfahren sonst »beiläufig« erfahren würde. Der Beweisführer soll wohl nicht deshalb gezwungen werden, die Urkundenvorlage *zur Gänze* zu unterlassen, nur um Nichtrelevantes vor einer Einsichtnahme seines Gegners zu schützen. Ein solcher Schutz ist aber nur dann erforderlich, wenn die Einsichtnahme des Gegners anerkannte Geheimhaltungsinteressen berührt. Eine verfassungskonforme Interpretation des § 298 Abs 2 ZPO rechtfertigt einen selektiven Ausschluss des Gegners aber nicht schon bei bloßer Irrelevanz der auszuschließenden Passagen, sondern erst dann, wenn der Vorlegende Geheimhaltungsinteressen behaupten und bescheinigen kann. Erst dadurch ist im Anwendungsbereich des § 298 Abs 2 ZPO eine maßvolle Einschränkung der Parteiöffentlichkeit gerechtfertigt.²⁴³² Damit trägt die Norm indirekt dazu bei, Urkunden mit Unternehmensgeheimnissen geschützt in das Verfahren einzuführen (ohne dass die vertraulichen Umstände dabei vom Gericht zu verwerten wären).²⁴³³

Die hier vertretene Meinung deckt sich mit der Fragenbeantwortung des Justizministeriums zur ZPO. Diese erklärt den Anwendungsbereich des § 298 Abs 2 ZPO beispielhaft dahin, dass die Urkunde »*Erklärungen über Familien- oder Privatangelegenheiten enthält, die zu dem Rechtsverhältnisse, das den Gegenstand des Streites bildet, in keinerlei Beziehung stehen*«. In einem solchen Fall könne »*auch*« die Beschränkung der Vorlage auf relevante Stellen angeordnet werden.²⁴³⁴ Nur diese Bezugnahme auf die erwähnten Geheimhaltungsinteressen iwS erklärt den Sinn der Norm und bildet eine mögliche Rechtfertigung für die oben beschriebene Beschränkung des rechtlichen Gehörs, die einen Ausschluss des Akteneinsichtsrechts umfasst. Der

2432 Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass der Gegner ohnedies kein begründetes Interesse an der Kenntnis prozessirrelevanter Informationen hat. Bei § 298 ZPO geht es nicht nur um den Ausschluss irrelevanter Umstände, sondern auch um den Klärungsvorgang, ob tatsächlich im ausgenommenen Urkundeninhalt Unwesentliches steht. Das Gesetz schließt den Gegner von diesem Klärungsvorgang aus, was sich aber nur rechtfertigen lässt, wenn schützenswerte Umstände des Urkundeninhabers auf dem Spiel stehen.

2433 Ähnlich *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 298 ZPO Rz 7/2 unter Bezugnahme auf die Rohfassung dieser Arbeit.

2434 Verordnung des Justizministeriums vom 3.12.1897 (Fragebeantwortung) JMVBl 1897/44, 59.

Umstand, dass im Fall des § 298 Abs 2 ZPO die geschützten Tatsachen »nur« irrelevanten Umstände betreffen, nimmt der Norm nicht die Bedeutung für den Geheimnisschutz. Zu bedenken ist, dass die Geheimhaltungsproblematik in vielen Bereichen bereits deutlich entschärft werden kann, selbst wenn nur jene Fakten geschützt werden, die für das Verfahren keine Bedeutung haben.

749 Nach einer gebotenen »datenschutzfreundlichen« Auslegung der Verfahrensgesetze ist § 298 Abs 2 ZPO für *Akten* anzuwenden und entschärft damit Spannungen zu Geheimhaltungsinteressen und zum Datenschutz bei der Akteneinsicht (Rz 678), aber auch im Bereich der Aktenübersendung bzw Rechtshilfe (Rz 707).²⁴³⁵

3. Vorlage durch den Gegner des Beweisführers

750 § 306 ZPO ermöglicht es dem vorlagepflichtigen (und nicht beweisbelasteten) Gegner des Beweisführers, nur einen beglaubigten Auszug der Urkunde vorzulegen, wenn sich ein in § 305 ZPO angeführter Weigerungsgrund nur auf einen Teil der Urkunde bezieht. Die Regel beugt einer umfassenden Weigerung vor. Liegt demnach einer der in § 305 ZPO genannten Weigerungsgründe nur hinsichtlich eines *Teils der Urkunde* vor, so darf die Vorlage der *ganzen Urkunde* nicht verweigert werden. Eine unbedingte Urkundenvorlagepflicht nach § 304 ZPO schließt freilich eine Vorgangsweise nach §§ 305 oder 306 ZPO aus und verdrängt somit die Geheimhaltungsinteressen des Gegners.²⁴³⁶

751 § 306 ZPO kann durchaus als gelungenes Beispiel betrachtet werden, das Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungsinteressen und Informationsbedürfnissen zu entschärfen. Die vom Gesetz gewählte Lösung erscheint ausgewogen und in der Praxis gangbar. Sie vermittelt zwischen den Extrempositionen Nichtvorlage und Vorlage der gesamten Urkunde und berücksichtigt damit sowohl die Interessen des Beweisführers als auch des Inhabers der Urkunde. Auch die Regel des § 306 ZPO deckt aber keine Verwertung des »geschwärzten« Teils der Urkunde.

752 Es stellt sich im Bereich des § 306 ZPO die Frage, ob und in welcher Weise der Beweisführer hinterfragen und prüfen (lassen) kann, dass die in § 305 ZPO erwähnten Geheimhaltungsinteressen tatsächlich vorliegen und die Urkunde daher zu Recht nur auszugsweise vorgelegt wird oder ob hier die Parteiöffentlichkeit eingeschränkt ist.

753 In Teilen des Schrifttums zu § 306 ZPO wird vertreten, dass hier – im Gegensatz zu § 298 Abs 2 ZPO – dem Gericht die gesamte Urkunde nicht vorgelegt werden müsse.²⁴³⁷ Dem ist nicht zuzustimmen, wobei dabei auf die Fragebeantwortung zu

2435 *Rassi* in FS-M. Schneider 425 f.

2436 3 Ob 28/11 f.

2437 *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 306 ZPO Rz 1, der diese Auffassung unter Bezugnahme auf die Rohfassung dieser Arbeit allerdings als »freilich nicht unbestritten« qualifiziert (aaO Rz 1/2).

§ 306 ZPO zu verweisen ist: Demnach hat in einem solchen Fall das Gericht kraft seiner Befugnis nach § 183 Z 2 ZPO dem Vorlagepflichtigen aufzutragen, die Urkunde (nur) *dem Gericht zur Prüfung* des geltend gemachten Weigerungsgrundes *vorzulegen*. Auch im Bereich des § 306 ZPO kann es daher in letzter Konsequenz dazu kommen, dass nur das Gericht zur Prüfung des geltend gemachten Weigerungsrechts Einsicht in die gesamte Urkunde nehmen muss.²⁴³⁸ Auch aus § 307 Abs 1 ZPO ergibt sich, dass das Gericht hier die *Erheblichkeit* und den *Weigerungsgrund* umfassend zu prüfen hat. Kommt das Gericht zum Ergebnis, dass keine Weigerungsgründe vorliegen, hat es dem Inhaber die vollständige Vorlage aufzutragen; im gegenteiligen Fall ist die auszugsweise Vorlage anzuordnen. Bei dieser Prüfung ist dem Beweisführer keine Einsicht in die Urkunde zu gewähren!²⁴³⁹

Wenngleich die hier beschriebene *Filterfunktion des Gerichts* und der damit verbundene *Ausschluss des Gegners* nicht ausdrücklich in §§ 303 ff ZPO angeordnet sind, wäre eine andere Vorgangsweise weder praktikabel noch vom Gesetz gewollt. Hätte der Beweisführer bereits vor der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung des Gegners volle Einsicht in die strittige Urkunde, wäre eine Entscheidung, die in der Folge das Weigerungsrecht bejaht, zwecklos. § 306 ZPO setzt bei der Prüfung des Weigerungsrechts somit den Ausschluss des Beweisführers stillschweigend voraus. Ohne diesen Ausschluss kann das Weigerungsrecht (des Urkundeninhabers) nicht effizient geprüft werden.

Diese Wertung deckt die oben vertretene Meinung (vgl Rz 746), dass der in § 298 Abs 2 ZPO angeordnete Ausschluss des Gegners nur im Zusammenhang mit der Wahrung von Geheimhaltungsinteressen des Beweisführers Sinn macht. Wie im Fall des § 298 Abs 2 ZPO rechtfertigt § 306 ZPO die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine selektive Vorlage einer Urkunde, wenn diese durch einen anerkannten Weigerungsgrund gerechtfertigt wird. Gerade *deshalb* soll (muss) der Gegner ausgeschlossen werden.²⁴⁴⁰ Damit strahlt die primär im Zusammenhang mit der Vorlage durch den Beweisführer in § 298 Abs 2 ZPO angeordnete Einschränkung der Parteiöffentlichkeit auch auf die Problematik der hier relevanten Frage der Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei aus.

Der einzige inhaltliche, entscheidende Unterschied zwischen §§ 306 und 298 ZPO liegt darin, dass der Beweisführer nach § 298 Abs 2 ZPO *nur* dann selektiv vorlegen darf, wenn der nicht vorgelegte Teil keine Relevanz für den Streit hat, während der vorlagepflichtige (und nicht beweisbelastete) Gegner die Urkunde dann nicht zur

2438 Verordnung des Justizministeriums vom 3.12.1897 (Fragebeantwortung) JMVB 1897/44, 60.

2439 In diesem Sinne auch *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 306 ZPO Rz 3, der damit seine Ansicht in Rz 1 abschwächt, wonach im Fall des § 306 ZPO, im Gegensatz zu § 298 Abs 2 ZPO, das Gericht nicht Kenntnis vom Inhalt der gesamten Urkunde erlangt.

2440 Diese Parallele zu § 298 Abs 2 ZPO wird auch dadurch nicht relativiert, dass das Pendant zu § 298 Abs 2 ZPO in erster Linie § 303 Abs 1 ZPO ist, wonach nur erhebliche Urkunden vorzulegen sind.

Gänze vorlegen muss, wenn der zensurierte Teil für den Prozess erheblich wäre. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Geheimsphäre des Beweisführers nach § 298 Abs 2 ZPO in einem geringeren Ausmaß als beim vorlagepflichtigen Gegner nach § 306 ZPO geschützt ist. Der geschilderte Unterschied liegt vielmehr in den *strukturellen Differenzen* einer Vorlage durch den *Beweisführer* gegenüber einer Vorlage des *nicht beweisbelasteten Gegners* begründet, weil Letzterer bei einer unbedingten Vorlagepflicht jedenfalls vorlegen muss und sich nicht auf § 306 ZPO beziehen kann; seine Geheimhaltungsinteressen werden dann verdrängt. Beim innehabenden *Beweisführer* kommt aber eine *unbedingte Vorlagepflicht* gar nicht in Betracht. Ihm bleibt es daher überlassen, seine Geheimhaltungsinteressen mit dem Erfordernis einer erfolgreichen Prozessführung abzuwägen. Zudem müsste eine unbedingte (und bedingte) Vorlagepflicht von Urkunden daran anknüpfen, dass die Urkunde für die Beweisführung erheblich ist, was aber im Fall des § 298 Abs 2 ZPO für die nicht relevanten Passagen auszuschließen ist.

- 756 Aus § 306 ZPO lässt sich – ebenso wie aus § 298 Abs 2 ZPO – zwar nicht ableiten, dass Urkundenteile, die dem Gegner nicht offenstehen, im Verfahren und im Urteil inhaltlich *verwertet* werden dürfen. Die genannten Normen rechtfertigen aber immerhin die Einschränkung des rechtlichen Gehörs in einem Zwischenverfahren, nämlich bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine selektive Vorlage einer Urkunde, wenn ein anerkannter Weigerungsgrund vorliegt (somit auch bei einem Unternehmensgeheimnis).^{2441, 2442} Die Parteiöffentlichkeit kann in einem solchen Fall durchaus beschränkt werden. Damit muss die zur Geheimhaltung verpflichtete Partei nicht befürchten, dass die Gegenpartei oder Dritte vom vertraulichen Inhalt der von ihr eingeführten Urkunden erfahren. Die prozessuale Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei wird durch dieses Verständnis gefördert und ihr zumutbar gemacht. Ihre Unternehmensgeheimnisse bleiben für das Verfahren geschützt, ohne dass der Beweisführer wegen Ausschlusses von der Resturkunde in Beweisnot gerät.

4. Vorlage von Handelsbüchern

- 757 Handelsbücher können im Zivilprozess eine wichtige Rolle einnehmen. Mit der Beweisführung von Handelsbüchern sind sehr oft Unternehmensgeheimnisse betroffen, weshalb im Folgenden die prozessualen Sonderbestimmungen der §§ 213 ff UGB analysiert werden sollen, zumal sich daraus interessante Erkenntnisse im Zusam-

²⁴⁴¹ Dagegen ließe sich ein Verstoß gegen Art 6 EMRK einwenden, wenn der Betroffene in der »Filterfrage« nicht einmal durch eine Vertrauensperson beteiligt wird. Dem ist aber die hier mögliche verfassungskonforme Interpretation der Norm entgegenzuhalten, dass ein Ausschluss nur dann möglich ist, wenn der ausgeschlossene Inhalt unter besonderem Schutz steht (etwa bei einem Unternehmensgeheimnis). Im Zusammenhang mit dem Umstand, dass »nur« Irrelevantes ausgeschlossen werden soll, erscheint die Rechtslage verfassungskonform.

²⁴⁴² Vgl auch *Konecny/Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 82 ZPO Rz 2, die § 298 ZPO auch bei der Vorlagepflicht nach § 82 ZPO anwendbar halten.

menhang mit der vertraulichen Behandlung von Urkunden und der möglichen Einschränkung der Parteiöffentlichkeit gewinnen lassen.²⁴⁴³

Nach § 214 UGB hat das Gericht unter Zuziehung der Parteien Einsicht in Bücher zu nehmen, wenn diese in einem Zivilprozess vorgelegt werden, soweit sie den Streitpunkt betreffen.²⁴⁴⁴ Geeignetenfalls ist davon ein Auszug anzufertigen. Diese Form der Urkundenbeischaffung kann amtswegig geschehen, ein Antrag ist daher nicht erforderlich (§ 213 UGB).²⁴⁴⁵ Ein entsprechender Vorlageauftrag ist von allfälligen (sonstigen) Vorlagepflichten der Parteien²⁴⁴⁶ und der Beweislast unabhängig.²⁴⁴⁷ Ein Vorlageauftrag kann auch dann erteilt werden, wenn sich beide Parteien dagegen ausgesprochen haben.²⁴⁴⁸ Insoweit wird § 183 Abs 2 ZPO verdrängt.²⁴⁴⁹ Es reicht aus, wenn das Gericht überzeugt ist, dass die Eintragungen (oder das Fehlen bestimmter Eintragungen) in den Büchern zu einer im Einzelnen dargelegten, streitigen und prozesserheblichen Parteienbehauptung eine Aufklärung ergeben können.²⁴⁵⁰ § 213 UGB ist ein weiteres Beispiel dafür, dass die nicht beweisbelastete Partei verpflichtet ist, an der Aufklärung des Sachverhalts²⁴⁵¹ mitzuwirken.²⁴⁵²

758

2443 Es mag überraschen, dass hier das UGB prozessuale Vorlagepflichten regelt. Diese »dislozierte« Anordnung des Gesetzgebers ist wohl ein Grund, dass diese Normen in der Zivilprozesslehre eher stiefmütterlich behandelt wurden. Vgl. jüngst allerdings die Darstellung bei Riss, Gemeinschaftlichkeit 231 ff.

2444 Der Begriff der Bücher umfasst auch Buchungsbelege, weil es ohne diese oft schwer möglich ist, die Bücher zu prüfen, vgl. *H.Torggler/U.Torggler in Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 2a; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 15.

2445 *Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*⁵ § 301 ZPO Rz 4. Bücher werden deshalb auch als richterliches Beweismittel qualifiziert, vgl. *H.Torggler/U.Torggler in Straube*, HGB online § 213 HGB Rz 1b mwN; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 6.

2446 *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 2, 8 und 21 vertritt unter Hinweis auf die Materialien zum HGB die Ansicht, dass es sich um eine unbedingte Vorlagepflicht unabhängig von § 304 ZPO handle. Riss erachtet in der Vorlagepflicht nach § 213 UGB keinen zusätzlichen, neben § 304 ZPO tretenden Tatbestand, sondern einen Sonderfall der gemeinschaftlichen Urkunde, in dem sich die Vorlagepflicht zudem auf ein besonderes öffentliches Interesse gründen müsse (vgl. Riss, Gemeinschaftlichkeit 232 ff).

Für die nicht beweisbelastete Partei haben die unterschiedlichen Standpunkte keine Auswirkung, eine Verweigerung kommt nicht in Betracht.

2447 *H. Torggler/U. Torggler in Straube*, HGB online § 213 HGB Rz 1b mwN; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 6.

2448 *H.Torggler/U.Torggler in Straube*, HGB online § 213 HGB Rz 2a; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 6 und 10.

2449 *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 7: »Gegenausnahme«. Für Riss (Gemeinschaftlichkeit 235) erklärt sich diese Abweichung auch damit, dass sich die unternehmensrechtlichen Buchführungs- und Aufbewahrungsfristen auch auf öffentliche Interessen zurückführen ließen, sodass die Verschärfung der prozessualen Mitwirkung völlig konsequent sei.

2450 *H. Torggler/U. Torggler in Straube*, HGB online § 213 HGB Rz 2b; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 11 mwN.

2451 Vgl. Riss, Gemeinschaftlichkeit 234 [»prozessuale Zielsetzung der Wahrheitserforschung«].

2452 Die Vorlage darf freilich nicht deshalb angeordnet werden, um einer Partei die Aufstellung oder Ergänzung ihrer Behauptungen zu ermöglichen, vgl. *H.Torggler/U.Torggler in Straube*, HGB online § 213 HGB Rz 2b; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 11 mwN.

- 759 Mit § 214 UGB werden freilich auch die *Geheimhaltungsinteressen* des Buchführungspflichtigen geschützt, weil die *Parteiöffentlichkeit* auf die streiterheblichen Stellen der Bücher *beschränkt* wird,²⁴⁵³ was damit an § 298 Abs 2 ZPO erinnert. Nach § 214 Satz 2 UGB ist der übrige Inhalt der Bücher dem Gericht nämlich nur insoweit offenzulegen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig ist.²⁴⁵⁴
- 760 Im Zusammenhang mit Satz 1 (arg »unter Zuziehung der Parteien«) ergibt sich, dass die Parteien bei der Prüfung des »übrigen Inhalts« der Bücher ausgeschlossen sind.²⁴⁵⁵ Es handelt sich somit um eine Art *geheimes Zwischenverfahren*, wobei das Gericht als Filter fungiert. Mit diesem Ausschluss der Parteiöffentlichkeit wird verhindert, dass die Einsicht für einen weitergehenden Einblick in die geschäftlichen Verhältnisse (etwa zur missbräuchlichen Erlangung von Geschäftsgeheimnissen) ausgenützt wird, als es der Beweiszweck erfordert.²⁴⁵⁶ Insb soll die Vorlage nicht zu Erkundungen führen, die von den Parteienbehauptungen nicht gedeckt sind.²⁴⁵⁷
- 761 § 214 Satz 2 UGB ist mit § 298 Abs 2 ZPO nur bedingt vergleichbar. Zwar betrifft der »übrige Inhalt der Bücher« nicht den eigentlichen Streitpunkt (vgl Satz 1). Allerdings beschränkt sich die Tätigkeit des Gerichts nicht – wie im Bereich des § 298 Abs 2 ZPO – darauf, den relevanten (und offenzulegenden) vom irrelevanten (und geheim zu verbleibenden) Teil der Bücher zu trennen. Vielmehr hat sich das Gericht (zunächst ohne Parteien) über den konkreten Beweiswert der Bücher Klarheit zu verschaffen.²⁴⁵⁸ Im Anschluss muss es über die Notwendigkeit und das Ausmaß der Offenlegung der verschlossenen Bücher nach pflichtgebundenem Ermessen entscheiden.²⁴⁵⁹ Dabei hat es eine *Interessensabwägung* vorzunehmen, wobei die *Geheimhaltungsinteressen* den *Informationsinteressen* gegenüberzustellen sind.²⁴⁶⁰
- 762 Entscheidend ist, ob nach einer vorläufigen Würdigung der (offengelegten) streiterheblichen Stellen Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Bücher bestehen und welche Teile der bislang noch nicht offengelegten Bücher Aufschluss über die Berechtigung dieser Zweifel geben können.²⁴⁶¹ Die unter *Ausschluss der Parteien*

2453 *Motal* in *Zib/Dellinger* § 215 UGB Rz 8.

2454 Für den Inhaber der Bücher besteht die Möglichkeit, sich eine Bestätigung über die gesetzmäßige Beschaffenheit der Bücher im Verfahren außer Streitsachen zu besorgen (vgl § 120a JN); vgl *H.Torggler/U.Torggler* in *Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 2a (mit zutreffendem Hinweis auf die geringe praktische Relevanz).

2455 *H. Torggler/U. Torggler* in *Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 2a.

2456 *Schumacher*, ÖBl 1988, 96; *H. Torggler/U. Torggler* in *Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 1.

2457 *Jabornegg* in HBA³ § 214 HGB Rz 1; *H. Torggler/U. Torggler* in *Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 1.

2458 *Motal* in *Zib/Dellinger* § 214 UGB Rz 10; *H. Torggler/U. Torggler* in *Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 2a; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*³ § 214 UGB Rz 7.

2459 *Jabornegg* HBA³ § 214 HGB Rz 13; *Motal* in *Zib/Dellinger* § 214 UGB Rz 10; *H. Torggler/U. Torggler* in *Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 2a.

2460 *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 19.

2461 *H. Torggler/U. Torggler* in *Straube*, HGB online § 214 HGB Rz 2a; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*³ § 214 UGB Rz 7.

vorzunehmende Prüfung ist somit auf die ordnungsgemäße Führung der Bücher beschränkt. *Nur das Gericht* darf sich von der Ordnungsmäßigkeit der Buchführung überzeugen. Ist diese zu bejahen, darf das Gericht die Offenlegung nicht anordnen, selbst wenn es streiterhebliche Umstände erkannt hat.

Die Einsichtsmöglichkeiten der Parteien sind nach § 215 UGB in »Vermögensauseinandersetzungen, insb in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- und Gesellschaftsteilungssachen«²⁴⁶² erweitert. Hier ist die Anordnung der Vorlage der Bücher zur Kenntnisnahme von ihrem ganzen Inhalt möglich.²⁴⁶³ Während das Gesetz in § 214 UGB darauf Rücksicht nimmt, dass eine Vorlage der gesamten Bücher *unverhältnismäßig* erscheint, wenn es nur um die Klärung einzelner Fragen geht, weshalb nach dieser Bestimmung iVm § 213 UGB die Vorlage der Bücher vom Gericht nur teilweise zur Einsichtnahme in einzelne Stellen angeordnet werden kann,²⁴⁶⁴ hat § 215 UGB wiederum vor Augen, dass die dort genannten Vermögensangelegenheiten vielschichtig sind und eine punktuelle Vorlage von Büchern kaum den Streitpunkt abdeckt. Diese Bestimmung verlangt, dass ein (rechnungsflegungspflichtiges) Unternehmen zum Gegenstand der Auseinandersetzung gehört.²⁴⁶⁵

Die relativ offene Formulierung der §§ 214, 215 UGB ermöglicht dem Gericht eine sinnvolle *Abwägung* der *Geheimhaltungsinteressen* einer Partei mit dem *Informationsbedürfnis* der anderen Partei. Die damit verbundene maßvolle Einschränkung der Parteiöffentlichkeit ist im Ergebnis schon deshalb aus der Sicht des Art 6 EMRK unproblematisch, weil streiterhebliche Aspekte ohne Gewährung der Parteiöffentlichkeit vom Gericht nicht allein berücksichtigt bzw verwertet werden dürfen und der Ausschluss der übrigen Teile idR durch ein Unternehmensgeheimnis gerechtfertigt werden kann. Die *Parteiöffentlichkeit* bei der Prüfung der Bücher wird damit an die *Relevanz* des Buchinhalts für den Streitgegenstand geknüpft.²⁴⁶⁶ Die Bestimmungen fügen sich in das geltende zivilprozessuale Regelwerk. Sie zeigen die zulässigen Grenzen der Parteiöffentlichkeit und des rechtlichen Gehörs auf und dokumentieren den Vorrang der *materiellen Wahrheitsforschung* gegenüber einem *absoluten Geheimnisschutz*.²⁴⁶⁷ Aus §§ 214f UGB ergibt sich somit eine zulässige Einschränkung der Parteiöffentlichkeit,²⁴⁶⁸ indem der Gesetzgeber hier ein

2462 Denkbar sind aber auch Auseinandersetzungen infolge eines Leibrentenvertrags oder der Schenkung eines Vermögens, vgl *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 215 UGB Rz 7 mwN.

2463 *Jabornegg in HBA*³ § 215 HGB Rz 5ff; *Motal in Zib/Dellinger* § 215 UGB Rz 2; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 215 UGB Rz 7.

2464 *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 215 UGB Rz 1.

2465 *Motal in Zib/Dellinger* § 215 UGB Rz 3; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 215 UGB Rz 7.

2466 *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 214 UGB Rz 6 und § 215 UGB Rz 11.

2467 *H. Torggler/U. Torggler in Straube*, HGB online § 213 HGB Rz 1b; *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*³ § 213 UGB Rz 6.

2468 Freilich darf nicht übersehen werden, dass die Bestimmungen des UGB die Vorschriften der ZPO über die Verpflichtung des Prozessgegners zur Vorlage von Urkunden unberührt lassen

geheimes Zwischenverfahren anordnet, das nicht die eigentliche Entscheidungsgrundlage betrifft, sondern bei dem das Gericht die Frage allein zu klären hat, ob geheime Umstände ins Verfahren einfließen sollen.

765 *Stadler* erachtet demnach § 259 Satz 2 dHGB (entspricht § 214 Satz 2 UGB) als Ausnahme von der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme und Anhaltspunkt für die Zulässigkeit eines Geheimverfahrens unter Ausschluss der Partei(en).²⁴⁶⁹ Das Gericht könne über die Bücher dann geheimen Beweis erheben »und sich ein Urteil über sie insgesamt bilden«, wenn eine Partei behauptet, dass die Bücher unvollständig oder nicht ordnungsgemäß geführt seien. Damit würde zumindest für solche Tatsachen, die nicht selbst Voraussetzung eines Anspruchs bzw einer Einwendung oder Einrede sind, sondern Hilfstatsachen für deren Vorliegen (Richtigkeit der Bücher, aus denen sich die entscheidungsrelevante Tatsache ergeben soll), »dem Schutz der Geschäftsinterna der Vorzug vor dem rechtlichen Gehör der ausgeschlossenen Partei gegeben.«

766 Demgegenüber vertritt *Stürner* bei der Behandlung des Spannungsfelds der prozessualen Aufklärungspflicht zur gewerblichen Geheimsphäre die Ansicht, dass § 46 dHGB aF (Vorgängerbestimmung des § 259 Satz 2 dHGB) »mit dem hier behandelten Problem nichts zu tun hat« und zum Schutz des Unternehmensgeheimnisses nichts besage.²⁴⁷⁰ Diese Regel wolle »unnötige Schnüffeleien« anlässlich der gerichtlichen Urkundeneinsicht vermeiden. Die Bestimmung gewähre der Gegenpartei vollen Einblick, wenn dies nach der Art der Streitsache nötig erscheine. Auch *Baumgärtel* geht davon aus, dass sich aus § 46 dHGB aF für das Problem des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen bei der Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei »nichts herleiten lässt«.²⁴⁷¹

767 *Stadler* ist insoweit zuzustimmen, als die Bestimmungen des UGB die Parteiöffentlichkeit einschränken, um den Inhalt der Bücher (und damit Geschäftsinterna) zu schützen. Zu ihrer Formulierung, dass sich das Gericht in einem Geheimverfahren »ein Urteil über die Bücher bildet«, ist aber festzuhalten, dass damit nicht die Verwertung in der Sachentscheidung gemeint ist, was die oben aufgezeigte Systematik der Regelung zeigt. Insoweit ist der Ansicht *Stürners*, dass der Gegenpartei voller Einblick zu gewähren ist, wenn die Bücher für die Entscheidung verwendet werden sollen, beizutreten. *De lege lata* erscheint es mit § 214 UGB schwer zu begründen, dass Beweisergebnisse unter Ausschluss der Parteien in der Entscheidung verwertbar sein sollen, selbst wenn es sich dabei »nur« um Hilfstatsachen handelt.

(§ 213 Abs 2 UGB). Die mit der unbedingten Pflicht zur Vorlage einer Urkunde verbundenen Einsichtsrechte des Beweisführers werden durch §§ 214 f UGB nicht deshalb relativiert, weil es sich um Bücher eines Unternehmens handelt.

2469 *Stadler*, Schutz 253.

2470 *Stürner*, Aufklärungspflicht 228 FN 88.

2471 *Baumgärtel* in FS-Habscheid 4.

Zu relativieren ist allerdings die Annahme *Stürners* und *Baumgärtels*, die referierten Bestimmungen besagten *nichts* zum Schutz des Unternehmensgeheimnisses im engeren Sinn bzw im Zusammenhang mit der Kooperationspflicht. Auch der Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor »unnötigen Schnüffeleien« trägt maßgeblich dazu bei, dass es der nicht beweisbelasteten Partei erleichtert und damit zumutbar wird, ihrer prozessualen Kooperation nachzukommen. Eine solche Zumutbarkeit ist dann nicht mehr gegeben, wenn Geschäftsgeheimnisse der nicht beweisbelasteten Partei selbst für jenen Fall vor dem Zugriff des Gegners ungeschützt wären, bei dem diese für das Verfahren keine Relevanz hätten. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Gesetz hier ein *geheimes Zwischenverfahren* anerkennt, das zum Schutz von Geheimhaltungsinteressen dient. Dieser Gedanke prägt das Prozessrecht auch an anderen Stellen (vgl Rz 818 ff). Schließlich trägt § 214 UGB insoweit zur Geheimhaltungsproblematik bei, als es sich hier um eine (weitere) prozessuale Bestimmung des geltenden Rechts handelt, die das Dogma von der unbeschränkt zu gewährenden Parteiöffentlichkeit widerlegt.

5. Resümee

Die Rechtsordnung schränkt die Parteiöffentlichkeit beim Urkundenbeweis maßvoll ein und fördert damit die Vorlage von Urkunden, die vertrauliche Umstände (Unternehmensgeheimnisse) betreffen. Wenngleich § 298 Abs 2 ZPO die Vorlage durch den Beweisführer betrifft, ist daraus für die nicht beweisbelastete Partei der Schluss zu ziehen, dass die Kooperationspflicht nicht zur Preisgabe von Unternehmensgeheimnissen zwingt, die für das Verfahren keine Relevanz haben, was vor allem in § 306 ZPO seinen Ausdruck findet. Um die vertraulichen Teile einer Urkunde vor dem Zugriff des Beweisführers zu schützen, diesem aber zur Verhinderung einer Beweisnot Zugriff auf den Rest der Urkunde zu ermöglichen, fungiert hier das Gericht als Filter, das »mehr sieht als die Parteien«. Weder der Parteiöffentlichkeit noch dem Geheimnisschutz wird absoluter Stellenwert eingeräumt. Von diesem Grundsatz sind auch die Regeln zur Vorlage von Handelsbüchern nach §§ 213 ff UGB geprägt. Die dort vorgesehenen Maßnahmen zum Geheimnisschutz führen dazu, dass nur streiterhebliche Stellen in das Verfahren einbezogen werden dürfen. Das Gesetz anerkennt hier ein *geheimes Zwischenverfahren*, das dem Schutz von Geheimhaltungsinteressen dient. Der aufgezeigte Geheimhaltungsschutz soll die prozessuale Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei zumutbar machen und gleichzeitig mithelfen, einer Beweisnot des Beweisführers weitgehend vorzubeugen. Aus den beschriebenen Normen kann *de lege lata* aber nicht die Durchführung eines sogenannten *in camera*-Verfahrens bezüglich rechtsstreiterheblicher Umstände dahingehend gerechtfertigt werden, dass vom Gericht Beweise in einem geheimen Beweisverfahren aufgenommen *und* in der Entscheidung inhaltlich verwertet werden.

768

B. Personenbeweis

1. Vernehmung über Videokonferenz

769 Versteht man das Prinzip der Parteiöffentlichkeit zutreffend dahingehend, dass es den Parteien das Recht einräumt, bei der Beweisaufnahme *physisch anwesend* zu sein,²⁴⁷² kann das mit den Interessen einer zu vernehmenden Person (etwa einem Opfer einer Gewalttat) kollidieren, die aus verständlichen Gründen nicht in der Lage ist, *Auge in Auge* mit dem (potentiellen) Täter auszusagen. Das Prozessrecht bietet mit der Vernehmung über Videokonferenz (exakt: »*unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung*«) bzw der Befragung durch einen Sachverständigen eine sinnvolle Lösung, die die Parteiöffentlichkeit zu Gunsten der Interessen der zu vernehmenden Person maßvoll einschränkt. Wenngleich §§ 289a f ZPO nicht den Schutz des Unternehmensgeheimnisses betreffen, lohnt ein Blick auf diese Normen, weil sich die unterschiedlichen Interessenslagen zwischen Transparenz und Geheimhaltung bei diesen Regeln gut zeigen. Es geht hier nämlich durchaus um eine »*geschützte Vernehmung*«, wobei die nicht beweisbelastete Partei davon profitieren kann. Die entsprechende Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei könnte dieser sonst unzumutbar sein, wenn sie bei ihrer Parteienvernehmung etwa in Anwesenheit des (potentiellen) Täters aussagen muss. Der Ausweg über die *Einschränkung* erscheint hier ein gangbarer Weg, um die widerstreitenden Interessen in *praktischer Konkordanz* zu berücksichtigen (vgl die Ausführungen im dritten Teil). Dieser Gedanke bietet sich auch für den Umgang mit Unternehmensgeheimnissen an. Dies deshalb, weil die oben für den Urkundenbeweis aufgezeigten Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit keine Verwertung der geschützten Umstände in der Entscheidung zulassen. Demgegenüber schränken die Bestimmungen der §§ 289a und 289b ZPO die Parteiöffentlichkeit (maßvoll) bezüglich jener Umstände ein, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen kann.

770 Nach § 289a Abs 1 ZPO kann die Teilnahme der Parteien und deren Vertreter bei der Vernehmung einer Person, die in einem mit dem Zivilprozess zusammenhängenden Strafverfahren Opfer im Sinne der StPO ist, derart beschränkt werden, dass diese die Vernehmung nur per Videokonferenz verfolgen und ihr Fragerecht nur auf diese Weise ausüben können. Nach dem offen formulierten Abs 2 leg cit kann das Gericht die Parteien auch dann auf diese Weise eingeschränkt an der Vernehmung beteiligen, wenn der zu vernehmenden Person eine Aussage in Anbetracht des Beweisthemas und der persönlichen Betroffenheit in Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter nicht zumutbar ist. Die Parteien (bzw die Gegenpartei) und ihre Vertreter sind bei dieser abgesonderten Vernehmung nicht physisch anwesend,

2472 Ch. Berger in Stein/Jonas³³ § 357 ZPO Rz 2; Völmann-Stickelbrock, ZZP 118 (2005) 372.

sondern können diese nur mittels Videoübertragung mitverfolgen. Das Gericht befragt die abgesondert einzuvernehmende Partei bzw den Zeugen allein. Das Fragerecht der gegnerischen Partei ist dadurch gewährleistet, dass sie die zu vernehmende Person durch das Entscheidungsorgan befragen lassen kann.²⁴⁷³ Die Materialien denken bei diesen Konstellationen etwa daran, dass die Geltendmachung berechtigter Schadenersatzansprüche nicht an der Furcht des Opfers vor der unmittelbaren Konfrontation mit der gegnerischen Partei bei der Einvernahme über das Geschehene scheitern dürfe.²⁴⁷⁴ Minderjährige Personen sind bei einer abgesonderten Vernehmung noch weitgehender dadurch geschützt, dass diese allenfalls durch einen Sachverständigen zu befragen sind (§ 289b Abs 2 ZPO).

Die Materialien betonen, aus Art 6 EMRK sei ein verfassungsrechtlich gewährleistetes *Recht auf persönliche Anwesenheit* der Partei bei jeder Beweisaufnahme *nicht abzuleiten*.²⁴⁷⁵ Im Ergebnis ist dieser Einschätzung deshalb zuzustimmen, weil es den Parteien ermöglicht wird, die zu vernehmende Person zu befragen, worauf primär abzustellen ist. Aus der Sicht der Partei ist die räumliche Trennung bzw die Fragestellung nur über Videokonferenz zweifelsohne ein *Nachteil* gegenüber einer unmittelbaren Anwesenheit. Das Fragerecht verliert dadurch an Schärfe, die Technik stellt eine gewisse Distanz her, die den Druck auf die zu vernehmende Person reduziert und ihr idR mehr Zeit lässt, auf die Fragen zu antworten. Die Unwahrheit lässt sich idR wohl leichter in eine Kamera sagen.²⁴⁷⁶ Für die hier interessierende Problematik ist hervorzuheben, dass der von der direkten Vernehmung ausgeschlossenen Partei (bzw ihrem Vertreter) durch die Videovernehmung in einem sehr beschränkten Ausmaß *Informationen vorenthalten* werden. Auch durch eine noch so perfekte Übertragungsqualität gehen allein durch die Distanz persönliche Eindrücke von der Vernehmung verloren,²⁴⁷⁷ die bei der unmittelbaren Anhörung die Anwesenden erreichen.

Die damit einhergehende Einschränkung bei der Rechtsverfolgung bzw -verteidigung erscheint aber im Hinblick auf die *ratio legis* der Bestimmung vertretbar. Der Eingriff in die Parteirechte ist nicht so weitgehend, um hier von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw von einer unbilligen Einschränkung der Parteiöffentlichkeit auszugehen. Vielmehr liegt ein tauglicher Kompromiss zur *Förderung der Wahrheitsermittlung* vor, weil ein unmittelbarer Kontakt die zu vernehmende

2473 IA 271/A 24. GP 31. Eine derartige Befragung durch den Richter ist freilich keine Besonderheit. Auch die Stammfassung der ZPO geht nicht davon aus, dass die Parteien die zu vernehmenden Personen ausschließlich direkt befragen können. Vielmehr legt § 289 Abs 1 ZPO primär fest, dass die Parteien Fragen an die Zeugen oder Sachverständigen (nur) durch den Richter stellen lassen können. Nur bei dessen Zustimmung kommt ihnen ein direktes Fragerecht zu. In der Praxis wird freilich fast durchwegs das direkte Fragerecht gewährt.

2474 IA 271/A 24. GP 31.

2475 IA 271/A 24. GP 32.

2476 *Völmann-Stickelbrock*, ZJP 118 (2005) 372 mwN.

2477 Zu denken ist etwa an ein Erröten, den Sprachfluss, Nuancen der Mimik etc.

Person derart einschüchtern könnte, dass sie nicht zur Aussage bereit oder fähig wäre. Der geschilderte (nur minimale) Informationsverlust vom persönlichen Eindruck ist überschaubar und findet ohnedies keinen Niederschlag im Vernehmungsprotokoll. Damit muss die »ausgeschlossene« Partei nicht befürchten, dass Beweisergebnisse an ihr vorbei zur Urteilsgrundlage werden.²⁴⁷⁸

2. Vernehmung immuner Personen

773 Im Umfang der völkerrechtlichen Immunität sind die davon umfassten Personen von der Pflicht zur Aussage als Zeuge befreit.²⁴⁷⁹ Diese Personen können sich aber *freiwillig* zur Zeugenaussage bereit erklären, wobei auch eine schriftliche Aussage oder eine Vernehmung in ihrer Wohnung (durch einen beauftragten Richter) möglich ist.²⁴⁸⁰ Vgl § 341 Abs 2 ZPO und §§ 37, 38 RHE Ziv 2004. Den Parteien kann dabei der Zutritt zur Wohnung verweigert werden.²⁴⁸¹ Die Parteien dürfen bei der Vernehmung außerhalb des Gerichtsgebäudes nur dann anwesend sein, wenn die Immunität genießende Person zustimmt.²⁴⁸² Mit diesem Ausschluss der Parteien von der Vernehmung einer immunen Person liegt eine deutliche Einschränkung der Parteiöffentlichkeit auf der Hand. Aber auch bei der Zugrundelegung einer schriftlichen Zeugenaussage ist die Parteiöffentlichkeit insoweit ausgeschlossen, als es den Parteien nicht möglich ist, ihr Fragerecht direkt auszuüben bzw den Inhalt der Aussage unmittelbar zu überprüfen.²⁴⁸³

774 Völkerrechtlich geschützte Positionen können somit durchaus zu einer Einschränkung des rechtlichen Gehörs führen. Der damit verbundene Entfall der Parteiöffentlichkeit ist zu rechtfertigen. Die Aussage des Zeugen kann völkerrechtlich nicht erzwungen werden, sie erfolgt somit freiwillig und führt eher zu einer Verbreiterung der Tatsachengrundlage als eine gänzlich fehlende Aussage. Das Verfahrensrecht zieht hier die *maßvolle Einschränkung* des rechtlichen Gehörs einer »Alles oder Nichts«-Situation vor. Verfassungsrechtlich erscheint diese Konstellation unbedenklich. Zu betonen ist freilich, dass die völkerrechtliche Immunität

2478 Ähnliches gilt auch für die als Ersatz einer Rechtshilfevernehmung fungierende Videovernehmung nach § 277 ZPO. Eine solche ist unter dem Gesichtspunkt der Parteiöffentlichkeit wohl unproblematisch, weil weder das erkennende Gericht noch die Parteien beim zu Vernehmenden physisch anwesend sind. Zudem gäbe es kein gesetzliches Hindernis für eine solche Anwesenheit (eines weiteren Vertreters der Partei).

2479 Vgl etwa Art 31 Abs 2 WDK; Art 44 Abs 3 WKK; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor §§ 320 ff ZPO Rz 6.

2480 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 320 ZPO Rz 5; Art 44 Abs 2 WKK.

2481 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 328 ZPO Rz 4.

2482 *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor §§ 320 ff ZPO Rz 6.

2483 Nicht ausgeschlossen ist es freilich, dass im Zuge der Beweiserörterung auf Unvollständigkeiten oder Widersprüchlichkeiten hingewiesen und beim Gericht eine ergänzende (schriftliche) Befragung beauftragt wird. Eine solche neuerliche Befragung könnte von der immunen Person abgelehnt werden, was nicht zur Folge hat, dass die bisherige Aussage nicht verwertbar wäre.

nicht absolut gilt und keine unüberwindbare Sperre im Zusammenhang mit den sich aus Art 6 EMRK ergebenden Rechten bedeutet. Einer Partei darf die Geltendmachung von Ansprüchen (Recht auf Zugang zu den Gerichten) gegen eine an sich immune Person nicht verwehrt werden, wenn ihr keine Rechtsschutz-Ersatzmöglichkeit zur Verfügung steht.²⁴⁸⁴

Wenngleich die Beschränkung des rechtlichen Gehörs im Bereich der Immunität außerhalb des geschilderten Anwendungsbereichs nicht verallgemeinerungsfähig ist und damit (*de lege lata*) kein *in camera*-Verfahren deckt, wird für die hier zu untersuchende Problematik deutlich, dass völkerrechtlich geschützte Positionen durchaus zu einer verfassungsrechtlich zulässigen Einschränkung des rechtlichen Gehörs führen können. Dazu zählen aber auch die sich aus der EMRK ergebenden Rechte auf *effektiven Rechtsschutz* und *Geheimhaltung*.

775

C. Parteiöffentlichkeit beim Sachverständigenbeweis und ihre Einschränkung²⁴⁸⁵

1. Ausgangslage nach der ZPO

Es wurde hier bereits nachgewiesen, dass die nicht beweisbelastete Partei verpflichtet ist, beim Sachverständigenbeweis mitzuwirken (vgl Rz 114 ff, 341 ff). Gerade im Bereich des Sachverständigenbeweises stellt sich in der Praxis des Öfteren die Frage, inwieweit Geheimnisse und insb Unternehmensgeheimnisse angesichts der Ermittlungstätigkeiten des Gutachters und der Parteiöffentlichkeit geschützt werden können. Diese Frage ist dogmatisch deshalb schwer zu lösen, weil das Gesetz weder zur Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen selbst noch bezüglich der Frage, inwieweit die Parteien dazu Zugang haben, nähere Regelungen trifft. Beides muss hier daher genauer untersucht werden, um überhaupt zu klären, in welchem Umfang sich eine Geheimhaltungsproblematik im Zusammenhang mit der Stoffsammlung stellt und und wie sie gelöst werden kann.

776

Der Einsatz von Sachverständigen im Zivilprozess ist – schon mit Blick auf den wachsenden Einfluss der Technik und der Naturwissenschaften auf das Beweisverfahren – unumgänglich, zumal sich zahlreiche Tatsachen im zunehmenden Maß einfacher Wahrnehmung verschließen.²⁴⁸⁶ Für den ZPO-Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts galt bei einer Bestellung eines Sachverständigen das *mündliche Gutachten* im Anschluss an die Beweisaufnahme in der Verhandlung als der Regelfall.²⁴⁸⁷ Dem

777

2484 *Matscher in Fasching/Konecny*³ Art IX EGJN Rz 188 unter Hinweis auf EGMR 18. 2. 1999, 26083/94, *Waite ua/Deutschland*.

2485 Vgl dazu *Rassi*, SV 2014 H 1, 2.

2486 *Fasching*, SV 1977, 16; *Krammer*, »Allmacht« 9 uva.

2487 *Jelinek*, Der Sachverständige 66; *Schneider in Fasching/Konecny*³ § 357 ZPO Rz 2 und § 360 ZPO Rz 1.

liegt vor allem der *Unmittelbarkeitsgrundsatz* zugrunde,²⁴⁸⁸ der eine prägende Rolle bei der Ablöse der AGO durch die ZPO einnahm. Bei den Regeln über den Sachverständigenbeweis ist unter dem Begriff der Beweisaufnahme²⁴⁸⁹ nur die *gerichtliche Beweisaufnahme* zu verstehen. Der auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz zurückzuführende Umstand, dass Gegenstände, die nicht vor das Gericht gebracht werden können, zumindest in Anwesenheit eines beauftragten oder ersuchten Richters beichtigt werden sollen (§ 352 Abs 1 ZPO), bindet die Tätigkeit des Sachverständigen stark an das Gericht (vgl § 362 Abs 2 ZPO). Ähnliches ist aus § 359 idF vor der ZVN 2002 abzuleiten, wonach dem Sachverständigen (nur) die bei Gericht befindlichen Gegenstände, Aktenteile und Hilfsmittel mitzuteilen sind.²⁴⁹⁰ In der Gerichtspraxis nimmt das in Gegenwart des Richters und der Parteien im Anschluss an die Beweisaufnahme erstattete *mündliche Gutachten* jedoch nur eine *untergeordnete Rolle* ein. Ein nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers erstattetes Gutachten ist außerhalb von Verkehrsunfallprozessen²⁴⁹¹ die *verschwindende Ausnahme*. Das liegt zum einen an der Komplexität der Materie, zum anderen sind teilweise langwierige wissenschaftliche Untersuchungen im Labor oder unter Heranziehung von Spezialgeräten erforderlich.²⁴⁹² Vor allem in Bauprozessen, in Schadenersatzprozessen, bei Verfahren mit Bestellung von medizinischen Sachverständigen und im Beweissicherungsverfahren kommt es regelmäßig zu *Befundaufnahmen* durch den Sachverständigen *ohne Anwesenheit des Gerichts*. Diese Ermittlungstätigkeit hat in der Praxis große Bedeutung, denkt man etwa an Besichtigungen von unbeweglichen und beweglichen Sachen oder einer Örtlichkeit, medizinische Untersuchungen einer Partei, Einsicht in Bücher, Durchführung von Tests und Laboruntersuchungen, Recherchetätigkeit bei Behörden oder Institutionen etc. Hinzu kommt, dass das Fachwissen des bestellten Gutachters oft nicht ausreicht, sodass dieser auf Hilfsbefunde, Tests oder eine Zusammenarbeit mit einem weiteren Gutachter angewiesen ist. Derartiges lässt sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung kaum bewerkstelligen. Die hohe praktische Bedeutung der *außergerichtlichen Befundauf-*

2488 *Jelinek*, Der Sachverständige 66; *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 357 ZPO Rz 2.

2489 Vgl die Überschrift des 5. Titels »Beweis durch Sachverständige« und § 351 Abs 1, § 352 Abs 2, § 355 Abs 2 und 3, § 357 Abs 1, § 358 Abs 1, § 360 Abs 1, § 363 Abs 1 sowie § 365 ZPO.

2490 § 170 Abs 2 Geo normiert, dass Akten für bestimmte Zeit Sachverständigen, »die dem Gericht als verlässlich bekannt sind«, anvertraut werden können. Daraus ist nicht abzuleiten, dass dem Sachverständigen stets und automatisch (wie oft in der Praxis zu beobachten) der gesamte Akt zu übermitteln ist. Aufgrund des Wortlauts des § 359 Abs 1 ZPO (arg »erforderlich«) und auch aus Datenschutzgründen sollten dem Sachverständigen nur jene Teile des Akts (bzw entsprechende Kopien) übermittelt werden, die er zur Erfüllung des Gerichtsauftrags benötigt; dazu auch *Rassi* in FS-M. *Schneider* 425 FN 83.

2491 Im Rahmen eines Lokalaugenscheins beteiligt sich der verkehrstechnische Sachverständige aktiv an den Feststellungen zur Unfallörtlichkeit und den Vernehmungen der am Unfall beteiligten Personen, erstattet im Anschluss Befund und Gutachten und beantwortet die dazu vom Gericht und den Parteien gestellten Fragen.

2492 *Fasching* in FS-Matscher 98.

nahme spiegelt sich in der ZPO ungeachtet der zentralen Bedeutung der Befundaufnahmetätigkeit und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen (Gutachten) für die richterliche Sachverhaltsermittlung nicht ansatzweise wieder.²⁴⁹³ Es fehlt der rechtliche Rahmen für den Umfang einer *allfälligen Parteiöffentlichkeit*. All dies soll im Folgenden beleuchtet werden, weil davon die Zumutbarkeit der prozessualen Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei entscheidend abhängt.

2. Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen

a. Lehrmeinungen zu Ermittlungstätigkeiten

Die ältere Lehre sieht nur wenig Spielraum für eigenständige Ermittlungshandlungen des Sachverständigen. Für *Schrutka von Rechtenstamm* genügt die Pflicht des Gerichts zur Übergabe der bei ihm erliegenden Gegenstände (vgl. nunmehr § 359 Abs 1 ZPO).²⁴⁹⁴ *Pollak* betont die Pflicht des Sachverständigen, die Gegenstände in Gegenwart des Gerichts zu besichtigen, das Gesetz kenne keine Beweisaufnahme ohne Gericht. Die von den Gerichten geübte Praxis, den Sachverständigen allein zur Befundaufnahme zu entsenden, widerspreche § 276 Abs 1 ZPO, dies auch im Fall einer Zustimmung beider Parteien.²⁴⁹⁵ Nach *Sperl*, der schon ganz allgemein beim Beweis durch Sachverständige eine Beweisaufnahme »wie immer« durch den Richter bejaht, sind wenigstens Untersuchungen von Augensscheingegenständen, die vom Gericht dem Gutachter überlassen wurden, ohne Beisein von Richter und Parteien außerhalb des Gerichts möglich. Dabei denkt er vor allem an technische und naturwissenschaftliche Untersuchungen, die nicht in einer Verhandlung vorgenommen werden könnten.²⁴⁹⁶ Auch *Petschek/Stagel* erachten Sinneswahrnehmungen in Abwesenheit des Richters als möglich, deren Ergebnis (»Wahrnehmungsurteil«) dem Richter als Befund zu unterbreiten sei.²⁴⁹⁷ Sie knüpfen die Befundaufnahme aber ebenfalls an die Vorlage der zu begutachtenden Objekte durch das Gericht an.²⁴⁹⁸

778

Fasching bejaht hingegen die selbständige Ermittlung der erforderlichen Sachgrundlagen durch den Sachverständigen, der diesbezüglich an die Parteien herantreten und sich die Grundlagen beschaffen dürfe.²⁴⁹⁹ Demnach zwingt das Gesetz den Richter, sich zur Ermittlung von Tatsachen, zu deren Wahrnehmung seine eigenen Sinnesorgane, seine Fachkenntnisse oder seine eigene Lebenserfahrung

779

2493 Kritisch *Krammer*, »Allmacht« 22 f.

2494 *Schrutka von Rechtenstamm*, Grundriss² 227.

2495 *Pollak*, ZPR² 672.

2496 *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I 447 f.

2497 *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 219.

2498 *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 327.

2499 *Fasching*¹ III, 471 und 493; *Fasching*, SV 1977/1, 17; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1003 ff; *Fasching* in FS-Matscher 102 f.

nicht ausreichen, Personen zu bedienen, die über entsprechende Fachkenntnisse und Wahrnehmungsmethoden verfügen.²⁵⁰⁰ Ein zu diesem Zweck bestellter Gutachter habe die Befugnis, die zur Lösung seiner Aufgabe erforderlichen Fakten und Parteienbehauptungen zu erheben. Wenn ihm das Gericht die Gutachtensbasis nicht in Form konkret vorhandener Tatsachen zur Verfügung stellen kann, müsse er sie selbst beschaffen und ermitteln. In Erfüllung seines Gerichtsauftrags sei diese Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen »*unmittelbarer Bestandteil eines gerichtlichen Verfahrens und insoweit inhaltlich gesehen gerichtliche Ermittlungstätigkeit und damit materiell Beweisaufnahme.*«²⁵⁰¹

780 *Jelinek* lehrt, dass der Sachverständige im Rahmen seiner Tätigkeit im Zuge eines schriftlichen Gutachtens weder zu Beweisaufnahmen iSd ZPO befugt noch zur Feststellung des Sachverhalts berufen sei, weil beides dem Gericht obliege.²⁵⁰² Dass der Sachverständige Ermittlungen durchführt und die von ihm erhobenen Tatsachen in seinem Befund festhält, anerkannte aber auch *Jelinek*, der Letztere als »Hilfswahrnehmungen« bezeichnet.²⁵⁰³ Im Ergebnis folgt er somit der Ansicht von *Fasching*.²⁵⁰⁴ Auch *Holzhammer* geht davon aus, dass der Sachverständige ohne Anwesenheit des Richters den Beweisgegenstand besichtigen und Zeugen vernehmen kann.²⁵⁰⁵ IdS argumentiert *Dienst*, wonach der Sachverständige all jene Maßnahmen setzen dürfe, die erforderlich sind, um seinen Auftrag erfüllen zu können.²⁵⁰⁶ Die jüngeren Lehrmeinungen sind der Ansicht *Faschings* überwiegend gefolgt,²⁵⁰⁷ die sich nunmehr insb auf die ZVN 2002 stützen kann (siehe unten).

781 *Rüffler* lehnt die Zulässigkeit von eigenständigen Ermittlungshandlungen des Sachverständigen – von einigen Ausnahmen abgesehen²⁵⁰⁸ – mangels gesetzlicher Grundlage vehement ab, wobei er auf das Legalitätsprinzip verweist.²⁵⁰⁹ Vielmehr müsse die Beweisaufnahme zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Verfahrens und zur Sicherstellung prozessualer Rechte und Pflichten der Parteien und Dritter durch einen Richter geleitet werden. Das ergebe sich aus § 276 ZPO. Das Gesetz sehe keine Ausnahme des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bei einer Beweisauf-

2500 *Fasching* in FS-Matscher 102 f.

2501 *Fasching* in FS-Matscher 103.

2502 *Jelinek*, Der Sachverständige 70.

2503 *Jelinek*, Der Sachverständige 70; idS auch OLG Linz 15 R 48/04s.

2504 *Rüffler*, Sachverständige 178.

2505 *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht³ 269.

2506 *Dienst*, SV 1984/1, 4 f.

2507 *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 841; *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 871; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 359 ZPO Rz 2; *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 359 ZPO Rz 2.

2508 Das sei bei medizinischen körperlichen Untersuchungen oder dann der Fall, wenn es zu keinen verfahrensähnlichen Aktivitäten des Sachverständigen komme. *Rüffler* (Sachverständige 188 f) erwähnt hier länger andauernde Beobachtungen, technisch-wissenschaftliche Erprobungen oder Bearbeitungen, »insb dann, wenn die Abläufe dieser Untersuchungen äußerlich nicht begleitend sichtbar werden«.

2509 *Rüffler*, Sachverständige 182 f.

nahme nicht richterlicher Personen vor.²⁵¹⁰ Dem Sachverständigen fehle es an der gesetzlichen Befugnis zur Prozessleitung und Sitzungspolizei, er sei überfordert, wenn es um die Einhaltung von Formvorschriften oder die Führung von Protokollen gehe.²⁵¹¹ Schließlich sei die Anwesenheit des Richters wegen dessen juristischen Wissens für entscheidungsrelevante Tatsachen zweckmäßig und eine Anwesenheitspflicht des Gerichts aus § 368 Abs 1 ZPO ableitbar. Sobald verfahrensähnliche Handlungen durchzuführen seien, also Personen zu befragen seien oder ein Augenschein durchzuführen sei, der einer Kontrolle oder Mitwirkung durch die Parteien und das Gericht zugänglich sei, müsse die Beweisaufnahme durch einen Richter geleitet werden.²⁵¹² *Schiller* folgt den Ausführungen von *Rüffler* weitgehend, wenngleich er Ermittlungen aus der Sicht der Praxis aber als unverzichtbar und bei einem ausdrücklichen oder stillschweigenden gerichtlichen Auftrag offenbar nicht als absolut unzulässig erachtet.²⁵¹³ Kritisch gegenüber der Ansicht von *Fasching* argumentiert in jüngerer Zeit auch *Koller*,²⁵¹⁴ nach dessen Ansicht es sich bei der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen um keine Beweisaufnahme im materiellen Sinn (bzw »*schlicht [um] keine Beweisaufnahme*«) handelt, sondern vielmehr um eine »*informelle Sammlung von Material*«. ²⁵¹⁵ Die partielle Überlassung der Beweisaufnahme durch den Richter in Bereichen, die keine Fachkenntnisse erfordern, verstoße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz, was nach § 196 ZPO zu rügen sei. Auch die bloße Übernahme von Tatsachenfeststellungen des Sachverständigen sei mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht in Einklang zu bringen.

b. Ermittlungstätigkeiten nach der Rechtsprechung

Die eigenständigen Ermittlungshandlungen finden Niederschlag in zahlreichen Entscheidungen vor allem der zweitinstanzlichen Gerichte. Die Zulässigkeit von solchen Handlungen im Zivilprozess wird kaum problematisiert, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt.²⁵¹⁶ Im Folgenden werden nur beispielhaft einige

782

2510 *Rüffler*, Sachverständige 182.

2511 *Rüffler*, Sachverständige 185 f.

2512 *Rüffler*, Sachverständige 187.

2513 *Schiller*, SV 2001/1, 12 f.

2514 *Koller*, Sachverständigenbeweis 119.

2515 Allerdings drückt der Begriff der materiellen Beweisaufnahme ohnedies aus, dass es sich gerade um keine formelle Beweisaufnahme handelt, sondern nur inhaltlich bzw faktisch Tatsachen ermittelt werden.

2516 IdR verhindern verfahrensrechtliche Schranken eine umfassende Beschäftigung mit der Problematik: Beschlüsse nach § 359 Abs 2 ZPO, die ua die selbständige Tätigkeit des Sachverständigen regeln können, sind ebenso wenig abgesondert anfechtbar wie die Anordnung zur schriftlichen Begutachtung (§ 366 Abs 1 ZPO). Die fehlende Auseinandersetzung in Entscheidungen des OGH erklärt sich daraus, dass Sachverständige fast ausschließlich im erstinstanzlichen Verfahren tätig werden. Wird vor dem Berufungsgericht diesbezüglich eine Mangelhaftigkeit nicht oder erfolglos geltend gemacht, kann dies in der Revision nicht mehr aufgegriffen werden (RIS-Justiz

(vorwiegend aktuellere) Entscheidungen hervorgehoben, denen eine selbständige Befundaufnahme ohne Richter zugrunde liegt.

783

Die Entscheidung 10 ObS 17/87 billigte dem Sachverständigen zu, im Zuge »seiner Befundaufnahme« die Parteien und allenfalls Dritte über gutachtenswesentliche Umstände zu befragen, wobei klargestellt wurde, dass es sich dabei um keine formelle Parteien- oder Zeugenvernehmung handelt.²⁵¹⁷ Die Entscheidung 6 Ob 256/12h verneinte die Anwendung des § 171 ZPO »bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen«.²⁵¹⁸ In der Entscheidung 7 Ob 129/13s ging es um einen geltend gemachten Verfahrensmangel, weil die im Rahmen der »Befundaufnahme durch den Sachverständigen« angefertigten Mitschnitte dem Gericht nicht vorgespielt wurden. Auch in dieser Entscheidung wird die Zulässigkeit von selbständigen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen implizit vorausgesetzt. Der OGH hat zudem in zahlreichen Entscheidungen bei der Prüfung einer zweckmäßigen Delegation nach § 31 Abs 1 JN ua den Ort der Befundaufnahme durch den voraussichtlich zu bestellenden Sachverständigen berücksichtigt.²⁵¹⁹ Der Entscheidung 2 Ob 64/12v lag ein außerstreitiges Verfahren zugrunde, in dem es darum ging, ob sich eine Partei bei der Befundaufnahme einer Sachverständigen mithilfe der beigezogenen Dolmetscherin ausreichend verständigen konnte. Das LG Eisenstadt billigte zu 37 R 18/06 f negative Folgen im Bereich der Beweismündigkeit für eine Partei, an deren Widerstand die Durchführung einer Befundaufnahme durch einen Sachverständigen (ohne Gericht) gescheitert ist. Auch der Rechtsprechung in Kostenfragen, zB im Zusammenhang mit der Bescheinigung der Teilnahme des Parteienvertreters an der Befundaufnahme durch den Sachverständigen,²⁵²⁰ dem Beginn der Notfrist des § 54 ZPO im Beweissicherungsverfahren²⁵²¹ oder der Honorierung für die Intervention bei der Befundaufnahme,²⁵²² lag stets zugrunde, dass die Befundaufnahme in Abwesenheit des Gerichts stattgefunden hat. In der Entscheidung 3 Ob 79/10d musste die Haftung eines Sachverständigen geprüft werden, dem eine »ungenügende Stoffsammlung und eine Fülle von Erhebungsmängeln bei der Befundaufnahme« vorgeworfen wurden. Der OGH vertrat zu 7 Ob 81/10b (*obiter*), dass das

RS0043111, RS0042963). Liegt nach Ansicht der zweiten Instanz hingegen ein Verfahrensmangel vor, wird dies idR zur Aufhebung des Ersturteils führen (ohne Rechtskraftvorbehalt). Wirken sich die Ermittlungshandlungen hingegen auf der Tatsachenebene aus, kann auch das nicht mehr vor dem OGH geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0043371).

- 2517 Die besonderen Vorschriften, »die insb durch die Verfahrensgrundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freien Beweismündigkeit ein richtiges Beweisergebnis gewährleisten sollen«, ordnete der OGH dabei (nur) der gerichtlichen Beweisaufnahme zu.
- 2518 IdS auch *Fasching* in FS-Matscher 103.
- 2519 RIS-Justiz RS0046333 (T18, T30); 2 Nc 2/12k. Nach 5 Nc 23/11v soll es hingegen nicht darauf ankommen, wengleich auch dieser Entscheidung zugrunde liegt, dass sich ein Sachverständiger ohne Richter zur Befundaufnahme begibt.
- 2520 OLG Wien 1 R 126/87 AnwBl 1988, 358 [*W.-D. Arnold*].
- 2521 Vgl etwa OLG Wien RIS-Justiz RW0000724; LG Klagenfurt RIS-Justiz RKL0000053.
- 2522 LGZ Wien 41 R 301/00v MietSlg 52.745.

Verhalten des Sachverständigen im Verfahren selbst ein berechtigtes Misstrauen in seine Unparteilichkeit hervorrufen kann, wenn er bei Erstellung des Befunds ohne sachliche Rechtfertigung *nur eine Partei* berücksichtigt. Nach der Rechtsprechung der sachverständigenlastigen Sozialgerichte²⁵²³ sind medizinische Fachfragen (Gesundheitszustand, medizinisches Leistungskalkül etc) grundsätzlich *nicht* durch Zeugen- oder durch Parteienvernehmung zu klären,²⁵²⁴ sondern durch Sachverständige.²⁵²⁵ Die Partei muss (nur) die Möglichkeit haben, ihre Beschwerden und Befindlichkeiten dem medizinischen Sachverständigen gegenüber vorzutragen.²⁵²⁶ Die (zweitinstanzliche) Rechtsprechung verwirft im Allgemeinen Verfahrensrügen, wenn das Erstgericht dabei die Parteienvernehmung zu medizinischen Fragen abgelehnt hat.²⁵²⁷

All den genannten Entscheidungen ist gemein, dass die Zulässigkeit der selbständigen Beweisaufnahme vorausgesetzt und nicht weiter hinterfragt wird.²⁵²⁸ Gleichzeitig wird mit diesen Einzelfällen das lückenhafte gesetzliche Korsett der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Befundaufnahme gefüllt.

784

c. Eigene Ansicht

Entgegen der ablehnenden Ansicht mancher der oben referierten Autoren kann sich die Zulässigkeit von selbständigen Ermittlungshandlungen des Sachverständigen auf eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen stützen. Wenngleich die Möglichkeit zu eigenständigen Ermittlungshandlungen erst durch die ZVN 2002 deutlich verankert wurde (siehe unten),²⁵²⁹ war sie davor bereits indirekt aus dem Gesetz ableitbar.²⁵³⁰ Wohl kann die Zulässigkeit von Ermittlungen nicht auf § 367 ZPO gestützt werden, weil sich diese Norm ua ausdrücklich nur auf den bei einer *Tagsatzung* abgegebenen Befund bezieht. Das Gesetz bietet in § 357 ZPO die Möglichkeit, alternativ zum gesetzlichen Regelfall des mündlich erstatteten Gutachtens ein schriftliches Gutachten einzuholen.²⁵³¹ Das ist zum einen nach der richterlichen Beweisaufnahme möglich, wenn eine sofortige mündliche Begutachtung

785

2523 OLG Wien 31 Rs 49/91 SVS1g 39.523; 9 Rs 18/12a; OLG Graz 7 Rs 26/97 SVS1g 44.366; OLG Linz 13 Rs 123/94 SVS1g 44.528 uva; vgl auch 10 Obs 98/93; 10 Obs 44/04z.

2524 Zumindest nicht durch sie allein.

2525 *Neumayr* in ZellKomm² § 75 ASGG Rz 8 mwN; *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld³ Rz 816f – jeweils mwN.

2526 OLG Wien 7 Rs 96/08d ARD 5968/8/2009; gegebenfalls unter Beiziehung eines Dolmetschers (OLG Wien RIS-Justiz RIS-Justiz RW000226).

2527 OLG Linz 12 Rs 26/06 SVS1g 54.759; 12 Rs 176/09 SVS1g 59.684; OLG Innsbruck 23 Rs 62/06 SVS1g 54.767; LG Feldkirch 35 Cgs 174/00 SVS1g 50.227 uva.

2528 IdS auch *Rüffler*, Sachverständige 179; *Schiller*, SV 2001/1, 12.

2529 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 29.

2530 *Fasching* in FS-Matscher 98 ff.

2531 Für das arbeits- und sozialgerichtliche Verfahren unterstreicht § 39 Abs 6 ASGG die Möglichkeit eines schriftlichen Befunds oder Gutachtens.

(in Anwesenheit der Parteien und des Gerichts) nicht möglich ist (vgl § 360 Abs 1 ZPO) und das Gericht für die mündliche Erstattung keine besondere (bzw weitere) Tagsatzung anberaumt. Der Gutachter soll in diesem Fall nur die Möglichkeit haben, sich zu den Ergebnissen der Verhandlung oder einem ihm bekannt gegebenen Sachverhalt schriftlich zu äußern, was noch nicht zwingend mit eigenständigen Ermittlungstätigkeiten verbunden ist. Reichen die Ergebnisse der bisherigen gerichtlichen Beweisaufnahme aber nicht aus, ermöglicht § 357 ZPO nach verständiger Würdigung zum anderen auch eine von der gerichtlichen Beweisaufnahme *abgekoppelte Erstattung eines Gutachtens* und damit *selbständige Erhebungen* des Sachverständigen. In § 362 Abs 1 ZPO geht das Gesetz davon aus, dass der Darstellung der tatsächlichen Grundlagen (Befund) mancher Gutachten eine »Besichtigung von Personen, Sachen, Örtlichkeiten u. dgl.« vorausgeht. Der Befund ist als Ergebnis der Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen zu qualifizieren.²⁵³² Die damit verbundene Pflicht zur Beschreibung der besichtigten Gegenstände (und Personen) bezieht sich in erster Linie auf jene Fälle, bei denen der Sachverständige *ohne gerichtliche Begleitung Erhebungen durchführt*, zumal die Ergebnisse einer gerichtlichen Befundaufnahme ohnedies vom Gericht zu protokollieren wären.²⁵³³ Schließlich erlauben § 183 Abs 3 und § 193 Abs 3 ZPO ua die Einholung eines Gutachtens bereits vor Beginn oder nach Schluss der mündlichen Verhandlung, somit außerhalb des eigentlichen Beweisverfahrens.

786

Auch § 9 LBG stützt für den Bereich der Liegenschaftsbewertung die eigenständige Befundaufnahme, zumal das Gutachten ua den Tag der Besichtigung der Sache und die dabei anwesenden Personen sowie die verwendeten Unterlagen enthalten muss. Schließlich setzen auch die Bestimmungen des Gebühren- und Kostenrechts eindeutig die Befundaufnahme außerhalb der Verhandlung voraus: Eine Person, die von einem Sachverständigen der Befundaufnahme beigezogen wird, ist gebührenrechtlich den innerhalb oder außerhalb eines förmlichen gerichtlichen Beweisverfahrens gerichtlich vernommenen Zeugen gleichgestellt (§ 2 Abs 1 und § 19 Abs 1 GebAG). Unter Befundaufnahme iSd § 24 Z 1 GebAG fallen solche in Abwesenheit des Gerichts,²⁵³⁴ was auch für § 34 Abs 1 GebAG gilt. Auch § 35 Abs 1 GebAG spricht eindeutig für die Zulässigkeit selbständiger Ermittlungshandlungen, zumal diese Bestimmung neben einem Gebührenanspruch für die Teilnahme an einer Verhandlung und einem gerichtlichen Augenschein auch eine Teilnahme an einer »im Auftrag des Gerichts durchgeführten Ermittlung« kennt. *Fasching* weist zu Recht darauf hin, dass die in §§ 43 ff GebAG aufgezählten Tätigkeiten kaum vor Gericht oder in dessen Anwesenheit durchgeführt werden können.²⁵³⁵ Die in TP 3A

2532 *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 362 ZPO Rz 1.

2533 In der Praxis übernehmen freilich sehr oft die Sachverständigen die entsprechende Protokollierung.

2534 *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG³ § 24 GebAG Anm 2.

2535 *Fasching* in FS-Matscher 99 FN 6.

III RATG angeführte »Befundaufnahme durch Sachverständige« meint zweifelsfrei nur eine solche in Abwesenheit des Gerichts,²⁵³⁶ zumal gerichtlich begleitete Befundaufnahmen bereits von TP 3 A II RATG umfasst sind.²⁵³⁷

Wenngleich die Befundaufnahme des Sachverständigen keine (gerichtliche) Beweisaufnahme im formalen Sinn ist und die Feststellung des Sachverhalts im Urteil allein dem Gericht obliegt, ist – iSd zutreffenden Ausführungen von *Fasching* – die Ermittlungstätigkeit als materielle Beweisaufnahme zu qualifizieren,²⁵³⁸ wenn der Sachverständige für den Richter und an dessen Stelle Tatsachen feststellt bzw derart festhält, dass der Richter in seiner Entscheidung daran anknüpfen kann.²⁵³⁹ Neben dem Ziehen von Schlussfolgerungen aus den Erfahrungssätzen seiner Fachkenntnis, gehört es zu den zentralen Aufgaben des Sachverständigen, streitige Tatsachen festzustellen.²⁵⁴⁰ Damit werden diese Tatsachen jedoch noch nicht automatisch gerichtliche Feststellungen als Bestandteil eines Urteils. *Fasching* hat dazu zutreffend zwischen *Beweisaufnahme* und *Beweisbewertung* (= Beweiswürdigung und Feststellung des Sachverhalts im Urteil) unterschieden und (nur) Letztere dem Richter vorbehalten.²⁵⁴¹ Dass der Sachverständige nach *Jelinek* Ermittlungen durchführt und die von ihm erhobenen Tatsachen in seinem Befund als »Hilfswahrnehmungen« festhält,²⁵⁴² macht für die Qualität der Ermittlungen durch den Gutachter (und die Beteiligungsmöglichkeit der Parteien an seiner Befundaufnahme) wenig Unterschied. Der Umstand, dass der Sachverständige in (wohlgemerkt:) *materieller* Hinsicht Beweise aufnimmt, lässt sich damit schwerlich widerlegen. Aus diesem Begriff ist nämlich nicht abzuleiten, dass die Tatsachenfeststellungen »bloß übernommen« werden oder die Befundaufnahme nicht der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ebenso wie die Schlussfolgerungen können die Grundlagen des Gutachtens (Befund, Fachkenntnisse des Sachverständigen) von den Parteien hinterfragt und erörtert werden. Diese Kontrollrechte ergeben sich ua aus § 362 ZPO. Mangels Sachkenntnissen kann das Gericht in vielen Fällen die Richtigkeit der Ermittlungen des Sachverständigen aber nicht – wie von *Koller*

787

2536 Zur Honorierungsfragen zB 2 Ob 164/11y; OLG Innsbruck RIS-Justiz RI0000184; LG Ried RIS-Justiz RR10000039; LG Salzburg RIS-Justiz RSA0000053; OLG Wien RIS-Justiz RW0000495, RW0000461; LG Klagenfurt RIS-Justiz RKL0000101 (Zwangsversteigerung).

2537 Vgl auch ErläutRV 303 BlgNR 23. GP, 45: »Mit dem der TP 3 A RATG durch das BGBl I Nr. 68/2005 neu angefügten Abschnitt III sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Beteiligung von Rechtsanwälten an Befundaufnahmen durch Sachverständige von der Schwierigkeit häufig der Intervention bei einer kontradiktorischen Verhandlung vor Gericht gleichsteht und daher so wie diese entlohnt werden soll.«

2538 *Fasching* in FS-Matscher 103 und 106; *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30; *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 359 ZPO Rz 5.

2539 Zutreffend *Fasching* in FS-Matscher 107.

2540 3 Ob 503/85.

2541 *Fasching* in FS-Matscher 107.

2542 *Jelinek*, Der Sachverständige 70.

(offenbar ohne weitere Voraussetzung) postuliert²⁵⁴³ – in jedem Fall mit einer Beweisaufnahme vor Gericht selbst überprüfen lassen. Ein derartiges umfassendes Überprüfungsrecht hinsichtlich aller Befundaufnahmen mit einer weiteren Beweisaufnahme vor Gericht widerspricht der oben referierten Rechtsprechung zur Klärung von medizinischen Fragen, die dem Sachverständigen vorbehalten sind, wobei das zu medizinischen Fachfragen Gesagte wohl sinngemäß auf komplizierte technische Fragen anzuwenden ist. Das bedeutet nicht, dass Befund und Gutachten nicht überprüfbar sind. Werden Zweifel an der Richtigkeit von Befund und Gutachten erweckt und durch ein schriftliches Ergänzungsgutachten oder die mündliche Erörterung nicht zerstreut, wird im Allgemeinen aber ein weiteres Gutachten einzuholen sein, wodurch die materielle Beweisaufnahme zu einem anderen Sachverständigen verlagert wird.

788 Zustimmung verdient freilich das auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz gestützte Argument *Kollers*, dass die Ermittlung der Tatsachengrundlagen dann nicht an einen Sachverständigen delegiert werden darf, wenn es sich um einen Bereich handelt, der *keine* Fachkenntnisse erfordert. Auch *Fasching*²⁵⁴⁴ hat das Spannungsfeld der selbständigen Ermittlungshandlungen zum Unmittelbarkeitsgrundsatz erkannt.²⁵⁴⁵ In der Praxis ist fallweise festzustellen, dass Gutachter (nur) damit beauftragt werden, bestimmte Örtlichkeiten zu beschreiben. Derartiges ist gewiss unzulässig, weil nicht fehlende Arbeitskapazität des Richters, sondern dessen

2543 Vgl. *Koller*, Sachverständigenbeweis 119 [»Es steht mithin jeder Partei frei, die Richtigkeit der aus solchen Ermittlungshandlungen resultierenden Feststellungen, die dem Gutachten zugrunde liegen, zu bestreiten und darüber eine Beweisaufnahme zu verlangen.«].

2544 In FS-Matscher 104: Er zieht aus einer Reihe von Bestimmungen der ZPO allerdings den Schluss, dass eine mittelbare Beweisaufnahme zulässig sei, wenn die Beweisaufnahme vor dem Gericht mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.

2545 Nach richtigem Verständnis des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bedeutet dieser allerdings nicht, dass das Gericht stets und ausnahmslos die Tatsachen aus der Quelle selbst schöpfen muss (*Vözlmann-Stickelbrock*, ZFP 118 [2005] 367). Eine derartig streng materiell verstandene Unmittelbarkeit würde zur Folge haben, dass jegliche Beweise neben denen absolut unzulässig sind, die ihrem Inhalt nach die Erkenntnis der Tatsachen am unmittelbarsten ermöglichen. Vielmehr ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Sinne einer formellen Unmittelbarkeit zu verstehen, wonach die Beweisaufnahme vor dem Gericht zu erfolgen hat. Auch bei einer schriftlichen Erstattung eines Gutachtens erfolgt die eigentliche Beweisaufnahme aber vor dem erkennenden Gericht, das das Gutachten in den Prozess einzuführen und allenfalls dessen mündliche Erörterung mit dem Sachverständigen zu veranlassen hat (*Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 357 ZPO Rz 5). Das Ermitteln von Tatsachen durch den Sachverständigen verhindert somit nicht, dass die Beweisaufnahme iWS durch den Richter erfolgt. Im Sinne von *Fasching* (SV 1977/1, 17) tritt beim Sachverständigenbeweis an die Stelle unmittelbar persönlicher Überzeugung des Richters von der Richtigkeit der gewonnenen Erkenntnis dessen Erkenntnis und Überzeugung, dass der Sachverständige richtig gehandelt hat. Zudem setzt die Stammfassung der ZPO bereits durch die Übertragung des Befunds an den Sachverständigen voraus, dass dem Gericht ein derartiges Schöpfen aus der Quelle mangels Sachkunde gar nicht möglich sein kann, sodass auch im Bereich des Sachverständigenbeweises Grenzen der sachlichen Unmittelbarkeit wesensimmanent sind. Hinzukommt, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz auch sonst abgeschwächt ist (vgl etwa die Regeln über den ersuchten oder beauftragten Richter in § 281a oder § 488 Abs 4 ZPO).

fehlende Fachkenntnis einer Bestellung zugrunde liegen muss. Wird hingegen ein Sachverständiger zu Recht wegen fehlender richterlicher Fachkenntnisse zur Klärung fachlicher Fragen beauftragt, kann es nicht schaden, dass diese Fachkenntnisse nicht für die gesamte Befundaufnahme notwendig sind. Letzteres wird wohl stets gegeben sein, weil auch eine noch so komplizierte (oder heikle) Besichtigung (oder körperliche Untersuchung) idR stets unproblematische Teilaspekte enthält. Es wäre aber verfehlt, diese Tätigkeit aufzusplitten, zumal ein sinnvoller Befund idR nur dann aufgenommen werden kann, wenn eine umfassende Besichtigung durchgeführt wird. Es ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass der ohne Fachkenntnis durchführbare Teil der Besichtigung isoliert betrachtet im Verfahren nicht sinnvoll verwertbar ist. Der hier im Grundsatz zutreffende Ansatz von *Koller* kommt daher *in praxi* nur dann zur Anwendung, wenn es sich ausschließlich um Aspekte handelt, die der Richter delegiert, obwohl dafür kein Fachwissen erforderlich ist.

Die von *Fasching* vertretene Ansicht lässt sich sowohl mit dem (dürren) Regelwerk der ZPO als auch mit den Anforderungen der Praxis vereinbaren. Auch die Novellen der ZPO der Jahre 2002 und 2003 unterstützen seine Meinung. Die Möglichkeit von eigenständigen Ermittlungstätigkeiten wurde mit der durch die ZVN 2002 eingeführten Bestimmung des § 359 Abs 2 ZPO eindeutig festgelegt.²⁵⁴⁶ Die Pflicht der Parteien zur Unterstützung des Sachverständigen bei der Erstellung des Gutachtens setzt notwendigerweise die Zulässigkeit einer schriftlichen Befundaufnahme voraus, mit der *eigenständige Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen* verbunden sind.²⁵⁴⁷ Reicht das vom Gericht gemäß § 359 Abs 1 ZPO zur Verfügung gestellte Material nicht aus, um dem Gutachtensauftrag nachzukommen, kann und muss der Sachverständige zum Zwecke der Befunderhebung selbständige Erhebungen durchführen und dabei die Mitwirkung der Parteien und Dritter einfordern, wenn diese für den Sachverständigen zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Das Gericht hat auf Anzeige des Sachverständigen erst dann einzuschreiten, wenn gegenüber dem Sachverständigen die erforderlichen Mitwirkungshandlungen verweigert werden. Das Gericht verschafft mit seiner Assistenz iSd § 359 Abs 2 ZPO dem Gutachter Grundlagen für die Befundaufnahme; die Ermittlungen führt allerdings der Sachverständige auch in diesem Fall alleine. Zudem wäre es kaum verständlich, warum der Sachverständige dem Gericht Probleme bei der Beweiserhebung mitteilen soll, wenn dieses ohnedies anwesend sein muss. § 359 Abs 2 ZPO ist von einem moderneren verfahrensrechtlichen Verständnis geprägt, wonach der Gutachter außerhalb der Verhandlung selbständige Ermittlungen durchführen kann, um Erkenntnisse zu gewinnen, die ihm die umfassende Erstellung von

789

2546 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 29; *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 359 ZPO Rz 2; *Schmidt*, SV 2005/1, 13.

2547 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30.

Befund und Gutachten ermöglichen.²⁵⁴⁸ Der Gutachtensauftrag gibt dabei den entsprechenden Rahmen vor bzw umfasst idR die Ermächtigung zur Einholung der nötigen Ermittlungshandlungen.²⁵⁴⁹ Es besteht die Möglichkeit, den Umfang der Ermittlung durch den Sachverständigen auf bestimmte Tatsachen zu beschränken.²⁵⁵⁰ Die Befugnisse des Gutachters reichen nie über die des Gerichts im gerichtlichen Beweisverfahren hinaus. Dem Sachverständigen kommt insb keine Zwangsgewalt zu;²⁵⁵¹ auch darf er nicht über den Rahmen des geltend gemachten Anspruchs und der damit verbundenen Parteienbehauptungen hinaus ermitteln.

790 Eigenständige Ermittlungstätigkeiten lassen sich auch auf § 291c ZPO stützen, der seit der Novellierung durch BGBl I 2003/114 die »im Ausland stattfindende Befundaufnahme durch einen Sachverständigen« erwähnt. Das Gesetz unterscheidet hier deutlich die gerichtliche (oder die mit einem ausländischen Gericht gemeinsam durchgeführte) Beweisaufnahme von der des Sachverständigen, der ohne Gerichtsbeteiligung im Ausland tätig wird. Der Umstand, dass § 291c ZPO eine Beweisaufnahme des Sachverständigen im Ausland zulässt, setzt voraus, dass eine solche im Inland möglich ist.

3. Zur Parteioffentlichkeit bei Ermittlungstätigkeiten

a. Allgemeines

791 Es wurde nachgewiesen, dass der Sachverständige in vielen Fällen notwendigerweise selbständige Ermittlungstätigkeiten ohne unmittelbare Begleitung des Gerichts vornehmen muss, wenn ihm die schriftliche Begutachtung aufgetragen wurde. Es handelt sich dabei um eine (gesetzlich gedeckte) *materielle Beweisaufnahme*, die ins Gutachten und damit auch mittelbar ins gerichtliche Beweisverfahren fließt, wenn sich das Gericht dem Ergebnis des Gutachtens anschließt. Ungeachtet des Umstands, dass der Sachverständige für das Verfahren materiell Beweise erhebt, liegen für die nähere Ausgestaltung kaum rechtliche Rahmenbedingungen vor.²⁵⁵² Im Gegensatz zur gerichtlichen Beweisaufnahme ist die selbständige Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen in kein strenges normatives Korsett eingefügt.²⁵⁵³ Unklar bleibt ua der Umfang der *Mitwirkungsrechte* der Parteien, wobei die Wichtigkeit ihrer Teilnahme unstrittig ist. Zum einen wird es ihnen durch eine möglichst frühe Einbindung leichter ermöglicht, das Gutachten nachzuvollziehen

2548 Für das Exekutionsverfahren normiert § 140 Abs 2 EO eine starke und eigenständige Stellung des Sachverständigen.

2549 *Fasching* in FS-Matscher 105; *Neumayr* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IX Rz 35; *Schiller*, SV 2001/1, 9 f.

2550 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 29.

2551 *Jelinek*, Der Sachverständige 70.

2552 *Rüffler*, Sachverständige 168; *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige² 72.

2553 Dazu kritisch *Krammer*, »Allmacht« 24.

und dessen Grundlagen zu kontrollieren.²⁵⁵⁴ Zum anderen hat eine Intervention praktische Bedeutung für die Verbreiterung der Tatsachengrundlage,²⁵⁵⁵ weil die Parteien ihr Augenmerk stärker auf die jeweiligen Umstände richten können, die ihren Standpunkt stützen. Schließlich können die dem Sachverständigen unterlaufenen Fehler offenbart oder Missverständnisse leichter und schneller aufgeklärt werden, sehen doch regelmäßig sechs Augen mehr als zwei oder vier.²⁵⁵⁶ In welchem Umfang können die Parteien aber die Tätigkeit des Sachverständigen kontrollieren, Fragen stellen oder auf übersehene Umstände hinweisen? Hier geht es vor allem um Konstellationen, bei denen der Sachverständige an sich in der Lage ist, Ermittlungstätigkeiten durchzuführen, die Beteiligung der Parteien und deren Grenzen aber unklar sind. Die hohe praktische Relevanz ist nicht zu verkennen: Schließt ein Sachverständiger eine der Parteien zu Unrecht von einer Befundaufnahme aus, kann das seine Befangenheit begründen.²⁵⁵⁷ Daneben kann ein Parteiausschluss zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens (im Extremfall zur Nichtigkeit) führen oder den Beweiswert des Gutachtens mindern, was mit Beweisrüge geltend zu machen wäre. Vor allem aber im Hinblick auf die Mitwirkungspflichten der Parteien wäre es ein Wertungswiderspruch, wenn die dazu korrespondierenden Mitwirkungsrechte über Gebühr eingeschränkt werden. Andererseits trägt hier eine maßvolle Einschränkung der Parteiöffentlichkeit mit dazu bei, dass es einer Partei bei Geheimhaltungspflichten oder Geheimhaltungsinteressen erst möglich (bzw. zumutbar) gemacht wird, mit dem Sachverständigen zu kooperieren.

Die ZPO²⁵⁵⁸ enthält für Ermittlungen ohne Beiziehung des Gerichts keine ausdrücklichen Regeln darüber, dass der Erstellung des Befunds durch den Sachver-

792

2554 Lindner in Prütting/Gehrlein⁹ § 357 ZPO Rz 1 und 4.

2555 Kramer, »Allmacht« 23.

2556 Zutreffend bereits von Hippel, Wahrheitspflicht 255 [»Denn die Parteien und ihre Vertreter sind kraft ihrer besonderen Kenntnisse und ihres besonderen Streitinteresses oft am besten in der Lage, den Blick des Richters zu schärfen und auf die wesentlichen Punkte hinzulenken.«].

2557 Jelínek in FS-100 Jahre Hauptverband 324; Koller, Sachverständigenbeweis 120; Kramer/Schiller/Schmidt/Tanczos, Sachverständige⁸ 82; Neumayr in Resch/Wallner, Medizinrecht² Kap IX Rz 35; OLG Wien, SV 1983/2, 21; idS BGH X ZR 52/75 NJW 1975, 1363; X ZR 100/05 GRUR 2008, 191.

2558 Im Bereich des Strafprozesses hielt § 122 StPO bis 31.12.2007 idF vor der StPO-Reform 2008 fest, dass die Gegenstände des Augenscheins von den Sachverständigen in Gegenwart der Gerichtspersonen (mit Ausnahmen) zu besichtigen und zu untersuchen sind. Die Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0096652) wies darauf hin, dass die StPO keine Vorschriften darüber enthalte, wonach die Erstellung des Befunds durch den Sachverständigen, also die Darstellung seiner dem Gutachten zugrunde gelegten Untersuchungen, einen gerichtlichen Augenschein, mithin eine unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht mit Parteiöffentlichkeit, notwendig zur Voraussetzung hätte. Daraus wurde geschlossen, dass der vom Gericht beauftragte Gutachter im Rahmen seiner Befundaufnahme auch allein etwa Auswärtsbesichtigungen durchführen, erforderliche Informationen einholen und selbst Personen befragen könne, ohne die Grenzen der ihm übertragenen Befundaufnahme zu überschreiten; seine Tätigkeit werde damit nicht zu einem Augenschein. Das ergibt sich auch aus § 149 Abs 2 StPO idGF, wonach ein Sachverständiger im Rahmen der Befundaufnahme mit der Durchführung eines Augenscheins beauftragt werden kann.

ständigen, also die Darstellung seiner dem Gutachten zugrunde gelegten Untersuchungen, ein Augenschein mit *Parteiöffentlichkeit* vorangehen muss. Das erklärt sich in erster Linie daraus, dass diese Form der Befunderstellung nicht dem Modell der ZPO entspricht (vgl oben). Für das schriftliche Gutachten ordnet § 360 Abs 2 ZPO als Ausdruck der Parteiöffentlichkeit lediglich an, dass die Parteien von seinem Einlangen zu verständigen sind.²⁵⁵⁹ Darauf und auf die Pflicht des Sachverständigen, sein Gutachten mündlich zu erläutern (vgl § 357 Abs 2 ZPO), kann ein Recht auf Beteiligung an der Befundaufnahme noch nicht gestützt werden. Auch § 367 ZPO, wonach auf den Beweis durch Sachverständige und insb auf deren Vernehmung und die Protokollierung des bei einer Tagsatzung abgegebenen Befunds und Gutachtens die Vorschriften über den Zeugenbeweis Anwendung finden, hilft nicht wirklich weiter.²⁵⁶⁰ Aus dem in dieser Verweisungsnorm verwendeten Wort »insbesondere« darf nicht darauf geschlossen werden, dass die Bestimmungen über den Zeugenbeweis zur Gänze auf den Sachverständigenbeweis anzuwenden sind. Umfasst ist nur der äußere Rahmen der mündlichen Begutachtung vor Gericht.²⁵⁶¹ Die angeordnete Anwendung der Regeln über den Zeugenbeweis bezieht sich auf das mündliche Sachverständigengutachten bzw auf in Gegenwart des Gerichts vorgenommene Ermittlungen des Gutachters. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner selbständigen Befundaufnahme hingegen nicht mit den anwesenden Parteien zu »verhandeln«²⁵⁶² oder die formellen Regeln für die Einvernahme von Zeugen zu beachten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Regeln über den Zeugenbeweis für die Tätigkeit des Sachverständigen nur vor Gericht anzuwenden sind (arg »bei einer Tagsatzung«).

793

Ungeachtet der Qualifizierung der Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen als nicht näher geregelte materielle Beweisaufnahme setzt eine derartige Tätigkeit aber schon aus grundsätzlichen Erwägungen die Beachtung der Grundsätze des Parteiengehörs (vor allem die Anwesenheit der Parteien bei der Befundaufnahme) voraus,²⁵⁶³ wobei sich eine Teilnahme bereits aus Art 6 EMRK bzw – bei

2559 Nach verständiger Würdigung ist diese Bestimmung derart zu verstehen, dass den Parteien eine Ausfertigung des Gutachtens zuzustellen ist (vgl auch § 39 Abs 6 ASGG); idS auch *Jelinek* (Der Sachverständige 68), der die Bestimmung auf überholte schreibtechnische Voraussetzungen zurückführt (ihm folgend *Rüffler*, Sachverständige 166). Dem ist zuzustimmen, zumal viele Sachverständige in den letzten Jahren die Möglichkeit zur elektronischen Einbringung des Gutachtens nutzen. Mit der relativ unproblematischen elektronischen Übermittlung solcher Gutachten ist der für alle Beteiligten verhältnismäßig große Aufwand einer Akteneinsicht nicht zu vergleichen. In der Praxis ist § 360 Abs 2 ZPO totes Recht.

2560 *Krammer*, »Allmacht« 23.

2561 *Jelinek*, Der Sachverständige 67.

2562 *Jelinek*, Der Sachverständige 70.

2563 *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 253; *Fasching*¹ III, 472; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1005; *Fasching* in FS-Matscher 104; *Jelinek*, Der Sachverständige 70; *Koller*, Sachverständigenbeweis 120 mwN; *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige² 81 f; *Krammer* in FS-100 Jahre Hauptverband 277; *Obermaier*, RZ 2008, 223; *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30; *G. Schneider*, DAG 2014, 63; OLG

Involvierung einer der Parteien – dem *Grundsatz der Waffengleichheit* ergibt.²⁵⁶⁴ Der Parteiöffentlichkeit als wesentliches Element des Rechts auf Gehör im Zivilprozess kommt hier zentrale Bedeutung zu.

Dem kann nicht pauschal entgegengehalten werden, dass sich die Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK nur auf das gerichtliche Verfahren beziehen und daher nicht (oder nur »*ausnahmsweise*«) auf Ermittlungen eines vom Gericht bestellten Sachverständigen anwendbar sind.²⁵⁶⁵ Es geht hier nicht darum, ob der Sachverständige die vollen Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK gewährleisten und stets wie ein unabhängiges Gericht handeln muss. Seine Vorgangsweise darf aber jedenfalls nicht dazu führen, dass daraus einer der Parteien eine (nicht ausgleichbare) verfahrensrechtliche Benachteiligung erwächst. Der EGMR hat bereits darauf verwiesen, dass es dem Gebot der Waffengleichheit und eines fairen Verfahrens widersprechen kann, wenn der vom Gericht bestellte Sachverständige die nötige Neutralität vermissen lässt.²⁵⁶⁶ Der EGMR hat wiederholt ausgesprochen,²⁵⁶⁷ dass die in Art 6 Abs 1 EMRK verankerten Garantien in Ansehung des Sachverständigenbeweises zum Tragen kommen, wobei die prozessuale Stellung des Experten während des gesamten Verfahrens sowie die Art und Weise seiner Funktionsausübung zu berücksichtigen sind.²⁵⁶⁸ Bei einem vom Gericht bestellten Sachverständigen sprach der EGMR von einem »*unabhängigen Experten, der das Gericht bei der Beantwortung von Fragen unterstützt*«. ²⁵⁶⁹ Mangelnde Neutralität kann aber gerade darin liegen, dass der Sachverständige die Grundlagen seines Gutachtens nur oder größtenteils mit einer der Parteien entwickelt, etwa dadurch, dass in deren Bereich eine Befundaufnahme unter Ausschluss des Gegners stattfindet. Jeder Partei muss aber Gelegenheit geboten werden, ihre Argumente unter Bedingungen zu präsentieren, die sie gegenüber dem Gegner nicht benachteiligen.²⁵⁷⁰ Neben der Neutralität ist der

Wien, SV 1983/2, 21; vgl allgemein auch EGMR 6. 5. 1985, 8658/79, *Bönisch/Österreich*, Rn 32 EGMR-E 3, 47.

- 2564 Vgl Punkt 2.8 der Standesregeln des Hauptverbands der Gerichtssachverständigen: »Soweit ihm der vom Gericht [...] erteilte Auftrag keine besondere Vorgangsweise vorschreibt, hat der Sachverständige bei der Befundaufnahme stets den fundamentalen Verfahrensgrundsatz des beiderseitigen Gehörs zu wahren. Bei den vom Sachverständigen im Auftrag des Gerichts [...] selbständig geleiteten Ermittlungen hat er auf eine unparteiliche Verfahrensleitung und die Einhaltung der Prinzipien eines fairen Verfahrens zu achten.«
- 2565 In diesem Sinn aber *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*⁴ Art 6 EMRK Rz 155.
- 2566 EGMR 5. 7. 2007, 31930/04, *Sara Lind Eggertsdóttir/Island*, Rn 47; EGMR 11. 12. 2008, 34449/03, *Shulepova/Russland*, Rn 63 ff.
- 2567 Vgl die Entscheidungen, in denen die Neutralität des Sachverständigen und seine Qualifikation als Belastungszeuge geprüft wurde: EGMR 6. 5. 1985, 8658/79, *Bönisch/Österreich*, Rn 31 ff EGMR-E 3, 47; EGMR 28. 8. 1991, 13468/87, *Brandstetter/Österreich*, Rn 41 ff. EGMR 10. 7. 2012, 58331/09, *Gregavec/Kroatien*, Rn 67.
- 2568 VfGH G 180/2014.
- 2569 EGMR, 4. 4. 2013, 30465/06, *C.B./Österreich*, Rn 42 ÖJZ 2013/8 (MRK).
- 2570 EGMR, 5. 4. 2007, 17955/02, *Stoimenov/Mazedonien*, Rn 41; EGMR, 4. 4. 2013, 30465/06, *C.B./Österreich*, Rn 37 ÖJZ 2013/8 (MRK). Vgl auch *G. Schneider*, DAG 2014, 63, der die Ansicht vertritt, dass bei einer medizinischen Begutachtung die Anwesenheit des Vertreters der untersuchten Partei auf deren Wunsch zulässig sei, wobei nach seiner Ansicht, auch der Gegner anwesend sein dürfe [»*unabdingbar ist aber in solchen Fällen, dass die Gegenpartei oder, falls vorhanden, deren Vertreter nachweislich davon verständigt wird, dass auch ihr das Beisein an der Befundaufnahme freisteht*«.].

Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs insoweit problematisch, wenn die Grundlagen des Gutachtens im Rahmen der eigentlichen Gerichtsverhandlung nur mehr beschränkt überprüft werden können.

- 794 Die allgemeine Grundregel des § 289 Abs 1 ZPO bezieht sich wohl nur auf die gerichtliche Beweisaufnahme, ist aber Ausdruck eines *allgemeinen Prinzips*,²⁵⁷¹ das grundsätzlich bei der Befundaufnahme durch einen Sachverständigen zu beachten ist. Eine derartige Mitwirkungsbefugnis der Parteien an Ermittlungshandlungen ist die logische Folge der durch die ZVN 2002 in § 351 ZPO ausdrücklich normierten Mitwirkungspflicht.²⁵⁷² Wenngleich die konkrete Gestaltung der Befundaufnahme mangels gesetzlicher Regelungen²⁵⁷³ weitgehend dem Gutachter überlassen bleibt, müssen die Mitwirkungsrechte der Beteiligten ausreichend gewahrt bleiben. Die Parteien sind daher grundsätzlich von Zeit, Ort und Art der Befundaufnahme zu verständigen, um ihnen (oder ihren Vertretern) die Möglichkeit einzuräumen, daran teilzunehmen.²⁵⁷⁴ Neben der positiven Auswirkung für die Sachverhaltsermittlung (vgl oben) ist es schon aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs geboten, beide Parteien in die Ermittlungshandlungen und die Befundaufnahme des Sachverständigen einzubinden und die Parteiöffentlichkeit nur im absolut notwendigen Ausmaß einzuschränken.²⁵⁷⁵ Ungeachtet dessen ist die Befundaufnahme ohne Anwesenheit der Parteien durchzuführen, wenn diese der Einladung nicht folgen, es sei denn, dass die Ermittlung von der Anwesenheit der Parteien abhängt (körperliche Untersuchung, Zutritt in ein Gebäude etc).

b. Immanente Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit

- 795 Eine ausnahmslose Parteiöffentlichkeit, wonach die Tätigkeit des Sachverständigen von den Parteien »auf Schritt und Tritt«²⁵⁷⁶ verfolgt werden könnte, ist freilich abzulehnen. Die Parteiöffentlichkeit ist nicht unbeschränkt zu gewähren.

Diese These scheint im Spannungsfeld zum anwaltlichen Tariffrecht zu stehen. Dort wird die Teilnahme an einer vom Sachverständigen durchgeführten Befundaufnahme unterschiedlich honoriert. Für die Teilnahme an der Befundaufnahme durch Sachverständige gebührt einem Rechtsanwalt eine Entlohnung nach TP 3 RATG, sofern die Beiziehung der Parteienvertreter über ausdrücklichen Auftrag des Gerichts erfolgt. In diesem Fall steht die Befundaufnahme tarifmäßig einer gerichtlichen Tagsatzung gleich. Fehlt dieser ausdrückliche Auftrag, kommt es zu

2571 Entsprechendes wird in Deutschland zur vergleichbaren Bestimmung des § 357 dZPO vertreten; vgl *Ch. Berger* in *Stein/Jonas*³³ § 357 ZPO Rz 9; *Heinrich* in *MünchKomm*⁵ § 357 ZPO Rz 8.

2572 Vgl *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30, wonach die Mitwirkungspflicht mit der Mitwirkungsbefugnis korrespondiert.

2573 Für die Realexekution sieht § 141 Abs 3 EO die Parteiöffentlichkeit vor.

2574 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30 mwN.

2575 LG Linz 15 R 141/15h.

2576 *Von Hippel*, Wahrheitspflicht 255.

einer geringeren Honorierung nach TP 7 RATG. Wenn man diese Tarifpost als Aufgabatbestand betrachtet, könnte man ein ausnahmslos zu gewährendes Recht der Parteien auf Teilnahme an einer Befundaufnahme ableiten, das nur unterschiedlich zu honorieren ist. In diese Richtung scheint die Argumentation von *Obermaier*²⁵⁷⁷ zu gehen, der die Honorierung nach TP 7 RATG im Zusammenhang mit dem Umstand sieht, dass die Anwesenheit der Parteien(vertreter) »nur« zur Wahrung des Parteiengehörs bei den Ermittlungen des Sachverständigen gewährleistet sein und dann nach dieser Tarifpost entlohnt werden müsse,²⁵⁷⁸ während er die vom Gericht als notwendig erachtete tatsächliche Teilnahme der Parteienvertreter, die eine Honorierung nach TP 3 RATG zur Folge hat, aus anderen, zusätzlichen Gründen als zur Einräumung des rechtlichen Gehörs als sachlich erforderlich ansieht. Der ausdrückliche Gerichtsauftrag an den Sachverständigen verleiht der Befundaufnahme gewiss eine besondere Qualifikation und wird vor allem dann vorzunehmen sein, wenn die Beteiligung der Parteien(vertreter) an der Befundaufnahme zur Aufklärung des Sachverhalts, zur vollständigen Beachtung des Verfahrensstoffs²⁵⁷⁹ oder zum reibungslosen Ablauf der Befundaufnahme²⁵⁸⁰ beiträgt. Ist das zu verneinen, erfordert es der Grundsatz der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs, den Parteien die Teilnahme zu ermöglichen, wobei die anwaltlichen Parteienvertreter dafür in einem geringeren Ausmaß zu entlohnen sind. Diese Regelungen sprechen allerdings nur für eine *Differenzierung* innerhalb der parteiöffentlichen Befundaufnahme, nicht aber für ihre *schrackenlose Parteiöffentlichkeit*.

Im Schrifttum wird herausgearbeitet, dass von der Verständigung und Zuziehung der Parteien dann Abstand genommen werden darf, wenn dies (etwa bei einem medizinischen Gutachten) der Schutz der Intimsphäre einer zu untersuchenden Person gebietet, wenn die Verständigung nicht zeitgerecht möglich ist (zB bei Feststellung über Ursachen und Folgen von Naturereignissen) oder wenn es sich um lang dauernde medizinische oder naturwissenschaftliche Untersuchungen handelt.²⁵⁸¹ Diese Fallgruppen sind dahin zusammenzufassen, dass die Parteiöffentlichkeit dann einzuschränken ist, wenn die Zuziehung der Parteien für andere Personen *nicht zumutbar* ist (wo also berücksichtigungswürdige Interessen entgegenstehen)²⁵⁸² bzw wenn die Beteiligung evidentermaßen zwecklos wäre.²⁵⁸³ Das trifft wohl auf den Fall zu, dass eine angekündigte Befundaufnahme Manipulationen des Besichtigungsgegenstands befürchten lässt.

796

2577 *Obermaier*, Kostenhandbuch² Rz 692; *Obermaier*, RZ 2008, 223.

2578 Vgl seinen Hinweis auf die »bloße Verständigung des Gerichts vom Befundtermin zu Zwecken der Wahrung des Parteiengehörs« oder die Festlegung, dass die Anwesenheit der Parteien(vertreter) »zur Wahrung des Parteiengehörs bei den Ermittlungen gewährleistet sein muss«.

2579 *Thiele*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 55.

2580 ZB durch Gewährung des Zugangs in ein Gebäude.

2581 ZB *Fasching* in FS-Matscher 104; *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30; *Rüffler*, Sachverständige 188 f.

2582 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30.

2583 Ähnlich *Jelinek*, Der Sachverständige 70, wonach die Anwesenheit rechtlich möglich und angesichts der konkreten Maßnahmen auch sinnvoll sein muss. Vgl auch *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 359 ZPO Rz 8 [»unmöglich, unzumutbar, überflüssig oder untunlich«].

797 Neben den unten besprochenen Konstellationen, bei denen die Parteiöffentlichkeit ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, zählen auch bloß vorbe-reitende Tätigkeiten,²⁵⁸⁴ etwa das Aktenstudium (§ 36 GebAG), Materialsammeln,²⁵⁸⁵ Recherchetätigkeit bei Behörden, in der Fachliteratur oder im Internet (auch wenn der Sachverständige allgemeine Erfahrungstatsachen und -sätze seines Fachgebiets aus allgemein zugänglichen Quellen ermittelt),²⁵⁸⁶ der Schriftverkehr und das Sichten von Unterlagen, die dem Gutachten als Beilage angeschlossen werden oder jederzeit für die Parteien verfügbar sind, nicht zur Beweisaufnahme (auch nicht im materiellen Sinn),²⁵⁸⁷ weshalb kein Recht auf Intervention besteht.

798 Im Folgenden werden die häufigsten Problemfelder zum Umfang der Parteiöf-fentlichkeit beim Sachverständigenbeweis beleuchtet, wobei auf Geheimhaltungsinteressen außerhalb von Unternehmensgeheimnissen eingegangen wird, weil da-raus durchaus wichtige Wertungen für die hier zu untersuchende Fragestellung abgeleitet werden können.

c. Medizinische Untersuchungen

799 Die hL, die sich mit der Praxis der Gerichte und vereinzelter Entscheidungen des OGH²⁵⁸⁸ deckt, verneint die Parteiöffentlichkeit bei einer körperlichen Untersu-chung durch einen medizinischen Sachverständigen generell und knapp.²⁵⁸⁹ Eine solche ärztliche Untersuchung muss aber nicht in jedem Fall zum kategorischen Ausschluss der Parteiöffentlichkeit führen.²⁵⁹⁰ Vielmehr sind in dieser Konstel-lation die wechselseitigen Interessen abzuwägen. Nach einer Entscheidung des

2584 Vgl auch *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige² 143 [*»ordnende, stoffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende Vorbereitung des Gutachtens«*].

2585 OLG Linz 15 R 48/04s [*»Ermittlung von relevanten Unternehmensdaten aus den Buchhaltungsunter-lagen«*].

2586 *Ch. Berger* in *Stein/Jonas*²³ § 357 ZPO Rz 10.

2587 IdS wohl OLG Wien, SV 2003/3, 160 [*»Hilfstatsachen«*]; vgl auch *Koller*, Sachverständigenbeweis 119, der sich auf die deutsche Terminologie bezieht und die derart festgestellte Tatsachen als *»Zusatzstatsachen«* bezeichnet, während Ermittlungstätigkeiten, die Fachkenntnisse vorausset-zen, mit *»Befundstatsachen«* definiert werden (vgl *Walter Zimmermann* in *MünchKomm*⁵ § 404a ZPO Rz 8); zur identen Terminologie im österreichischen Strafprozess *Hinterhofer* in *Fuchs/Ratz*, StPO § 127 Rz 11.

2588 3 Ob 27/06a.

2589 *Fasching* in *FS-Matscher* 105; *Neumayr* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht² Kap IX Rz 36; *Rüffler*, Sach-verständige 188; *Schiller*, SV 2001/1, 13; für Deutschland *Ch. Berger* in *Stein/Jonas*²³ § 357 ZPO Rz 10; *Greger* in *Zöllner*³¹ § 357 ZPO Rz 3; *Kürschner*, NJW 1992, 1804; *Stadler* in *Musielak/Voit*¹⁶ § 357 ZPO Rz 4; OLG München 1 W 1996/90 NJW-RR 1991, 896; OLG Köln 27 W 16/92 NJW 1992, 1568; vgl aber *Heinrich* in *MünchKomm*⁵ § 357 ZPO Rz 8 [*»Teilnahme kommt nur im seltenen Ausnahmefall in Betracht«*].

2590 Anerkannt ist hingegen die Möglichkeit der untersuchten Person, eine Person ihres Vertrauens (*Stadler* in *Musielak/Voit*¹⁶ § 357 ZPO Rz 5) oder – falls erforderlich – einen sachkundigen Berater beizuziehen (*Ch. Berger* in *Stein/Jonas*²³ § 357 Rz 10; *Heinrich* in *MünchKomm*⁵ § 357 ZPO Rz 6).

OLG Frankfurt steht es einem wegen Arzthaftung beklagten Zahnarzt zu, bei der Untersuchung der von ihm zahnärztlich behandelten Klägerin im Rahmen einer Beweisaufnahme anwesend zu sein.²⁵⁹¹ Das Gericht betrachtete sowohl das Recht auf Unterlassung eines Eingriffs in die Privat- und Intimsphäre (der Klägerin) als auch das rechtliche Gehör (des Beklagten) als schützenswert. Es erachtete die zu untersuchende Mundhöhle nicht als Bereich, »*bezüglich dessen gemeinhin eine besondere Scheu zur Offenbarung zu bestehen pflegt*«. Die Klägerin werde durch die Anwesenheit des Beklagten aufgrund seiner Vorkenntnisse aus den Behandlungen während zweier Jahre nicht so stark belastet wie durch die Anwesenheit gänzlich fremder Personen.

Auch hier hat die Parteiöffentlichkeit neben ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die Gewährung rechtlichen Gehörs praktische Auswirkungen zur *Verbreiterung der Tatsachengrundlage*. Unter dem Motto »Sechs Augen sehen mehr als zwei (oder vier)« ist ein Ausschluss umso schwerer zu begründen, desto eher mit medizinischen Erläuterungen des Anwesenden gegenüber dem Sachverständigen zu rechnen ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn zu erwarten ist, dass durch die Anwesenheit Behauptungen der untersuchten Partei *ad hoc* widerlegt werden können und auf vom Sachverständigen übersehene Aspekte sofort hingewiesen werden kann. Ein Ausschluss einer medizinisch gebildeten Partei (etwa des im Arzthaftungsprozess beklagten Arztes) wird daher idR schwerer zu begründen sein als die Abwesenheit eines Nichtmediziners, der zur Verbreiterung der Tatsachengrundlage wenig beitragen kann. Dabei wird unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit auch zu berücksichtigen sein, ob ein Vertreter der zu untersuchenden Person beigezogen wird. Ist dies der Fall, müssen besondere Gründe vorliegen, warum der Gegenpartei (und/oder ihrem Anwalt²⁵⁹²) nicht Zugang zur Untersuchung eingeräumt werden soll.

Für die hier nötige *Interessensabwägung* wird es entscheidend auf die zu untersuchende Körperregion und die Intensität der Untersuchung ankommen. Eine parteiöffentliche Untersuchung von auch im angezogenen Zustand sichtbaren Körperteilen ist einer Partei eher zumutbar als eine Untersuchung sonstiger Körperregionen. Ähnliches trifft auf eine psychiatrische oder psychologische Befundaufnahme zu, wenn es dabei um intime oder familiäre Details geht. Liegt eine (behauptete) Opfereigenschaft vor, die einen physischen Ausschluss der Gegenpartei von einer Vernehmung stützen könnte (vgl § 289a ZPO), kommt eine Teilnahme des Gegners und seines Vertreters gegen den Willen des Untersuchten ebenso wenig in Betracht wie bei einer Untersuchung einer minderjährigen Person,²⁵⁹³ wenn

2591 OLG Frankfurt 22 U 174/07 NJOZ 2011, 1489.

2592 Allenfalls auch einem Privatsachverständigen.

2593 Sofern die Untersuchung mit Blick auf § 289b Abs 1 ZPO grundsätzlich zulässig ist.

die in § 289b Abs 2 ZPO genannten Voraussetzungen vorliegen.²⁵⁹⁴ Wichtig ist der der Untersuchung zugrunde liegende Verfahrensgegenstand.

802 Bevor es aber zu einem *Komplettausschluss* bei einer körperlichen Untersuchung kommt, sollten gelindere Methoden geprüft werden, die zumindest eine *gemäßigte Parteiöffentlichkeit* rechtfertigen. Zu denken ist etwa an eine Teilnahme mit technischen Hilfsmitteln (Videoübertragung) oder optischen Einschränkungen (Paravent udgl), um hier eine *geschützte Verwertung* von vertraulichen Umständen zu gewährleisten.

803 Bei medizinischen Untersuchungen ist für die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit somit nach der *Intensität des Eingriffs* in die Intimsphäre und danach zu differenzieren, inwieweit durch die Anwesenheit einer Partei (bzw einer fachkundigen Vertrauensperson) die *Sachverhaltsgrundlage* sinnvoll *verbreitert* werden kann.

d. Hausrecht

804 Kann die Parteiöffentlichkeit einer Befundaufnahme im Bereich der Liegenschaft, Wohnung etc einer Partei durch das von ihr geltend gemachte Hausrecht eingeschränkt werden?²⁵⁹⁵ Wie ein gerichtlicher Augenschein kann die Befundaufnahme eines Sachverständigen nicht gegen den Willen der Partei (direkt) erzwungen werden. Die Frage, ob der Sachverständige die Befundaufnahme dann ohne den Gegner durchführt oder eine solche unterlässt, ist mit Blick auf die beidseitig verfassungsrechtlich geschützte Rechtssphäre (rechtliches Gehör, Hausrecht) nach einer *Interessensabwägung* zu entscheiden. Dem sind ua die Bedeutung der Liegenschaft für den Eigentümer, Umfang und Zeitpunkt des mit der Befundaufnahme verbundenen Eingriffs und die Bedeutung (der Beweiswert) der Liegenschaft für die Streitsache zugrunde zu legen. Auch die konkret teilnehmenden Personen können eine Rolle spielen. Die bloße Berufung auf das Hausrecht reicht idR nicht.²⁵⁹⁶ Der gebotene Interessenausgleich kann dadurch herbeigeführt werden, dass nur die Partei, nicht aber ihr Vertreter ausgeschlossen wird,²⁵⁹⁷ wobei hier eine vom Einzelfall abgelöste Grundregel schwer zu definieren ist. Der Ausschluss der Naturalpartei wird sich im Regelfall nur dann rechtfertigen lassen, wenn gewichtige Interessen des Gegners betroffen sind, die aber einen Komplettausschluss nicht

2594 Wenn also das Wohl der minderjährigen Person unter Berücksichtigung ihrer geistigen Reife, des Gegenstands der Untersuchung und ihres Naheverhältnisses zu den anderen Parteien durch die Untersuchung in Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter gefährdet würde.

2595 Das Gesagte bezieht sich hier nicht auf Dritte (auch potenzielle Zeugen), die eine Befundaufnahme gegen ihren Willen nie (auch nicht indirekt) dulden müssen, was ua daraus abgeleitet werden kann, dass selbst ein gerichtlicher Augenschein am Widerstand Dritter scheitern muss (§ 369 ZPO verweist nicht auf § 308 ZPO).

2596 AA offenbar *Siebert in Saenger, ZPO* § 357 ZPO Rz 2.

2597 IdS OLG Innsbruck, SV 2007/4, 201.

rechtfertigen könnten, und es dem Vertreter möglich ist, die Parteienrechte seines Mandanten effektiv umzusetzen.

Besteht für eine Verweigerung des Zutritts keinerlei sachliche Grundlage, ist von der Befundaufnahme Abstand zu nehmen. Der damit verbundene Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht des § 359 Abs 2 ZPO kann sich für die Partei nachteilig in der Beweiswürdigung auswirken.²⁵⁹⁸

805

e. Der Schutz von Geheimnissen bei selbständigen Ermittlungen

In vielen Fällen wird der Sachverständige damit konfrontiert sein, dass Unternehmensgeheimnisse die zu untersuchenden Gegenstände oder Örtlichkeiten tangieren. Diese Frage stellt sich zum einen dann, wenn die beweisbelastete Partei Trägerin eines Geheimnisses ist und befürchtet, dass ihr Gegner durch eine parteiöffentliche Befundaufnahme von den geschützten Tatsachen erfährt (dazu nun § 26h UWG, siehe Rz 903 ff). Vor allem aber in *der hier zu prüfenden* Konstellation, bei der die nicht beweisbelastete Partei Geheimnisträgerin ist und der Beweisführer auf ihre Mitwirkung angewiesen ist, ist zu untersuchen, ob die an sich gebotene Mitwirkung (vgl § 359 Abs 2 ZPO), unter Hinweis auf gesetzlich geschützte Geheimnisse verweigert bzw davon abhängig gemacht werden kann, dass der beweispflichtige Gegner ausgeschlossen wird.

806

Die derzeitige Rechtslage erscheint unbefriedigend, weil der Grundsatz des rechtlichen Gehörs in der Rechtsprechung stark dominiert. Demnach setzt die Verwertung eines Beweismittels die Gewährung der Parteiöffentlichkeit voraus (vgl Rz 719 ua).²⁵⁹⁹ Es wird vom strikten Grundsatz ausgegangen, dass das rechtliche Gehör in einem Zivilverfahren nicht nur dann verletzt wird, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wurde, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sie sich nicht äußern konnte.²⁶⁰⁰ Damit besteht aber im Bereich des Sachverständigenbeweises die Gefahr, dass der Gegner des Beweispflichtigen als Träger des Geheimnisses seine Mitwirkung idR mit Blick auf die Unzumutbarkeit der Offenbarung seines Geheimnisses verweigern und so bereits im Ansatz verhindern wird, dass sein Gegner Kenntnis vom Geheimnis erlangt, weil er hier – *de lege lata* – kaum Möglichkeiten hat, seiner Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht nachzukommen, ohne dass das Geheimnis der (grundsätzlich nicht auszuschließenden) Gegenpartei zur Kenntnis gelangt. Kann er sich dabei auf gesetzlich anerkannte Geheimnisse iSd Verweigerungsrechte des § 305 oder des § 321 ZPO stützen, besteht wohl keine Mitwirkungspflicht iSd § 359 Abs 2 ZPO,

807

2598 *Rassi*, ZJP 121 (2008) 199.

2599 RIS-Justiz RS0117067.

2600 RIS-Justiz RS0005915, RS0119970; vgl auch RIS-Justiz RS0006036.

sodass er weder mit einer entsprechenden Beschlussfassung zur Mitwirkung noch mit negativen Folgen in der Beweiswürdigung zu rechnen hat. Bei Urkunden oder Augenscheinsgegenständen verdrängt wiederum die entsprechende Anwendung des § 304 ZPO allfällige Geheimhaltungsinteressen (dazu Rz 258 ff).

808 Die referierte Rechtslage wirkt unbefriedigend, weil sie im Einzelfall wenig Spielraum für eine harmonische Abwägung von individuellen Geheimhaltungsinteressen mit dem Grundsatz auf rechtliches Gehör und dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz lässt. In einer Reihe von Bestimmungen scheint hier der Gesetzgeber diese Interessensabwägung bereits vorweggenommen zu haben.²⁶⁰¹ Auf der Basis der geltenden (einfachgesetzlichen) Rechtslage ist es daher schwer möglich, dass der Sachverständige unter Ausschluss des Gegners Einsicht in geheime Unterlagen nimmt oder Örtlichkeiten bzw Gegenstände besichtigt und sich im Gutachten nur über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert,²⁶⁰² die Grundlagen aber dem Gegner und dem Gericht nicht (oder nur diesem) offenlegt;²⁶⁰³ vgl aber nunmehr § 37j Abs 6 Z 2 KartellG 2005²⁶⁰⁴ oder § 26h UWG (vgl Rz 903 ff). Sollen Ergebnisse der Ermittlungshandlungen in das Verfahren bzw in das Gutachten und die Entscheidung einfließen, ist es erforderlich, dass eine von der Befundaufnahme ausgeschlossene Partei sich noch vor Urteilsfällung dazu umfassend äußern kann.²⁶⁰⁵ *De lege lata* war bisher wenig Raum für ein *in camera*-Verfahren, wonach das Gericht Beweise unter Ausschluss einer oder beider Parteien verwertet. Freilich ist – wie bereits im dritten Teil aufgezeigt – aus grund- und verfassungsrechtlicher Sicht ein umfassender Interessenausgleich im Spannungsfeld der Ansprüche auf effektiven Rechtsschutz (bzw Justizgewährung), rechtliches Gehör und Geheimnisschutz geradezu geboten. Die neue Bestimmung des § 26h UWG, die ein *in camera*-Verfahren ermöglicht, betrifft nicht unmittelbar die Frage der Kooperationspflicht der *nicht beweisbelasten Partei*, weil dieser Norm zugrundeliegt, dass der *Beweisführer* sein Geheimnis in den Prozess (geschützt) einführen will. Die nur rudimentär normierte Befundaufnahme durch den Sachverständigen lässt aber auch für die Frage des Umfangs der Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei durchaus flexible Gestaltungsmöglichkeiten und damit einen gewissen Spielraum zu, um zumindest einen Teil der mit den Geheimhaltungsinteressen auftretenden Probleme bereits *de lege lata* zu lösen und zahlreiche praktisch relevante Konstellationen zu entschärfen.

809 Eine Zurückdrängung der Parteiöffentlichkeit bei der Befundaufnahme wird vom OGH in einem *obiter dictum* zur Entscheidung 3 Ob 27/06a auch im Zusam-

2601 Kodek in *Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 2.

2602 9 ObA 7/04a; Kodek in *Fasching/Konecny*³ § 298 ZPO Rz 7.

2603 6 Ob 245/07h.

2604 Diese Bestimmung ermöglicht für Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, dass das Gericht Sachverständigen anweist, »eine Zusammenfassung vorzulegen, die keine vertraulichen Informationen enthält.«

2605 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30.

menhang mit Geschäftsgeheimnissen bejaht und darauf verwiesen, dass durch die nachträgliche Eröffnung einer Äußerungsmöglichkeit, wie sie in einer der Befundaufnahme des Sachverständigen nachfolgenden Tagsatzung regelmäßig eingeräumt wird, zumindest ein Nichtigkeitstatbestand ausgeschlossen wird. Gleichzeitig wird aber betont, dass einer gerichtlichen Entscheidung keine Tatsachen- und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden dürfen, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten.²⁶⁰⁶ Das rechtliche Gehör werde auch dann gewahrt, wenn die Partei zwar keine Gelegenheit hatte, an der in ihrer Abwesenheit durchgeführten Befundaufnahme teilzunehmen, ihr aber (nachfolgend) Gelegenheit gegeben wurde, ihren Standpunkt darzulegen und sich zu allen erkennbar für sie wesentlichen Tatsachen und Beweisergebnissen zu äußern.²⁶⁰⁷

Es erscheint nur auf den ersten Blick widersprüchlich, zum einen das rechtliche Gehör wegen eines Geheimnisses einzuschränken und zum anderen eine nachträgliche Äußerung zu den ermittelten Umständen zu ermöglichen. Mit der Entscheidung lässt sich freilich vereinbaren, dass nicht die für das Verfahren relevanten Ergebnisse der Befundaufnahme (und damit auch Geheimnisse) geschützt werden und eine Partei nicht deshalb von der Befundaufnahme ausgeschlossen wird, weil das Geheimnis den eigentlichen Beweiswert des zu besichtigenden Gegenstands (oder der Liegenschaft, der Unterlagen etc) betrifft. Vielmehr ist die Parteiöffentlichkeit in diesem Zusammenhang (bei gleichzeitiger Offenlegung der Gutachtensgrundlage) nur deshalb einschränkbar, damit die für den Streitgegenstand ohnedies irrelevanten, aber von einem Geheimnis geschützten Umstände nicht quasi zufällig im Rahmen einer Befundaufnahme bekannt werden.²⁶⁰⁸ In diesem Ausmaß ist es *de lege lata* durchaus zulässig, eine Partei von einer Befundaufnahme auszuschließen, sofern alle von ihr vom Sachverständigen im Gutachten verwerteten Tatsachen nachträglich überprüft und hinterfragt werden können.²⁶⁰⁹

Nach Ansicht des OGH ist die Beiziehung eben nur »nach Möglichkeit und Tunlichkeit« geboten, wenn es rechtfertigende Gründe für die Befundaufnahme des Sachverständigen ohne Anwesenheit beider Parteien oder für die Anwesenheit nur einer Partei geben könne. Nach dem Gesagten ist es aber durchaus möglich, dass nur eine Partei zur Befundaufnahme beigezogen wird.²⁶¹⁰ Der Sachverständige agiert

2606 Vgl auch RIS-Justiz RS0074920, RS0005915.

2607 *Rechberger*, SV Sonderausgabe 2012, 30; *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 359 ZPO Rz 8.

2608 Vgl auch *Stadler*, Schutz 126, die zutreffend darauf verweist, dass durch die Einschaltung eines unabhängigen Dritten zumindest für *nicht entscheidungsrelevante* Unternehmensgeheimnisse, die bei der (ungeschützten) Einsichtnahme bzw einem Augenschein automatisch offenbar würden, ein weitgehender Schutz erreicht werden könne.

2609 *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 359 ZPO Rz 8.

2610 Nach der nicht weiter begründeten Auffassung von *Jelinek* (Sachverständige 70) dürfe der Sachverständige »*keinesfalls*« nur eine Partei beiziehen.

In der StPO fand sich von 2008 bis Mai 2009 in § 127 Abs 2 eine Regelung zum grundsätzlichen Anwesenheitsrecht der Beteiligten bei der Befundaufnahme, »soweit dies von den Umständen

hier als Filter. Es wird dadurch möglich, dass irrelevante (aber von einem Geheimnis betroffene) Umstände ausgeblendet werden – ohne dass deshalb die Angriffs- oder Verteidigungsmittel der Streitteile entscheidend relativiert werden. Geht es »nur« darum, Geheimnisse zu schützen, die für den Streitgegenstand keine Relevanz haben und bei der Befundaufnahme beiläufig offenbart werden könnten, erscheint eine Zurückdrängung des rechtlichen Gehörs somit auch *de lege lata* vertretbar. Gesetzlich anerkannte Weigerungsrechte (vgl etwa §§ 305 und 321 ZPO) der nicht beweisbelasteten Partei können dabei eine Einschränkung der Mitwirkungsrechte des Beweisführers rechtfertigen. Darunter fallen vom Gesetz geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. In einem solchen Fall kann von der Beiziehung der Parteien Abstand genommen werden bzw wäre die Befundaufnahme vom Sachverständigen so zu gestalten, dass für das Verfahren nicht relevante Geschäftsgeheimnisse dem Gegner der vom Geheimnis geschützten Partei nicht bekannt werden.

- 812** Unter diesem Gesichtspunkt kann die Teilnahme einer Partei an der Befundaufnahme eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, sofern sie die Möglichkeit hat, alle Umstände und Tatsachen, die Grundlage des Gutachtens bilden und damit ins Verfahren und in die Entscheidung einfließen, zu prüfen und mit dem Gutachter im Rahmen der Verhandlung zu erörtern. Einer Partei wäre die unbeschränkte Teilnahme ihres Gegners bei einem gesetzlich anerkannten Geheimnisschutz nicht zumutbar.

Noch weiter geht der BGH (bei einer wohl mit der öZPO hier vergleichbaren Rechtslage) zu I ZR 230/12 GRUR 2014, 578. Es ging hier um eine Beweisaufnahme (Betriebsversuch) im Betrieb des Beklagten, dessen Unternehmensgeheimnisse dadurch gefährdet waren. Der Kläger »verzichtete« auf eine Teilnahme, wobei ihm vom Gericht eingeräumt wurde, sich bei der Beweisaufnahme durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vertreten zu lassen. Diesem hat es untersagt, beim Betriebsversuch offenbar werdende Betriebsgeheimnisse an den Kläger weiterzugeben. Der BGH erachtete eine solche Vertretung bereits *de lege lata* für zulässig (vgl auch Rz 893).

- 813** Die Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei kann durch die bloße Berufung auf geschützte Geheimhaltungsinteressen nicht verweigert werden, wenn die Mitwirkungsrechte der Gegenpartei derart eingeschränkt werden, dass ein (für das Verfahren irrelevantes) Geheimnis ihr gegenüber geschützt bleibt. Bleiben die geltend gemachten Interessen durch eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit

her möglich ist und die Aufnahme des Befunds oder berechnete Interessen von Personen nicht gefährdet.« Vgl auch die bis 2007 geltende Fassung des § 122 StPO, wonach die Gegenstände des Augenscheins von den Sachverständigen in Gegenwart der Gerichtspersonen zu besichtigen und zu untersuchen sind, außer wenn diese aus Rücksichten des sittlichen Anstands für angemessen erachten, sich zu entfernen, oder wenn die erforderlichen Wahrnehmungen, wie bei der Untersuchung von Giften, nur durch fortgesetzte Beobachtung oder länger dauernde Versuche gemacht werden können.

gewährleistet, ist der Partei die Erfüllung der sich aus § 359 Abs 2 ZPO ergebenden Mitwirkungspflicht zumutbar.

Die lückenhafte Regelung der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen erweist sich in diesem Zusammenhang wohl als Vorteil, um die hier *involvierten Grundrechte* besser und *flexibler* zu vereinen. Zudem bietet das geltende Verfahrensrecht – wie bereits aufgezeigt – zahlreiche Hinweise für den Grundsatz, dass die Parteiöffentlichkeit bei entscheidungsunerheblichen Umständen eingeschränkt werden kann, was die Befundaufnahme in vielen Fällen ermöglicht.²⁶¹¹ Der Umstand, dass *irrelevante Fakten* möglichst auszublenden sind, folgt auch aus dem (vom Sachverständigen zu beachtenden) verfassungsrechtlich geschützten Grundrecht auf Datenschutz, weil die Verwendung von entscheidungsunerheblichen personenbezogenen Daten sich auf keine überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen stützen könnte.²⁶¹²

814

Die mit der Einschränkung der Parteiöffentlichkeit verbundene *Abschwächung des Grundsatzes der Waffengleichheit* ist wegen berücksichtigungswürdiger entgegenstehender Interessen vertretbar. Bei der hier vorzunehmenden Interessensabwägung ist der Geheimnisschutz höher zu bewerten als das Interesse der Gegenpartei, an den Ermittlungshandlungen teilzunehmen, weil ihr nur Irrelevantes vorenthalten wird. Das hier vertretene Verständnis von der nur eingeschränkt zu gewährenden Parteiöffentlichkeit bei der Befundaufnahme erweist sich aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs im Allgemeinen unproblematisch, weil die Ergebnisse der Ermittlungstätigkeit, die der Sachverständige zur Grundlage seines Gutachtens macht, und die von ihm festgestellten Tatsachen im Gutachten begründet und mit den Parteien erläutert werden müssen (§ 357 Abs 2 und § 362 Abs 1 ZPO). Die Einschränkung darf freilich nur im *notwendigen Ausmaß* erfolgen. Sie muss nicht zwingend dazu führen, eine Partei von Ermittlungshandlungen des Sachverständigen zur Gänze auszuschließen, wenn dieser Gegenstände oder Örtlichkeiten zu begutachten hat, die mit einem Geheimnis verbunden sind. Die Beteiligung kann nur hinsichtlich eines quantitativ oder qualitativ beschränkten Teils beschnitten werden. Das kann zur Folge haben, dass die Befundaufnahme oder die Ermittlungshandlungen zeitlich oder umfänglich zu teilen sind. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs könnte nämlich darin liegen, wenn eine Partei in einem größeren Umfang als notwendig von Ermittlungshandlungen ausgeschlossen wird.

815

2611 Vgl auch *Schlosser* (in FS-Großfeld 1004), der bestreitet, dass ein Sachverständiger, der auf eine Mosaikerhebung angewiesen war, die in seinen Augen zu einem Negativbefund geführt hat, auch alle Einzelheiten offenbaren müsste. Der Autor hinterfragt die These, dass alles, was an die Ohren des Gerichts gelangt, und alles, was ein Sachverständiger erfährt, wegen des rechtlichen Gehörs auch allen Parteien offenbart werden muss.

2612 *Rassi* in FS-M. Schneider 425 FN 83.

4. Klarstellende Beschlüsse des Gerichts

816 Die oben skizzierten Grenzen und Ausnahmen der Parteiöffentlichkeit hat in Streit- oder Zweifelsfällen das *Gericht* und nicht der Sachverständige zu ziehen. Macht eine Partei ihre Mitwirkung nur von Auflagen abhängig, kann sie damit gegen ihre Mitwirkungspflichten verstoßen, was für den Sachverständigen im Einzelfall oft ebenso schwer beurteilt werden kann wie der Umstand, ob verschiedene Tatsachen für den Streitgegenstand relevant sind oder nicht (und daher eine Einschränkung rechtfertigen), bzw die Frage, ob sich eine Partei zu Recht auf ein gesetzlich geschütztes Geheimnis, ihre Intim- und Privatsphäre oder ihr Hausrecht stützt. In den meisten Konstellationen wird es für den Sachverständigen daher unumgänglich sein, sich diesbezügliche (beschlussmäßige) Weisungen des Gerichts einzuholen,²⁶¹³ wenn sich die von ihm vorzunehmende Vorgangsweise nicht bereits aus dem Bestellungsbeschluss ergibt. § 359 Abs 2 ZPO bietet für derartige klarstellende Beschlüsse die passende (zumindest analog heranzuziehende) rechtliche Grundlage,²⁶¹⁴ weil die Verweigerung der Zusammenarbeit einer Partei mit dem Sachverständigen den Umfang ihrer Mitwirkungspflicht betrifft. Daneben kann auch – ungeachtet ihrer systematischen Dislozierung²⁶¹⁵ – die Bestimmung des § 25 GebAG herangezogen werden. Die Entscheidung des Gerichts wird vor allem immer dann einzuholen sein, wenn eine Partei die Mitwirkung an der Befundaufnahme unter Berufung auf entgegenstehende Interessen verweigert oder davon abhängig macht, dass die Beteiligung der Gegenseite eingeschränkt oder sie überhaupt ausgeschlossen wird. Die gebotene Klarstellung gilt für alle Formen der prozessualen Kooperationspflicht, vgl dazu die Ausführungen bei Rz 360 ff.

Wenn ungeachtet der gerichtlichen Entscheidung die davon betroffene Partei ihre Mitwirkung an einer parteiöffentlichen Befundaufnahme verweigert,²⁶¹⁶ bedeutet das noch nicht zwingend, dass die Befundaufnahme deshalb zu unterbleiben hat. In sinngemäßer Anwendung des § 359 Abs 2 Satz 4 ZPO hat der Sachverständige die Befundaufnahme erforderlichenfalls unter Ausschluss der Parteiöffentlichkeit durchzuführen, sofern die Mitwirkung des Gegners nicht unumgänglich ist und ungeachtet des Ausschlusses bzw der Einschränkung nachvollziehbare und für die ausgeschlossene Partei überprüfbare Beweisergebnisse zu erwarten sind. Dazu Rz 348. Das Verhalten der die Parteiöffentlichkeit verweigernden Partei wird zweifach in die richterliche Beweiswürdigung einfließen: Zum einen sinkt der Beweiswert des solcherart »mit angezogener Handbremse« erstatteten Gutachtens,

²⁶¹³ Vgl *Jelinek*, Der Sachverständige 70.

²⁶¹⁴ Demgegenüber entschied das OLG Innsbruck (SV 2007/4, 201), der beschlussmäßige Auftrag an eine Partei, auch ihrem Gegner Zutritt zum Objekt zu gewähren greife »in ungebührliche Weiser und ohne gesetzliche Grundlage« in die Rechte der Partei ein.

²⁶¹⁵ *Krammer*, »Allmacht« 22 und 24; *Schiller*, SV 2001/1, 10.

²⁶¹⁶ Etwa indem sie eine körperliche Untersuchung in Anwesenheit des Gegners verweigert, diesem den Zutritt in ihre Wohnung oder die Einsicht in Unterlagen verwehrt.

zum anderen wird das Gericht das Verhalten der Partei auch sonst im Lichte der umfassenden Verhandlungs- und Beweiswürdigung nach § 272 ZPO zu würdigen haben. Siehe Rz 347 f.

5. Resümee

Es ist gezeigt worden, dass sich die in der Praxis weit verbreiteten selbständigen Ermittlungshandlungen des Sachverständigen im Zivilprozess auf eine gesetzliche Grundlage stützen können. Im Allgemeinen ist den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, an der Befundaufnahme teilzunehmen, sofern dies möglich, sinnvoll und tunlich ist. Parteiöffentlichkeit bedeutet jedoch nicht, dass die Streitparteien Anspruch haben, im Rahmen einer Befundaufnahme von Umständen Kenntnis zu erlangen, die für den Streitgegenstand irrelevant sind. Diesbezüglich ist der Sachverständige gehalten, die Geheimhaltungs- und Privatsphäre der Parteien zu wahren. Parteiöffentlichkeit bedeutet beim Sachverständigenbeweis nicht, dass die Parteien bei jeglicher Erhebungstätigkeit anwesend sein dürfen. Der (sonst negativ zu beurteilende) Umstand, dass die Befundaufnahme nicht ausreichend gesetzlich normiert ist, erhöht hier den Rahmen für eine flexiblere Vorgangsweise bei der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen. Dieser Umstand macht es der nicht beweisbelasteten Partei zumutbar beim Sachverständigenbeweis mitzuwirken. Ein umfassender und endgültiger Ausschluss der Parteiöffentlichkeit bei prozessrelevanten Umständen dahingehend, dass der dem Sachverständigen unter Ausschluss einer oder der Parteien zugänglich gemachte Prozessstoff vom Gericht in seiner Entscheidung verwertet werden darf, lässt sich aus dem Gesetz aber nicht ableiten (zu § 37j KartellG 2005 siehe Rz 267, 463, 825, 881, zu § 26h UWG siehe Rz 903 ff). Trotz Zurückdrängung der Parteiöffentlichkeit zum Schutz der Intims- und Geheimhaltungssphäre müssen die Parteien jedenfalls die Möglichkeit haben, in der Verhandlung die Grundlagen des Gutachtens zu erörtern und zu überprüfen. *De lege lata* ist der Sachverständige (außerhalb von § 26h UWG) verpflichtet, sich in seinem Gutachten nur auf jene Befundtatsachen als Grundlage zu stützen, die dem Gericht und beiden Parteien offengelegt werden. Entscheidend ist somit, dass den Parteien die wesentlichen Ergebnisse der Befundaufnahme mitgeteilt werden und ihnen die Gelegenheit eingeräumt wird, diese kritisch hinterfragen zu können. Sofern sich der Umfang der Parteiöffentlichkeit nicht aus dem konkreten Gerichtsauftrag ergibt, ist es für den Sachverständigen schon zur Vermeidung eines Anscheins der Befangenheit geboten, allfällige Einschränkungen oder gar einen einseitigen Ausschluss der Parteiöffentlichkeit erst nach Rücksprache mit dem Gericht und einem entsprechenden Beschluss bzw einer gerichtlichen Weisung vorzunehmen.

□

V. Geheimes Zwischenverfahren?

- 818** Es wurde bereits aufgezeigt, dass über die gesetzlich anerkannten Geheimhaltungsinteressen mit abgeordnetem Beschluss zu entscheiden ist (Rz 360 ff). Diesem Beschluss über die Berechtigung einer Verweigerung geht ein *Zwischenverfahren* voraus, in dem es möglich sein muss, die Geheimhaltungsinteressen schlüssig darzulegen und zu bescheinigen. Dazu kann es aber notwendig sein, ein Unternehmensgeheimnis (oder Umriss davon) in das Verfahren einzuführen. Der Partei droht dabei die Gefahr, dass der *Öffentlichkeit* oder ihrem *Gegner* die Geheimnisse bereits in diesem Verfahrensstadium zur Kenntnis gelangen.
- 819** Auf die entsprechenden Gefahren der Volksöffentlichkeit nimmt das Gesetz ausdrücklich Rücksicht. Die Verhandlung über einen Antrag auf Ausschließung der Volksöffentlichkeit erfolgt in *nichtöffentlicher Sitzung* (§ 173 Abs 1 ZPO). Ganz allgemein gilt das Erfordernis der Volksöffentlichkeit nicht für die Anhörung der Parteien in einem Zwischenverfahren (§ 175 Abs 1 ZPO). Das ist konsequent, weil sich die Volksöffentlichkeit nur auf die eigentliche Streitverhandlung über die Hauptsache beschränkt.²⁶¹⁷ Nach zutreffender Ansicht widerspricht ein solcher Ausschluss nicht Art 6 Abs 1 EMRK, weil die davon umfassten *Zwischenverfahren* nicht unmittelbar der Wahrung von *civil rights* dienen.²⁶¹⁸ Im Zusammenhang mit der Ausschließung der Volksöffentlichkeit kommt freilich noch der Aspekt hinzu, dass bereits das öffentliche Verhandeln über einen Ausschließungsantrag in die Geheimhaltungsinteressen iWd des Antragstellers eingreifen könnte. Dieser könnte schon durch die Anforderungen an einen erfolgsversprechenden Ausschließungsantrag dazu genötigt werden, Teile der zu schützenden Geheimnisse zu offenbaren. Im Schrifttum wird zutreffend darauf hingewiesen, dass der Antrag einer Begründung bedarf, die sinnvollerweise nur vorgetragen werden kann, wenn darin bereits Umstände zur Sprache kommen, die der Öffentlichkeit vorenthalten werden sollen.²⁶¹⁹ Dem Gericht wäre es in vielen Fällen gar nicht möglich, den Antrag umfassend zu beurteilen, ohne dass ihm der zu schützende Umstand nachvollziehbar dargelegt wird. Diese Problematik hat der Gesetzgeber erkannt, indem er verfügt hat, dass die Verhandlung über einen Antrag auf Ausschließung der Volksöffentlichkeit in nichtöffentlicher Sitzung erfolgt. Nach richtiger Ansicht umfasst diese Bestimmung auch die Begründung eines Antrags auf Ausschließung der Öffentlichkeit.
- 820** Aus jenen Normen, die das Verfahren zur Prüfung eines Antrags auf *Ausschluss der Volksöffentlichkeit* regeln, könnte im Wege der Analogie für die Parteienöffent-

2617 Mat I 258; Schragel in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 175 ZPO Rz 1.

2618 Schragel in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 175 ZPO Rz 1; zweifelnd Sengstschmid in *Fasching/Konecny*³ § 175 ZPO Rz 4.

2619 Sengstschmid in *Fasching/Konecny*³ § 173 ZPO Rz 3; Schragel in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] § 173 ZPO Rz 1.

lichkeit Entsprechendes folgen. Dagegen ließe sich die unterschiedliche Interessenslage bei den beiden unterschiedlichen Formen der Öffentlichkeit einwenden: Während die Allgemeinheit im Recht auf Öffentlichkeit betroffen ist, geht es für die Partei um Gehör, faires Verfahren und effektiven Rechtsschutz. Allerdings ist – wie oben bei Rz 523 ff aufgezeigt – der Zweck der Volksöffentlichkeit zur Wahrung einer unabhängigen und qualitätsvollen Rechtsprechung allgemein und zur Sicherung einer richtigen Entscheidung im Besonderen zu beachten, wodurch – ungeachtet der sonstigen Unterschiede von Partei- und Volksöffentlichkeit – deutliche Parallelen bestehen. Zudem trifft das zur Volksöffentlichkeit Gesagte, dass die Geltendmachung eines Ausschlussgrundes nicht bereits zur volksöffentlichen Offenlegung des Grundes zwingen darf, auch für die Geltendmachung von Geheimhaltungsinteressen im Zusammenhang mit der Parteiöffentlichkeit zu. Ebenso wie die Volksöffentlichkeit den Antrag auf ihren Ausschluss konterkarieren kann, kann die Parteiöffentlichkeit verhindern, dass Geheimhaltungsinteressen bzw -pflichten oder eine Verschwiegenheitspflicht schlüssig dargelegt werden. Viele Konstellationen, bei denen eine uneingeschränkte Parteiöffentlichkeit verhindern würde, dass sich eine Partei auf ein Geheimnis beruft, sind mit dem Regelungszweck des § 173 Abs 1 ZPO vergleichbar. Das Gesetz sieht wohl keine Bestimmung vor, die es dem Geheimnisträger nur *unter Ausschluss der Parteiöffentlichkeit* ermöglicht, dem Gericht die Weigerungsgründe (etwa ein Unternehmensgeheimnis) schlüssig zu begründen. Ungeachtet dessen gelten die aus den Normen zur Volksöffentlichkeit abzuleitenden Wertungen für die Prüfung des einer Partei eingeräumten Weigerungsrechts. Die Parteiöffentlichkeit muss in einem solchen Zwischenverfahren jedenfalls dann ausgeschlossen werden können, wenn die Geltendmachung gesetzlich anerkannter *Geheimhaltungsrechte* bzw -pflichten sonst zu scheitern droht. In vielen Fällen kann die Partei ihre Geheimhaltungsinteressen – bzw -pflichten durchaus in Anwesenheit des Gegners ausreichend darlegen. Oft wird die Parteiöffentlichkeit die effektive Geltendmachung aber hemmen. Diese planwidrige Lücke kann mit Analogie zu § 173 Abs 1 ZPO geschlossen werden, damit es der Partei ermöglicht wird, dem Richter den Weigerungsgrund ohne Beteiligung des Gegners, aber unter Bezugnahme auf die vertraulichen Umstände zu offenbaren, womit dem Gericht eine umfassende Prüfung ermöglicht wird.

Die gebotene Vertraulichkeit des Verfahrens vor der erforderlichen Zwischenentscheidung lässt sich aus jenen Wertungen ableiten, die der Bestimmung des § 298 ZPO zugrunde liegen und die grundsätzlich für die hier zu prüfende Frage verallgemeinert werden können. Wie oben ausgeführt, ermöglicht § 298 Abs 2 ZPO, dass nur der relevante Teil einer vorgelegten Urkunde im Verfahren verwendet wird, wobei die Bestimmung nicht vom Geheimnisschutz losgelöst gesehen werden kann (Rz 746). Die vom Geheimnis geschützte Partei soll nicht gezwungen werden, Interna zu offenbaren, die für die Beurteilung des geltend gemachten

821

Anspruchs keine Relevanz haben.²⁶²⁰ Damit der Schutz dieser Interna nicht bereits bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 298 Abs 2 ZPO verloren geht, hat das Gericht die Voraussetzungen für eine selektive Verwertung einer Urkunde zu prüfen, ohne dass es dem Gegner möglich wäre, Einsicht in die gesamte Urkunde zu nehmen. Ähnliches gilt für § 306 ZPO und § 214 UGB. Auch diese Normen bieten daher eine tragfähige Analogiebasis für eine Art *geheimes* Zwischenverfahren unter Ausschluss der gegnerischen Partei, damit die vom Gesetz geschützten Geheimhaltungsinteressen gewahrt bleiben. Diese Vorgangsweise steht nicht im Spannungsfeld zum Recht auf Gehör, weil es dabei nicht um den eigentlichen materiellrechtlichen Anspruch geht. Dem Gericht wäre es verwehrt, die Ergebnisse des geheimen Zwischenverfahrens in der Endentscheidung zu verwerten. Es handelt sich hier unter *Zurückdrängung der Parteiöffentlichkeit* um eine Art *in camera*-Verfahren, dessen Zulässigkeit in diesem Zusammenhang – im Gegensatz zu einem entsprechenden Verfahren bezüglich des Hauptgegenstands – unproblematisch(er) erscheint und sich bereits *de lege lata* begründen lässt.

822 Dieser gebotene *flexible Umgang* mit der *Parteiöffentlichkeit* bzw deren allenfalls vorzunehmende Einschränkungen kann sich dabei auch auf § 323 Abs 2 ZPO und § 324 Abs 1 ZPO stützen. Diese Bestimmungen sind sinngemäß für die Parteienvernehmung anzuwenden und betreffen damit den hier untersuchten Themenkreis der prozessualen Kooperationspflicht. Demnach steht die Verpflichtung des Gerichts, das entsprechende Vorbringen des Zeugen (bzw der Partei) noch vor der zur Vernehmung bestimmten Tagsatzung bekanntzugeben, unter dem Vorbehalt, dass diese Bekanntgabe »tunlich« ist. *Frauenberger* weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass von dieser Formulierung der Fall umfasst ist, dass sich der Zeuge zur *Dartuung seines Weigerungsrechts* auf Tatsachen berufen müsste, aus denen selbst bereits der gefürchtete Nachteil erkennbar wäre.²⁶²¹ Auch § 324 Abs 1 ZPO deckt die hier vertretene Ansicht, das Zwischenverfahren über den Weigerungsgrund im Bedarfsfall geheim zu führen, weil das Gericht nach dieser Norm die Parteien vor der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit nur anhören *kann* (aber nicht zwingend anhören *muss*). Es handelt sich hier um ein gebundenes Ermessen, wobei der Ausschluss der Anhörung dann gerechtfertigt ist, wenn eine Anhörung der Parteien Sinn und Zweck des Weigerungsgrundes unterläuft.²⁶²² Ein solches Verfahren unter Beteiligung eines Richters, »*der mehr sieht als die Parteien*«,²⁶²³ ist der parteiöffentlichen Variante, bei der der Zeuge »*nicht genau anzugeben hat, warum er das Zeugnis verweigert, weil er sonst das Geschäftsgeheimnis indirekt preisgeben würde*«²⁶²⁴,

2620 *Tilman/Schreibauer* in FS-Erdmann 907.

2621 *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 323 ZPO Rz 3.

2622 Zutreffend *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 323 ZPO Rz 3.

2623 Vgl *Rassi*, ÖJZ 2014, 1043.

2624 *Werner* in FS-Pfeiffer 833 mwN.

jedenfalls dann vorzuziehen, wenn konkrete Angaben erforderlich sind, um beurteilen zu können, ob überhaupt ein schützenswertes Geschäftsgeheimnis vorliegt.

Das eben Gesagte gilt für die Geltendmachung von Weigerungsgründen im Bereich des Urkunden-, Augenschein- und Sachverständigenbeweises.

823

Ein *geheimes Zwischenverfahren* kennt im Übrigen die (stark an der deutschen ZPO orientierte) ZPO von Japan, wenn es um die Prüfung eines Vorlageverweigerungsgrundes beim Urkundenbeweis geht.²⁶²⁵ Vgl § 99 Abs 2 der dVwGO.²⁶²⁶ Dazu Rz 850 ff.

Die Möglichkeit eines *geheimen Zwischenverfahrens* findet sich – außerhalb des streitigen Zivilprozessrechts – im geltenden Zivilverfahren im Bereich des außerstreitigen Kartellverfahrens. In die im Zuge einer Hausdurchsuchung nach § 12 WettbG erlangten Beweise darf die antragstellende Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) zunächst nicht Einsicht nehmen, wenn der Betroffene sich auf eine gesetzlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht oder ein Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO stützt. Das hat die »Versiegelung« dieser Unterlagen zur Folge. Das Kartellgericht sichtet in weiterer Folge unter *Ausschluss der Parteiöffentlichkeit* diese Unterlagen und entscheidet anschließend, ob in die Unterlagen

824

2625 *Matsumoto*, ZJP 121 (2008) 215.

2626 § 99 Abs 2 dVwGO:

»Auf Antrag eines Beteiligten stellt das Oberverwaltungsgericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss fest, ob die Verweigerung der Vorlage der Urkunden oder Akten, der Übermittlung der elektronischen Dokumente oder der Erteilung von Auskünften rechtmäßig ist. Verweigert eine oberste Bundesbehörde die Vorlage, Übermittlung oder Auskunft mit der Begründung, das Bekanntwerden des Inhalts der Urkunden, der Akten, der elektronischen Dokumente oder der Auskünfte würde dem Wohl des Bundes Nachteile bereiten, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht; Gleiches gilt, wenn das Bundesverwaltungsgericht nach § 50 für die Hauptsache zuständig ist. Der Antrag ist bei dem für die Hauptsache zuständigen Gericht zu stellen. Dieses gibt den Antrag und die Hauptsacheakten an den nach § 189 zuständigen Spruchkörper ab. Die oberste Aufsichtsbehörde hat die nach Abs 1 Satz 2 verweigerten Urkunden oder Akten auf Aufforderung dieses Spruchkörpers vorzulegen, die elektronischen Dokumente zu übermitteln oder die verweigerten Auskünfte zu erteilen. Sie ist zu diesem Verfahren beizuladen. Das Verfahren unterliegt den Vorschriften des materiellen Geheimschutzes. Können diese nicht eingehalten werden oder macht die zuständige Aufsichtsbehörde geltend, dass besondere Gründe der Geheimhaltung oder des Geheimschutzes der Übergabe der Urkunden oder Akten oder der Übermittlung der elektronischen Dokumente an das Gericht entgegenstehen, wird die Vorlage oder Übermittlung nach Satz 5 dadurch bewirkt, dass die Urkunden, Akten oder elektronischen Dokumente dem Gericht in von der obersten Aufsichtsbehörde bestimmten Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Für die nach Satz 5 vorgelegten Akten, elektronischen Dokumente und für die gemäß Satz 8 geltend gemachten besonderen Gründe gilt § 100 nicht. Die Mitglieder des Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet; die Entscheidungsgründe dürfen Art und Inhalt der geheim gehaltenen Urkunden, Akten, elektronischen Dokumente und Auskünfte nicht erkennen lassen. Für das nichtrichterliche Personal gelten die Regelungen des personellen Geheimschutzes. Soweit nicht das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, kann der Beschluss selbständig mit der Beschwerde angefochten werden. Über die Beschwerde gegen den Beschluss eines Oberverwaltungsgerichts entscheidet das Bundesverwaltungsgericht. Für das Beschwerdeverfahren gelten die Sätze 4 bis 11 sinngemäß.«

eingesehen werden darf oder ob sie dem Betroffenen (ohne Einsicht der BWB) zurückzustellen sind. Auch hier prüft das Gericht die Berechtigung von Geheimhaltungsinteressen unter Ausschluss der Parteien.

Damit ist im Kartellverfahrensrecht eine Verwertung von Beweismitteln unter Ausblendung von nicht relevanten Umständen möglich, wobei die Parteiöffentlichkeit bei der entsprechenden Filterung ausgeschlossen ist. Nach § 12 Abs 5 WettbG idF vor dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2013 hatte bei einer Hausdurchsuchung der Inhaber von geschäftlichen Unterlagen die Möglichkeit, deren Durchsuchung oder Einsichtnahme bei der Hausdurchsuchungen zu verweigern.²⁶²⁷ Die Unterlagen waren in der Folge zu versiegeln (»auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern«) und dem Kartellgericht vorzulegen, ohne dass sie zuvor durchsucht oder eingesehen werden.²⁶²⁸ Das Kartellgericht hatte die Unterlagen zu sichten und darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie durchsucht, eingesehen und Abschriften und Auszüge daraus angefertigt werden durften oder sie dem Inhaber zurückzustellen waren. Im Gegensatz zur nunmehrigen Fassung des § 12 WettbG gibt die Fassung vor dem BGBl I 2013/13 keine Vorgabe für die Entscheidung über einen derartigen Widerspruch. Diese Sichtung sollte es aber jedenfalls (auch) ermöglichen, Unerhebliches von verfahrensrelevanten Umständen zu trennen, wobei diesbezüglich am konkreten Untersuchungsgegenstand anzuknüpfen war.

Dieser Gedanke ist durchaus dem Strafprozess nachempfunden: Nach § 112 StPO hat das Gericht nach einer Hausdurchsuchung bei einem Widerspruch gegen die Sicherstellung von Aufzeichnungen und Datenträgern im Hinblick auf berechtigte Geheimhaltungsinteressen die versiegelten Beweismittel zu sichten und darüber zu entscheiden, ob sie zu beschlagnahmen sind. Über gesetzlich normierte besondere Sicherstellungsverbote (Verschwiegenheitspflichten, Entschlagsrechte) hinaus hat dabei der Richter im Ermittlungsverfahren zu prüfen, ob die allgemeinen Voraussetzungen für eine Sicherstellung gegeben sind bzw ob die Sicherstellung und Sichtung verhältnismäßig ist.²⁶²⁹ Das Gericht hat bei einem Widerspruch also zu entscheiden, ob und inwieweit die Voraussetzungen für eine Beschlagnahme nach § 115 StPO vorliegen. Das ist nur dann der Fall, wenn die sichergestellten Gegenstände für das weitere Verfahren relevant sein

2627 Der für ein Zivilverfahren ungewöhnlich anmutenden Möglichkeit, eine Hausdurchsuchung durchzuführen liegt der Gedanke zugrunde, dass ohne eine solche Bestimmung eine effiziente Vollziehung des Kartellrechts nicht möglich erscheine (ErläutRV 1005 BlgNR 21. GP 24). Das Verfahren erinnert stark an die Bestimmungen der StPO und ist weitgehend dem Europäischen Recht, insb Art 20 der Verordnung Nr 1/2003 über die Nachprüfungsrechte der Europäischen Kommission, nachgebildet (16 Ok 7/11).

2628 § 12 Abs 5 WettbG bezieht sich nur auf den Fall, dass der Adressat der Hausdurchsuchung die Durchsuchung und Einsichtnahme von Unterlagen bei der Hausdurchsuchung nicht gestattet. Hat die Bundeswettbewerbsbehörde hingegen einmal Einsicht in die Unterlagen genommen, Kopien angefertigt und dergleichen und damit die Hausdurchsuchung beendet, kommt eine Versiegelung nicht mehr in Betracht, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich faktisch jedes Dokument angesehen wurde (16 Ok 2/12). Ein Versiegelungsantrag kommt nämlich nur im Zuge der laufenden Hausdurchsuchung selbst, aber nicht nachträglich in Betracht (*Xeniadis*, ÖZK 2012, 196).

2629 *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 112 Rz 13.

können.²⁶³⁰ Damit dürfen keine Gegenstände beschlagnahmt und in weiterer Folge verwertet werden, wenn sie für das weitere Verfahren irrelevant sind. Es besteht kein Recht des Betroffenen, bei der Entsiegelung anwesend zu sein.²⁶³¹ Die Sichtung ist vom Richter und nicht von der Staatsanwaltschaft oder der Polizei vorzunehmen.²⁶³²

Im Bereich des Wettbewerbsrechts wurde durch das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2013 der oben beschriebene Umgang mit dem Geheimhaltungsanspruch des Inhabers aus Gründen der praktischen Handhabung modifiziert.²⁶³³ Nach § 12 Abs 5 WettbG idGF hat der Inhaber von geschäftlichen Unterlagen bei einer Hausdurchsuchung nach wie vor die Möglichkeit, der Einsichtnahme oder Beschlagnahme zu widersprechen. Allerdings muss sich der Inhaber auf bestimmte, einzeln bezeichnete Unterlagen und eine ihn treffende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit oder ein ihm zustehendes Recht zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO beziehen. Die beschriebenen Kautelen entlasten das Gericht, weil sich dieses bei der Behandlung des Widerspruchs darauf zu beschränken hat, ob ein in § 12 Abs 5 WettbG erwähnter Weigerungsgrund vorliegt. Nach den Materialien hat das Gericht in diesem Verfahrensstadium die Beweisrelevanz der Unterlagen nicht zu beurteilen.²⁶³⁴ Dem ist ein Teil des Schrifttums gefolgt. Sowohl von *Wollmann/Urlesberger* als auch von *Gänser/Harsdorf/Xeniadis* wird vertreten, dass die Grenze des Untersuchungsgegenstands gemäß dem jeweiligen Hausdurchsuchungsbefehl eine Versiegelung nicht mehr rechtfertigen soll.²⁶³⁵ Dem hat zu Recht *Kaps* widersprochen und unter Verweis auf § 11a Abs 1 Satz 1 WettbG darauf hingewiesen, dass die Einsichtnahme und Prüfung derartiger Unterlagen nicht zur Wahrnehmung der Aufgaben der BWB erforderlich sei, wenn die Unterlagen nicht mehr vom durch den Hausdurchsuchungsbefehl definierten Untersuchungsgegenstand umfasst sind.²⁶³⁶

Die allgemeine Aussage in der Regierungsvorlage greift zu kurz. Gleichzeitig mit der genannten Novelle wurde nämlich klargestellt, dass die Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde (Versiegelung der Räumlichkeiten für die Dauer der Hausdurchsuchung, Beschlagnahme) an die Sicherung des Ermittlungserfolgs geknüpft sind (§ 12 Abs 4 WettbG). Das ergibt sich bereits aus der EMRK. So fordert etwa der EGMR bei Hausdurchsuchungen mit Blick auf einen möglichst schonenden Eingriff, dass nur die für das Verfahren *relevanten Beweismittel* sichergestellt werden dürfen.²⁶³⁷ Diese Vorgaben verhindern, dass irrelevante Beweismittel in das Verfahren einfließen dürfen, selbst wenn sie nicht vom Geheimhaltungsschutz des § 12

2630 ZB deshalb, weil sie »*voraussichtlich im weiteren Verfahren als Beweismittel erforderlich sein werden*«.

2631 *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 112 Rz 16.

2632 *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 112 Rz 15.

2633 ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 16 (»*Ein derartiges unbegrenztes Widerspruchsrecht ist nicht praktikabel*«).

2634 ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 16. Im Fall des § 112 StPO kommt diese Aufgabe dem Staatsanwalt zu, vgl *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 112 Rz 15.

2635 *Wollmann/Urlesberger*, *ecolex* 2013, 255; *Gänser/Harsdorf/Xeniadis*, *ÖZK* 2013, 22.

2636 *Kaps*, *wbl* 2013, 373; ähnlich auch *Feldner/Thalhammer* (*ecolex* 2016, 895), die die Anfertigung von Kopien von physischen oder elektronischen Unterlagen, die nicht unter den Untersuchungsgegenstand fallen, als Exzess qualifizieren, der Bundeswettbewerbsbehörde freilich ein diesbezügliches Einsichtsrecht zur kursorischen Prüfung zubilligen.

2637 EGMR 3. 7. 2012, 30457/06, *Robathin/Österreich*.

Abs 5 WettbG umfasst sind. Dass es in dieser Phase der BWB als Partei (!) obliegen soll, die Beweisrelevanz zu beurteilen,²⁶³⁸ widerspricht der Vorgabe, dass nur die für das Verfahren notwendigen Beweismittel sichergestellt werden dürfen. Die mit der Novelle zum WettbG verbundene Neuformulierung des Versiegelungsrechts hatte nicht den Zweck, die Befugnisse der BWB über den gesetzlichen Rahmen und die Erforderlichkeit für die Ermittlungshandlungen auszudehnen.²⁶³⁹

Daraus ergibt sich, dass bereits vom Gericht bei der Frage über den Widerspruch die Frage der Relevanz mitzuprüfen ist. Insoweit Unterlagen keine Deckung im Untersuchungsgegenstand finden, sind sie dem Betroffenen auszufolgen.

Die Einsichtnahme bzw Beschlagnahme von für das Verfahren relevanten Unterlagen ist Lasten einer effektiven Rechtsverfolgung von Kartellrechtsverstößen nur dann zu verweigern, wenn eine gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit oder ein Recht zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO vorliegt. Ist Letzteres zu verneinen, besteht kein Recht auf Versiegelung.²⁶⁴⁰ Daraus ist mit *Kaps* der Schluss zu ziehen, dass die Verschwiegenheitspflicht und das Aussageverweigerungsrecht es dem Betroffenen ermöglichen, die Grenzen des Ermittlungsspielraums der BWB enger zu ziehen, als dieser durch den Untersuchungsgegenstand definiert ist.²⁶⁴¹

825 Auch der jüngst im Zuge der Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL geschaffene § 37j Abs 7 KartellG 2005 fügt sich in das hier beschriebene System ein. Mit § 37j KartellG 2005 wurden Ansprüche auf Offenlegung von Beweismitteln normiert. Gemäß Abs 7 leg cit kann der zur Offenlegung Verpflichtete nach Vorbild des § 12 Abs 5 WettbG verlangen, dass bestimmte, einzeln bezeichnete Beweismittel wegen einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht oder eines ihm zustehenden Rechts zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO nur gegenüber dem Gericht offengelegt werden. In diesem Fall hat das Gericht nach Sichtung der Beweismittel *ohne Beteiligung der Parteien* mit Beschluss zu entscheiden, ob die Beweismittel der die Offenlegung begehrenden Partei gegenüber offengelegt werden. Auch diese Norm schließt die Parteiöffentlichkeit aus, damit die Geheimnisse der zur Kooperation verpflichteten Partei nicht bereits im Zwischenverfahren preisgegeben werden müssen. Sie ist außerdem für die hier vorliegende Problematik besonders analogiefähig, zumal sie das streitige Verfahren betrifft und von der Wertung geprägt ist, dass einer Partei die prozessuale Kooperation bei widerstreitenden Geheimhaltungsinteressen zumutbar gemacht werden soll.

826 Der Überblick hat gezeigt, dass ein *in camera*-Verfahren bei Zwischenentscheidungen über Fragen zur prozessualen Mitwirkung und Aufklärung bereits *de lege lata* möglich ist. Unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der § 173 Abs 1, § 298 Abs 2, § 306, § 323 Abs 2 und § 324 Abs 1 ZPO, § 214 UGB, § 37j Abs 7 KartellG 2005

2638 ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 16.

2639 *Kaps*, wbl 2013, 373.

2640 *Kaps*, wbl 2013, 372.

2641 *Kaps*, wbl 2013, 373.

und § 12 Abs 5 WettbG wird es dem Gericht im Wege einer Gesamtanalogie ermöglicht, die in einem Zwischenverfahren gebotene Überprüfung von behaupteten Geheimhaltungsinteressen unter Ausschluss der Parteiöffentlichkeit vorzunehmen, um es dem zu einem Geheimnis Berechtigten bzw Verpflichteten zu ermöglichen, die Voraussetzungen für die Geheimhaltung schlüssig darzulegen und zu bescheinigen und sich dabei auf das Geheimnis inhaltlich zu berufen.

VI. Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens auch für entscheidungsrelevante Umstände nach geltendem Recht vor der UWG-Novelle 2018?

A. Einleitung

Auch im Zivilprozess gilt das rechtliche Gehör und der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit nicht unbeschränkt. Zwar wurden oben zahlreiche Ausnahmen für die Parteiöffentlichkeit nachgewiesen, etwa der Schutz von vertraulichen Umständen, die für die Entscheidung keine Relevanz haben, die temporäre Einschränkung der Parteiöffentlichkeit oder das geheime Zwischenverfahren zur Prüfung von Geheimhaltungspflichten oder -rechten. Dennoch scheint der Grundsatz, dass das Gericht die vor der Parteiöffentlichkeit geschützten Informationen in seiner *Entscheidung nicht verwerten* darf, in Lehre und Rechtsprechung wohl weitgehend anerkannt. Nach der hA kann der Anspruch auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit dem relevanten und zu verwertenden Prozessstoff nicht wesentlich eingeschränkt werden. Selbst bei einer maßvollen Einschränkung der Parteiöffentlichkeit ist es nach diesem Konzept dem Gericht verwehrt, jene Umstände zu verwerten, von denen die Parteien keine Kenntnis haben.

827

Dieser Ansatz steht freilich im Spannungsfeld mit den oben aufgezeigten Grundsätzen zur EMRK und zum Unionsrecht sowie zum Postulat nach einer praktischen Konkordanz bei widerstreitenden grundrechtlichen Positionen. Die Vertreter eines sogenannten *in camera*-Verfahrens plädieren deshalb für eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit *auch* bei Umständen, die später in der Hauptentscheidung verwertet werden sollen. Damit könnte der nicht beweisbelasteten Partei im Hinblick auf die von ihr zu wahrenen Geheimnisse die prozessuale Kooperation dann zumutbar gemacht werden, wenn die vertraulichen, von der nicht beweisbelasteten Partei eingeführten Umstände zur Vermeidung einer Beweisnot des Beweisführers verwertet werden sollen.

828

Eine strikte Fokussierung auf den Anspruch auf Gehör muss diese (gerade auf eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit gestützte) Idee eines *in camera*-Verfahrens schon im Ansatz scheitern lassen. Im Wesentlichen werden von den

829

Kritikern eines solchen Verfahrens dazu drei Argumente vorgebracht: 1. Eine derartige Einschränkung der Parteiöffentlichkeit bedeute einen nicht hinzunehmenden Verstoß gegen das rechtliche Gehör. 2. Ein derartiges »Geheimverfahren« sei im Gesetz nicht vorgesehen. 3. Zahlreiche einfachgesetzliche Bestimmungen verhinderten bei entscheidungsrelevanten Tatsachen den Ausschluss der Parteiöffentlichkeit.

- 830 Es folgt ein Überblick über Vorschläge zu einem derartigen Ausschluss samt den jeweiligen Begründungsansätzen und die Kritik daran, wobei zunächst der Meinungsstand in Deutschland skizziert werden soll. Im Anschluss soll geprüft werden, ob die Bestimmungen der ZPO einem *in camera*-Verfahren in der Hauptsache tatsächlich im Wege stehen.

B. Meinungsstand in Deutschland

- 831 *Kohler* schlug bereits 1889 eine Art Geheimverfahren im Zusammenhang mit Augenscheinsgegenständen vor.²⁶⁴² Er behandelt zunächst den Umgang mit nicht entscheidungsrelevanten Umständen, geht aber ebenfalls auf die in diesem Abschnitt interessierende Frage ein, ob ein *in camera*-Verfahren für entscheidungsrelevante Umstände möglich ist. Der Prozess könne laut *Kohler* nicht verlangen, »*dass die Partei des Prozesses halber ihr Eigenthum zu nichte mache*«. ²⁶⁴³ Demnach müssten bei außerhalb der Streitsache liegenden Geheimhaltungsinteressen alle Vorkehrungen getroffen werden, damit die Individualinteressen des Exhibitionspflichtigen möglichst wenig angetastet werden. ²⁶⁴⁴ Zu den zu schützenden Interessen zählt *Kohler* körperliche Untersuchungen²⁶⁴⁵ und das Gewerbegeheimnis. Letzteres sei ein Hemmnis für den Augenschein, der die Fortdauer des Geheimnisses gewährleisten müsse.²⁶⁴⁶ Wenn eine umfassende Besichtigung (etwa einer Fabrik) nicht nötig ist, könne die Partei verlangen, dass sich der Augenschein auf die nötigen Teile beschränkt. Ist es für den Prozess aber erforderlich, dass derjenige Teil besichtigt werden soll, der das Geschäftsgeheimnis enthält, so bleibt nach *Kohler* »*nichts übrig, als dass die Besichtigung in Abwesenheit des Gegners und in Abwesenheit weiterer Personen stattfindet und dass sie mit Hilfe von Sachverständigen stattfindet, welche*

²⁶⁴² *Kohler*, Forschungen 78 ff; vgl dazu auch *Stadler*, Schutz 231.

²⁶⁴³ *Kohler*, Forschungen 82.

²⁶⁴⁴ *Kohler*, Forschungen 82.

²⁶⁴⁵ Hier hätte sich der gerichtliche Augenschein auf das Surrogat der Beobachtungen durch Sachverständige zu beschränken; *Kohler*, Forschungen 83.

²⁶⁴⁶ *Kohler* hat hier vor allem den Missbrauch des Gegners im Auge. Demnach stünde es sonst jedem Konkurrenten frei, das Gewerbegeheimnis dadurch zu brechen, dass er (oder ein Zwischenmann) einen Patentverletzungsprozess anstrengen und einen Augenschein beantragen könne. Vgl *Kohler*, Forschungen 84.

genügende Garantien gegen Verrat des Geheimnisses bieten und noch besonders zur Wahrung desselben verpflichtet werden.«²⁶⁴⁷ Der Geheimnisträger müsse das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses glaubhaft machen.²⁶⁴⁸ Im Gegensatz zur körperlichen Untersuchung müsse das Ergebnis der Besichtigung bei einem Geschäftsgeheimnis etwa in den Entscheidungsgründen des Urteils geheim gehalten werden. Im Notfall müsse durch eine verschlossene Beilage, die nur von der Rechtsmittelinstanz geöffnet werden dürfe, »oder in anderer Art geholfen werden«.²⁶⁴⁹ Ähnlich wie später von *Stürner* vertreten (vgl dazu unten), betrachtet *Kohler* die geschilderten Beschränkungen beim Augenschein gegenüber einem völligen Verzicht auf die Beweisaufnahme als das kleinere Übel. Das Gewerbegeheimnis könne bei der von ihm vertretenen Ansicht nicht als Vorwand für Eingriffe in fremde Rechte missbraucht werden.²⁶⁵⁰ Aus den Ausführungen *Kohlers*, die sich auf britische Entscheidungen stützen, geht hervor, dass er ein derartiges Geheimverfahren bereits *de lege lata* als zulässig erachtet.²⁶⁵¹ Eine entsprechende ausdrückliche Regelung im Prozessrecht sei freilich wünschenswert.²⁶⁵²

Das Spannungsfeld der Geheimhaltungsinteressen zum rechtlichen Gehör bzw zum effektiven Rechtsschutz wurde 1914 von *Koepfel* angesprochen. Er kritisierte, dass die Wahrheitsermittlung dadurch leide, weil die Parteien auf die Geltendmachung dessen verzichten, was sie geheim zu halten wünschen. Die Parteien stünden vor der Wahl, entweder auf die Geltendmachung ihres Rechts oder auf ihr Geheimnis zu verzichten.²⁶⁵³ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die in den Prozess eingebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel dem Gegner offenstehen müssen.

Ausführlicher wurde die Problematik 1939 von *von Hippel* in einer grundlegenden Arbeit über die Wahrheitspflicht beleuchtet. *Von Hippel* knüpft dabei an den Grundsatz an, dass der Richter nichts zur Kenntnis nehmen und verwerten dürfe, was nicht in ganz der gleichen Weise den Parteien offenzulegen ist. Im Sinne einer unverbrüchlichen Parteiöffentlichkeit dürften die Parteien und ihre Vertreter »den Richter bei allen Handlungen auf Schritt und Tritt begleiten, wohin der Weg immer führen mag«.²⁶⁵⁴ Allerdings hält dieser Autor diese Anforderung (nur) in ihrem Kern bzw als *Grundgedanke* für berechtigt. Dabei würde einseitig auf Kontrollinteressen der Parteien und der weiteren Rechtsgemeinschaft abgestellt und die Möglichkeit überwiegender echter Gegeninteressen übersehen, vornehmlich das Interesse der Par-

2647 *Kohler*, Forschungen 84.

2648 *Kohler*, Forschungen 85.

2649 *Kohler*, Forschungen 84.

2650 *Kohler*, Forschungen 85.

2651 *Kohler*, Forschungen 84.

2652 *Kohler*, Forschungen 88.

2653 IdS bereits *Kloepfel*, JW 1914, 223.

2654 *Von Hippel*, Wahrheitspflicht 255.

teien, ihre Verhältnisse im Bedarfsfall dem Richter zu offenbaren, ohne sie zugleich dem Gegner und der übrigen Welt in ganz der gleichen Weise preiszugeben.²⁶⁵⁵ Von Hippel spricht von einer »Fehlanwendung der Gleichheitsidee« auf das Verhältnis von Richter und Partei, wenn man davon ausgeht, dass alles, was dem Richter zukommt in gleicher Weise den Parteien zukommen müsse. Dies stelle die Parteien vor die fatale Wahl, ihre Verhältnisse entweder der richterlichen Beurteilung zu unterbreiten, zugleich aber Dritten in einem Umfang Einblick zu gewähren, der peinlich und ungerechtfertigt ist, oder im Interesse anzuerkennender Geheimhaltung dem Richter Einblick in Verhältnisse zu versperren, die ihm im Interesse der Wahrheitsfindung zugänglich gemacht werden sollten. Er wirft die Frage auf, ob das Problem der Parteiöffentlichkeit keine differenziertere Behandlung vertrage.²⁶⁵⁶ Bemerkenswert »modern« plädiert er gegen die schematische Gleichbehandlung von Richter und Parteien, damit nicht entweder das Rechtsschutzinteresse oder das Interesse an der Geheimsphäre aufgeopfert werden müsste.²⁶⁵⁷ Die unbedingte Parteiöffentlichkeit habe die Zwangswahl zur Folge, ob man sich in Prozessform durch Gegeninteressenten über Dinge aushorchen lassen soll, die man zwar zu behördlicher Kenntnis zu bringen bereit ist, aber nicht in gleicher Weise zur Kenntnis unsachlicher und feindlich gestimmter Personen, oder ob man auch dem Richter den Zutritt versperren muss, nur um den Gegner nicht derart hineingucken zu lassen.²⁶⁵⁸ Der Autor plädiert für die Aufgabe des »Dogmas schematischer Gleichbehandlung von Richter und Partei.«²⁶⁵⁹ Damit könnte jener Zirkel verlassen werden, demzufolge immer entweder das Rechtsschutzinteresse oder das Interesse an der Geheimsphäre aufgeopfert werden müsste.²⁶⁶⁰ Dabei bringt von Hippel die von ihm bejahte Aufklärungspflicht der Parteien ins Spiel, für die jene Formen vorzusehen seien, die den Betroffenen nicht ungerechtfertigt bloßstellen und es ihm damit erst ermöglichen, die Aufklärung »in genügende Tiefen vortreiben zu lassen.«²⁶⁶¹ Mangelnde Rücksichtnahme auf die Wahrung der Geheimsphäre führe geradezu zu einer Beschränkung der Wahrheits- und Aufklärungspflicht, während umgekehrt angemessene Schonung des richtig verstandenen Geheiminteresses das Anwendungsgebiet der Wahrheits- und Aufklärungspflicht erweitere.²⁶⁶² Es sei daher die Aufgabe, mit der bisherigen Einheitsform des Abhörens zu brechen und sachlich erwünschter Offenlegung jeweils eine Form zu geben, die echtes Aufklärungsinteresse befriedige.²⁶⁶³ Als Beispiel für

2655 Von Hippel, Wahrheitspflicht 256 f.

2656 Von Hippel, Wahrheitspflicht 258.

2657 Von Hippel, Wahrheitspflicht 259.

2658 Von Hippel, Wahrheitspflicht 259.

2659 Von Hippel, Wahrheitspflicht 259.

2660 Von Hippel, Wahrheitspflicht 259.

2661 Von Hippel, Wahrheitspflicht 260.

2662 Von Hippel, Wahrheitspflicht 260.

2663 Von Hippel, Wahrheitspflicht 260 f.

eine befriedigende Auflösung des Spannungsfelds verweist *von Hippel* auf die Regelung der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung 1793 zur Urkundenvorlage.²⁶⁶⁴ Bei näherer Analyse dieser Normen fallen deutliche Parallelen zu §§ 298 und 306 der österreichischen ZPO auf. Nach *von Hippel* löst die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung den Knoten, indem sie jene berechtigten Interessen an Aufklärung und Geheimsphäre nebeneinander anerkennt und in einer übergeordneten Regelung in Einklang bringt. *Von Hippel* betont, dass man dadurch die notwendige Aufklärung unbefangen in die Tiefe treiben und die Parteien selbst an der Mitprüfung des Materials laufend teilnehmen lassen kann, *ohne* darüber berechnete Interessen an der Bewahrung privater Lebensverhältnisse verletzen zu müssen. Erst der Umstand, dass man in der Form der Aufklärung mit aller Schonung vorgehe, ermögliche es, in der Sache ohne jeden Nachlass zu verfahren.²⁶⁶⁵

Wenngleich der Lösungsansatz recht allgemein bleibt und sich die Einschränkung der Parteipflicht nur auf *irrelevante* Umstände bezieht, ist der Grundgedanke für die hier zu erarbeitende Lösung wertvoll: Der Grundsatz der Parteipflicht gilt nicht ausnahmslos, sondern kann bei geschützten Geheimnissen Einschränkungen erfahren. Eine derartige Einschränkung darf nicht dazu führen, dass das Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör und das Prinzip der Waffengleichheit verletzt wird. Die von *von Hippel* exemplarisch erwähnten Bestimmungen der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung erscheinen unter diesem Gesichtspunkt unbedenklich, weil danach ein Ausschluss der Parteien nur hinsichtlich der nicht zu verwertenden Teile der Urkunde erfolgen darf. Nach der

834

2664 § 98: Wenn eine Partei, von welcher die Edition gefordert wird, zwar eingesteht, ein dergleichen Dokument bei sich zu haben, zugleich aber angibt, dass darin gar nichts zur Sache Gehöriges enthalten sei und also die Edition nur aus Irrtum oder gar aus Schikane oder strafbarer Neugier gefordert werde, so muß sie dennoch das Original dem Instruenten und zugleich, wenn der Gegenteils es verlangt, dem ordentlichen Dezernten vorzeigen, welche, wenn sie die Angabe richtig befinden, eine Registratur darüber aufnehmen, das Original aber dem Inhaber sofort zurückgeben und über dessen Inhalt ein unverbrüchliches Stillschweigen, auf ihren geleisteten Amtseid, beobachten müssen.

§ 99: Wenn in einem herauszugebenden Dokumente zwar etwas zur gegenwärtigen Sache Gehöriges, außerdem aber auch noch andere Stellen enthalten sind, wobei dem Inhaber daran gelegen ist, dass sie nicht allgemein bekannt werden sollen, so steht ihm frei, nur einen Extrakt in Ansehung der Unterschrift und der zur Sache gehörenden Stelle, jedoch mit Beifügung des Eingangs, des Schlusses, des Datums und der Unterschrift zu den Akten zu geben, das Original aber nur dem Instruenten und, auf Verlangen des Gegenteils, auch dem Dezernten vorzuzeigen; welche, wenn darin, außer der extrahierten Stelle, weiter nichts zur Sache Gehöriges enthalten ist, dieses unter dem Extrakt attestieren, das Original aber, nachdem dasselbe in Ansehung der Unterschrift und der zur Sache gehörigen Stelle der oder den Parteien vorgezeigt worden, dem Inhaber sofort zurückzugeben, und über den anderen Inhalt desselben ein ebenso gewissenhaftes Stillschweigen, auf ihren Amtseid beobachten müssen.«

§ 112: Wenn ein Dokument mehrere zur Sache nicht gehörige Stellen enthält und der Producent dasselbe vollständig zu den Akten zu geben Bedenken trägt [...] kann [...] eben so zu verfahren als oben § 99 [...] wegen der Edition verordnet worden ist.

2665 *Von Hippel*, Wahrheitspflicht 263.

neueren Lehre, die im Wesentlichen auf *Stürner* zurückgeht, soll hingegen eine Verwertung jener Beweisergebnisse möglich sein, die von den Parteien nicht überprüft werden konnten.

- 835 Im Bereich des Patentrechts plädierte *Schweikhardt* 1962 für ein »gerichtliches Sonderverfahren«, wenn sich die Parteien nicht auf ein freiwilliges Verfahren zur Prüfung eines Patenteingriffs unter Bedachtnahme auf Geheimnisse einigen könnten.²⁶⁶⁶ Dabei könne man vorsehen, dass bereits vor Erhebung einer Klage ein Gerichtsbeamter als »technischer Beauftragter« das strittige Verfahren oder die Vorrichtung in Augenschein nimmt. Dieser Beauftragte hätte Ähnlichkeit mit einem Staatsanwalt und würde beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine Klage vorliegen, ohne dass er dies entscheiden würde. Der von ihm ausgearbeitete Bericht würde anstatt eines Beweises als Ausgangssituation für das Fällen eines Urteils dienen. Er könne entweder zu dem Schluss kommen, dass keine Verletzung vorliegt, oder davon ausgehen, dass der Gegner den Wortlaut des Patents benutze. Allenfalls könne versucht werden, einen Vertreter des Patentinhabers einzuschalten, der mit dem »technischen Staatsanwalt« unter Ausschluss der Öffentlichkeit über Einzelheiten des Berichts verhandeln kann, dem Kläger aber nur über das Ergebnis, nicht aber über Tatsachen berichten dürfe.²⁶⁶⁷ Der Autor lässt die Institution eines solchen Vertreters als fraglich erscheinen, weil das Vertrauen in die Zuverlässigkeit anderer Menschen abnehme. Vom technischen Vertreter würde man allerdings ein korrektes Verhalten ohne weiteres erwarten können. *Schweikhardt* erkennt die grundsätzlichen Bedenken gegen seine Anregung, hält aber gleichzeitig fest, dass das Rechtssystem stets den Notwendigkeiten des bürgerlichen Lebens folgen soll und nicht umgekehrt.²⁶⁶⁸
- 836 1976 bejahte *Stürner* die Möglichkeit des geheimen gerichtlichen Verfahrens als *ultima ratio*, das einerseits Aufklärung bringt und andererseits das Geschäftsgeheimnis schonen soll.²⁶⁶⁹ Die Problematik, dass diese Forderung im Spannungsfeld zum rechtlichen Gehör steht, wird von diesem Autor nicht übersehen. Im Zusammenhang mit dem bereits von *Schweikhardt* ins Spiel gebrachten zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertreter der ausgeschlossenen Partei vertritt *Stürner*, dass man es der aufklärungspflichtigen Partei kaum zumuten könne, ihr Geheimnis dem gegnerischen Anwalt zu offenbaren.²⁶⁷⁰
- 837 *Stürner* anerkennt in diesem Zusammenhang aber die Möglichkeit des (sonst verpönten) vorherigen Verzichts auf Parteiöffentlichkeit und rechtliches Gehör.²⁶⁷¹

2666 *Schweikhardt*, GRUR 1962, 123 f.

2667 *Schweikhardt*, GRUR 1962, 123 f.

2668 *Schweikhardt*, GRUR 1962, 123.

2669 *Stürner*, Aufklärungspflicht 223; *Stürner*, JZ 1985, 458.

2670 *Stürner*, Aufklärungspflicht 224; idS bereits *Schweikhardt*, GRUR 1962, 124.

2671 Vgl auch *Stürner/Stadler*, JZ 1985, 1104 [Entscheidungsanm.]. Ihm folgend zB *Spindler/Weber*, MMR 2006, 713; *Stadler*, NJW 1989, 1204.

Die risikobelastete Partei stünde sonst vor der Wahl, entweder Rechtsschutz mit rechtlichem Gehör, aber ohne gegnerische Aufklärungspflicht und damit effektiven Rechtsschutz zu erlangen, oder aber Rechtsschutz ohne volles Gehör, aber mit gegnerischer Aufklärungspflicht und damit effektiven Rechtsschutz. Das rechtliche Gehör werde sonst zum Anlass der Aushöhlung des Rechtsschutzes, weil es die gegnerische Aufklärung unzumutbar mache, ohne die das Beweisrisiko nicht zu bewältigen sei.²⁶⁷² Die Unverzichtbarkeit vollen rechtlichen Gehörs würde die grundrechtliche Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes beschränken oder gar leerlaufen lassen, so dass ein Grundrecht das andere blockieren würde.²⁶⁷³ Der geforderte Verzicht umfasse den Umstand, dass die Beweisaufnahme in Abwesenheit der beweisbelasteten Partei geschehen müsse. Über das Ergebnis der Aufklärung könne diese nur insoweit unterrichtet werden, als dadurch keine Rückschlüsse auf das Geheimnis möglich wären. Auch der Urteilsspruch und die Entscheidungsgründe dürften nicht so gefasst werden, dass ein genauerer Rückschluss auf das Geheimnis möglich sei; gefordert sei eine »*schonende Fassung der Urteilsgründe*«. ²⁶⁷⁴ Schließlich sei die beweisbelastete Partei von der Einsicht in die entsprechenden Teile des Akts ausgeschlossen. Die durch das (auch von *Stürner* so bezeichnete) »Geheimverfahren« verursachten Eingriffe in das Gefüge der ZPO möge man für bedenklich halten; sie sind nach *Stürner* aber gegenüber dem um des Geheimnisses willen verweigerten Rechtsschutz das kleinere Übel bzw letztlich wohl »*der einzige Ausweg*«, wenn man bei Geheimnissen, die für die Entscheidung über das Vorliegen einer Rechtsverletzung streitig und erheblich sind, nicht zwischen Rechtsverweigerung für den Berechtigten und Preisgabe schützenswerter Geheimnisse des vielleicht unbegründet Beklagten wählen wolle.²⁶⁷⁵ Damit darf nach Ansicht von *Stürner* das Gericht jene Beweisergebnisse verwerten, die einer der Parteien gar nicht bekannt waren und nie bekannt werden. Diesen Umstand relativiert *Stürner* mit dem Hinweis, es seien nur die Verfahrensrechte jener Partei eingeschränkt, die das Risiko für die Aufklärung der »geheimen« Tatsachen trage und die deshalb durch das Geheimverfahren nur gewinnen und nichts verlieren könne.²⁶⁷⁶ Das Geheimverfahren übertrage nur die von der Praxis bei materiellrechtlichen Informationsrechten entwickelte Methode des neutralen Vertrauensmannes (vgl dazu unter Rz 926) auf das Prozessverfahren mit der Maßgabe, dass das Gericht – uU zusammen mit dem gerichtlichen Sachverständigen – die neutrale Stelle sei, der alles anvertraut und offengelegt werden müsse. An der Tatsache, dass die Rechtsprechung bei der negativen Würdigung verweigerter Aufklärungsmithilfe zurückhaltend

2672 *Stürner*, Aufklärungspflicht 227.

2673 *Stürner*, JZ 1985, 459.

2674 *Stürner*, Aufklärungspflicht 227.

2675 *Stürner*, Aufklärungspflicht 227; *Stürner/Stadler*, JZ 1985, 1104 [Entscheidungsanm].

2676 *Stürner*, Aufklärungspflicht 228.

sei, wenn sich die betroffene Partei auf Betriebsgeheimnisse berufe, werde sich kaum etwas ändern, solange man sich nicht zu einem Geheimverfahren unter Ausschluss der im Wettbewerb konkurrierenden Partei entschließen könne.²⁶⁷⁷ Diese Ausführungen von *Stürner* beziehen sich in erster Linie auf Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei.

Bei (den in dieser Arbeit nicht näher untersuchten) Geheimhaltungsinteressen der beweisbelasteten Partei plädierte *Stürner* 1985 für deren Schutz dahingehend, dass der Gegner den detaillierten Vortrag nicht erfährt und von der Beweisaufnahme ausgeschlossen bleibt, um nur ihre unverfänglichen Ergebnisse zu erfahren. Rechtsschutz und Gehör des Gegners würden hier zugunsten des Rechtsschutzanspruchs des Geheimnisträgers verkürzt. Das lässt sich laut *Stürner* durch den Gedanken rechtfertigen, dass andernfalls die Opfergrenze für den effektiven Rechtsschutz praktisch vereitelt wäre. Die Rechtsschutzgewährleistungen beider Parteien müssten in *praktische Konkordanz* gebracht werden.²⁶⁷⁸ Daran anschließend führt *Stürner* § 139 dPatG²⁶⁷⁹ an, wonach die Interessen des beweisbelasteten Beklagten, dessen geheimes Herstellungsverfahren ein Patent verletzen soll, an der Wahrung seiner Herstellungs- und Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen sind. Nach *Stürner* muss der Beklagte im Sinne des § 139 Abs 3 Satz 2 dPatG nur gegenüber einem schweigepflichtigen Sachverständigen aufklären oder vor Gericht nur in Abwesenheit der Gegenpartei aussagen.²⁶⁸⁰ Volle Offenlegung von Geheimnissen dürfe allerdings bei feststehendem Rechtsbruch verlangt werden.

- 838 Die Thesen von *Stürner* zum Geheimverfahren baute *Stadler* mehrfach aus. Sie bedauert, dass das deutsche Zivilprozessrecht keine Möglichkeit bietet, entscheidungserhebliche Unternehmensgeheimnisse einer Partei zu verwerten, sie aber *gleichzeitig* vor einem drohenden Missbrauch durch den Prozessgegner wirksam zu schützen.²⁶⁸¹ Der Konflikt zwischen Geheimnisschutz und verfahrensförmiger Wahrheitsermittlung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs sei nur durch eine Güterabwägung zu lösen. Diese führe dazu, dass bei Unternehmensgeheimnissen, deren Missbrauch dem betreffenden Unternehmer einen erheblichen Schaden zuzufügen geeignet sei, der betroffenen Partei die prozessuale Aufklärung insoweit nur dann zumutbar sei, wenn der Gegner selbst von der Beweisaufnahme ausgeschlossen werde und flankierende Maßnahmen des Gerichts verhinderten, dass

2677 *Stürner/Stadler*, JZ 1985, 1104 [Entscheidungsanm].

2678 *Stürner*, JZ 1985, 459.

2679 »Ist Gegenstand des Patents ein Verfahren zur Herstellung eines neuen Erzeugnisses, so gilt bis zum Beweis des Gegenteils das gleiche Erzeugnis, das von einem anderen hergestellt worden ist, als nach dem patentierten Verfahren hergestellt. Bei der Erhebung des Beweises des Gegenteils sind die berechtigten Interessen des Beklagten an der Wahrung seiner Herstellungs- und Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.«

2680 Damit nimmt *Stürner* auch schon Ergebnisse der zur Durchsetzungs-RL geführten Diskussion vorweg. Dazu Rz 476.

2681 *Stadler*, Schutz 232.

er anderweitig vom Unternehmensgeheimnis erfahre.²⁶⁸² Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit gelte nicht ausnahmslos, wobei allerdings der Parteiausschluss zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen das rechtliche Gehör in weit größerem Ausmaß tangiere als bei anderen Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit.²⁶⁸³ Hier gehe es gerade darum zu verhindern, dass der Prozessgegner nachträglich vom Geheimnis erfahre.²⁶⁸⁴ Eine solche Einschränkung lasse sich nicht analog zu jenen Fällen begründen, bei denen das Gesetz die Parteiöffentlichkeit (nur) während der Durchführung der Beweisaufnahme beschränkt, die nachfolgende Unterrichtung von deren Ergebnissen aber nicht verhindert.²⁶⁸⁵ Ein Verzicht auf das rechtliche Gehör könne – wie von *Stürner* vertreten – einen derartigen Ausschluss nicht rechtfertigen. Zum einen sei ein (hier erforderlicher) vorheriger Verzicht ausgeschlossen. Zum anderen könne der freiwillige Verzicht nur den Ausschluss der beweisbelasteten Partei, nicht aber jenen des Gegners rechtfertigen.²⁶⁸⁶

Dennoch sei aber aus verfassungsrechtlichen Überlegungen die Einschränkung des rechtlichen Gehörs zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen gerechtfertigt.²⁶⁸⁷ Die Geltung des Rechts auf Gehör erfahre bei Kollisionen mit anderen Grundrechten system- und sachgerechte Einschränkungen.²⁶⁸⁸ Bei der Lösung der Problematik stünden sich die miteinander kollidierenden Grundrechte auf rechtliches Gehör, Eigentum und effektiven Rechtsschutz gegenüber. Auch *Stadler* unterscheidet hier zwei Grundkonstellationen: Wenn etwa der Beweis nur durch Offenlegung *eigener Geheimnisse* des Beweisführers erfolgen könne, würden Eigentumsschutz und effektiver Rechtsschutz der beweisbelasteten Partei mit dem Recht auf Gehör des Gegners kollidieren.²⁶⁸⁹ Kann hingegen die beweisbelastete Partei den ihr obliegenden Beweis nur mittels eines *Unternehmensgeheimnisses des Gegners* erbringen, frage man sich, ob effektiver Rechtsschutz der beweisbelasteten Partei unter Beschränkung ihres Anspruchs auf Gehör möglich sei.²⁶⁹⁰

In beiden Fällen liege eine zweistufige, voneinander abhängige Kollision verschiedener Grundrechte und Betroffenheit verschiedener Grundrechtsträger vor. Für die hier untersuchte Frage, ob die Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei durch Schutzmaßnahmen ihrer Geheimnisse zumutbar gemacht werden kann, frage man sich, ob effektiver Rechtsschutz für die beweisbelastete Partei unter Beschränkung ihres eigenen Anspruchs auf rechtliches Gehör möglich

2682 *Stadler*, Schutz 233.

2683 *Stadler* führt hier etwa die Einschränkung bei der körperlichen Untersuchung, den Ausschluss aus sitzungspolizeilichen Gründen oder bei einer Vernehmung im Rechtshilfeweg an.

2684 *Stadler*, Schutz 237.

2685 *Stadler*, Schutz 237.

2686 *Stadler*, Schutz 238.

2687 *Stadler*, Schutz 237.

2688 *Stadler*, Schutz 239.

2689 *Stadler*, Schutz 242.

2690 *Stadler*, Schutz 242.

sei. Verlässt das Unternehmensgeheimnis den Einflussbereich der nicht beweisbelasteten Partei und könnte es vom beweisbelasteten Prozessgegner verwendet werden, wäre dies sonst mit einer nicht zumutbaren Zerstörung eigener Sachen vergleichbar.²⁶⁹¹ Andererseits würde ein Schutz des Unternehmensgeheimnisses den Anspruch des Beweisführers auf effektiven Rechtsschutz völlig zurückdrängen. Es sei kaum zu begründen, einer der beiden Grundrechtspositionen den Vorzug zu geben.²⁶⁹² Die anzustrebende *praktische Konkordanz* sei durch eine beiderseitige, sich relativ gering auswirkende Einschränkung herzustellen. Dem Gebot effektiven Rechtsschutzes könne weitgehend zur Durchsetzung verholfen werden, wenn das Geheimnis der nicht beweisbelasteten Partei *nicht absolut*, sondern *nur relativ* geschützt werde, dh es sei *dem Gericht*, nicht aber dem Beweisführer zur Verfügung zu stellen.²⁶⁹³ Der so in Aussicht gestellte Rechtsschutz lasse sich nur verwirklichen, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör der beweisbelasteten Partei beschränkt werde.²⁶⁹⁴ Dieser müsse dann zurückweichen, wenn das rechtliche Gehör nur unwesentlich betroffen ist, effektiver Rechtsschutz bei vollem rechtlichen Gehör hingegen gar nicht mehr möglich wäre, ohne gleichzeitig Unternehmensgeheimnisse zu verletzen.²⁶⁹⁵ Die Beschneidung des rechtlichen Gehörs sei im Hinblick auf den Eigentumsschutz und das Gebot effektiven Rechtsschutzes hinzunehmen. Die Beschränkung erweise sich als verhältnismäßig, wenn nur die Naturalpartei ausgeschlossen und von einem vom Gericht bestimmten Anwalt vertreten werde, der gegenüber seinem Mandanten einem strafbewehrten Geheimhaltungsgebot unterliege.²⁶⁹⁶ Das Urteil dürfe weder im Tatbestand²⁶⁹⁷ noch in den Entscheidungsgründen²⁶⁹⁸ Einzelheiten des Unternehmensgeheimnisses enthalten, weshalb die Gerichtsentscheidung in diesem Punkt für die beweisbelastete Partei²⁶⁹⁹ nicht nachvollziehbar sei.²⁷⁰⁰

Auch wenn es um ein *Geheimnis der beweisbelasteten Partei* geht, soll es nach *Stadler* möglich sein, das rechtliche Gehör ihres Gegners einzuschränken.²⁷⁰¹ Ausschlaggebend seien dabei die konkrete Bedeutung des Geschäftsgeheimnisses und die Notwendigkeit, die Rechtsdurchsetzung in diesen Konstellationen zu ermöglichen. Für den Beweisführer dürfe die »Opfergrenze« nicht zu hoch angesetzt werden. Zudem gelte das zum Geheimnis der nicht beweisbelasteten Partei Gesagte; die

2691 *Stadler*, Schutz 244.

2692 *Stadler*, Schutz 245.

2693 *Stadler*, Schutz 245.

2694 *Stadler*, Schutz 246.

2695 *Stadler*, Schutz 246.

2696 *Stadler*, Schutz 247.

2697 § 313 Abs 1 Z 5 dZPO.

2698 § 313 Abs 1 Z 6 dZPO.

2699 Wohl aber für den vom Gericht ausgewählten Prozessvertreter.

2700 *Stadler*, Schutz 248.

2701 *Stadler*, ZZP 123 (2010) 276.

Beschränkung sei minimal, weil nur der Naturalpartei (nicht aber ihrem Anwalt) der Zugang zum fremden Tatsachenmaterial verwehrt werde. Der Ausschluss der nicht beweisbelasteten Partei komme dann nicht in Betracht, wenn das Unternehmensgeheimnis selbst streitgegenständlich sei, weil sich sonst der Gegner in keiner Weise verteidigen könne.²⁷⁰² *Stadler* stützt sich hier auf § 139 Abs 3 Satz 2 dPatG und § 259 Satz 2 dHGB²⁷⁰³ sowie auf ausländische Prozessordnungen.²⁷⁰⁴ Daraus ergebe sich, dass der Geheimnisschutz unabhängig von der Beweislast zu gewähren sei.²⁷⁰⁵ Der Parteiausschluss sei durch flankierende Maßnahmen wie Öffentlichkeitsausschluss, Schweigegebot, Missbrauchsverbot und den Verzicht auf Wiedergabe der geheimen Tatsachen in dem der ausgeschlossenen Partei zugänglichen Urteil zu ergänzen. Die Rechte einer ausgeschlossenen Partei würden durch die Vertretung eines Rechtsbeistands gewahrt bleiben.²⁷⁰⁶ Im Gegensatz zur Aufklärungspflicht der *Parteien* sei die Mitwirkungspflicht *Dritter* in der ZPO gesetzlich genau geregelt. Unternehmensgeheimnisse von Zeugen seien durch deren Weigerungsrechte absolut geschützt.²⁷⁰⁷

Stadler zieht die Entscheidung des BVerfG vom 14. 3. 2006 (1 BvR 2087/03) heran, um die Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens zu begründen.²⁷⁰⁸ Dazu Rz 850 ff. An diese Entscheidung anknüpfend zieht sie bei Unternehmensgeheimnissen der nicht beweisbelasteten Partei Einschränkungen des rechtlichen Gehörs der risikobelasteten Partei »jedenfalls« dem völligen Verzicht auf die Verwertung von schutzwürdigen Informationen vor,²⁷⁰⁹ weil die Chancen Letzterer durch die Beschränkung des rechtlichen Gehörs nur verbessert würden.

841

Im Zusammenhang mit der Durchsetzung des materiellrechtlichen Besichtigungsanspruchs nach § 809 BGB²⁷¹⁰ untersuchte *Leppin* 1984 im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, insb im Patentrecht, die Möglichkeit, die Aufklärungsinteressen des Berechtigten mit den Geheimhaltungsinteressen des Gegners zu vereinbaren. Dabei behandelt er die hier interessierende Konstellation, inwieweit in einem Prozess (etwa in einem Verfahren wegen einer behaupteten Verletzung

842

2702 Vgl *Stadler*, Schutz 250.

2703 »Werden in einem Rechtsstreit Handelsbücher vorgelegt, so ist von ihrem Inhalt, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und geeignetenfalls ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Gericht insoweit offenzulegen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig ist.« Diese Bestimmung entspricht § 214 UGB. Die entsprechende Vorgängerregelung war § 46 HGB.

2704 Sie erwähnt das US-amerikanische Recht sowie das Geheimverfahren in der Schweiz.

2705 *Stadler*, ZJP 123 (2010) 276.

2706 *Stadler*, ZJP 123 (2010) 277.

2707 *Stadler*, Schutz 257.

2708 *Stadler*, ZJP 123 (2010) 275 ff.

2709 *Stadler*, ZJP 123 (2010) 276.

2710 »Besichtigung einer Sache

Wer gegen den Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewissheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, kann, wenn die Besichtigung der Sache aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist, verlangen, dass der Besitzer ihm die Sache zur Besichtigung vorlegt oder die Besichtigung gestattet.«

eines Patentrechts) Betriebsgeheimnisse des Beklagten geprüft werden können, ohne ihren Geheimnischarakter zu verlieren bzw ohne dass diese insb der Gegenpartei offenbart werden.²⁷¹¹ Ein derartiges Geheimverfahren würde sich in anderen Rechtsordnungen bewähren, wobei *Leppin* die *protective order* des US-amerikanischen Rechts anführt. Für das deutsche Recht argumentiert er dabei mit der Möglichkeit, dass der Klagevertreter, der an der Verhandlung als Prozessbevollmächtigter das rechtliche Gehör seines Mandanten wahrnimmt, unter den Geheimhaltungsbefehl im Sinne des § 174 Abs 3 Satz 1 dGVG²⁷¹² gestellt werden könne, was von der klagenden »Naturalpartei« durch ihr Nichterscheinen ermöglicht werde.²⁷¹³ § 174 dGVG lasse die Verschwiegenheitspflicht des Bevollmächtigten gegenüber der eigenen Partei stillschweigend zu, zumal diese im Termin grundsätzlich abwesend sein kann. Einer prozessrechtlichen Verzichtserklärung mit Hinsicht auf das rechtliche Gehör und den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit bedürfe es nicht. § 242 BGB²⁷¹⁴ greife insoweit durch, als die Naturalpartei auf ihre Teilnahme im Termin verzichten *müsse*. Sollte die klagende Partei in der Verhandlung erscheinen, schließe das die Prüfung etwaiger Betriebsgeheimnisse aus: Das Recht des Beklagten auf Wahrung seiner Geheimnisse habe Vorrang vor dem Recht der klagenden Naturalpartei auf Teilnahme an der Verhandlung. Insoweit der Gegner behauptungs- und beweislaspflichtig sein sollte, würde ein Beharren der Naturalpartei (auf Teilnahme) zur Reduzierung der Anforderungen an Substantiierung und Beweisführung durch den Gegner führen. Zudem könne in der Vorgangsweise der Naturalpartei eine *Beweisvereitelung* liegen, die dazu führe, dass das Vorbringen des Gegners als richtig angesehen werde. Wenn es sich um Umstände handle, für die die Naturalpartei selber beweispflichtig sei, bleibe sie bei Beharren auf der Teilnahme am Termin beweisfällig.²⁷¹⁵ In weiterer Folge will *Leppin* schriftliche Eingaben und das Urteil dem Geheimhaltungsbefehl unterstellen. Die im Urteil enthaltenen Geheimnisse dürften der Naturalpartei vom Bevollmächtigten nur in »*purgierter Fassung*« übermittelt werden, wobei das Gericht meist einen Weg finden werde, eine hinreichende Begründung für die Entscheidung ohne Offenbarung der Geheimnisse zu geben.²⁷¹⁶ Sonst helfe eine Bezugnahme auf die der Geheimhaltungspflicht unterliegenden Teile der Akten. Dessen ungeachtet könnten

2711 *Leppin*, GRUR 1984, 696.

2712 »Ist die Öffentlichkeit wegen Gefährdung der Staatssicherheit oder aus den in §§ 171b und 172 Nr. 2 und 3 bezeichneten Gründen ausgeschlossen, so kann das Gericht den anwesenden Personen die Geheimhaltung von Tatsachen, die durch die Verhandlung oder durch ein die Sache betreffendes amtliches Schriftstück zu ihrer Kenntnis gelangen, zur Pflicht machen.« Vgl für Österreich auch § 230a Satz 2 StPO.

2713 IdS bereits *Stürner*, Aufklärungspflicht 223.

2714 »Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.«

2715 *Leppin*, GRUR 1984, 698.

2716 *Leppin*, GRUR 1984, 699.

Rechtsmittel ausreichend begründet werden, weil die Prozessbevollmächtigten in höherer Instanz die geheimen Teile der Akten unter einem Schweigebefehl verwerfen könnten. Nach *Leppin* seien die geschilderten Einschränkungen, worunter auch der eingeschränkte Informationsfluss zwischen Partei und Anwalt falle, eine gemäß § 242 BGB hinzunehmende Konsequenz. *Stürner* folgend, vertritt *Leppin*, dass die Naturalpartei durch das Geheimverfahren *nur gewinnen und nichts verlieren* könne.²⁷¹⁷ Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zwingt die Naturalpartei nicht zur höchstpersönlichen Wahrnehmung.

Auch in jüngster Zeit haben Vertreter der deutschen Lehre die Idee eines *in camera*-Verfahrens für zulässig erachtet, um das Spannungsfeld des effektiven Rechtsschutzes des Beweisführers zum Geheimnisschutz der kooperationspflichtigen Partei zu überwinden. 843

Götz bejaht im Zusammenhang mit Unternehmensgeheimnissen ein *in camera*-Verfahren *de lege lata* im Wege der Rechtsfortbildung *praeter legem*.²⁷¹⁸ Er trennt dabei ein *in camera*-Zwischenverfahren von einem *in camera*-Hauptsacheverfahren. Dabei würde das Gericht bei umfassender Kenntnis der Informationen entscheiden, während die Unternehmensgeheimnisse einer der Parteien dem Gegner vorzuenthalten seien. Er zieht im Wege der Gesamtanalogie für den Zivilprozess die für das Verwaltungsverfahren anzuwendenden Bestimmungen heran, zumal es keine Alternativen zu einem derartigen Verfahren gebe. Die Interessen der Parteien würden durch einen gewillkürten Vertreter wahrgenommen. 844

Redeker/Pres/Gittinger fordern anhand des (damaligen) Vorschlags zur *Know-how*-RL eine »grundlegende Neuausrichtung« des (deutschen) Zivilprozesses, damit gewährleistet werden könne, dass Unternehmensgeheimnisse zukünftig effektiv geschützt und die Anforderungen an die genannte RL umgesetzt werden. Verfassungsrechtliche Erwägungen stünden der Einführung eines zivilprozessualen *in camera*-Verfahrens nicht entgegen. Ein gerechter Ausgleich zwischen dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen, dem effektiven Rechtsschutz und dem rechtlichen Gehör lasse sich nur dadurch erreichen, dass gewisse Informationen nur dem Gericht und den zur Verschwiegenheit verpflichteten Prozessanwälten, nicht aber den (Natural)Parteien offengelegt werden.²⁷¹⁹ 845

Gomille geht vom Ansatz aus, dass dem Gegner die Offenbarung seines Geheimnisses dadurch zumutbar gemacht wird, dass das Gehör der beweisbelasteten Partei beschränkt wird. Sei der Gegner in einer solchen Situation nicht bereit, sein Geheimnis unter den Bedingungen des *in camera*-Verfahrens zu offenbaren, halte er eine erwartbare Belegatsache zurück.²⁷²⁰ Das Gericht dürfe dann davon 846

2717 *Leppin*, GRUR 1984, 700 FN 124.

2718 *Götz*, Schutz 404 ff.

2719 *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 817.

2720 *Gomille*, Informationsproblem 329.

ausgehen, dass der Gegner bereits auf der Vortragsebene gegen § 138 Abs 1 dZPO verstoßen habe, und auf Basis dieser Annahme die Behauptung der risikobelasteten Partei gemäß § 286 Abs 1 dZPO²⁷²¹ für wahr erachten. Die Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens stützt *Gomille* auf § 422 dZPO²⁷²² iVm einer Analogie zu jenen (im Zuge der Durchsetzungs-RL eingeführten) Bestimmungen, die im Zusammenhang mit Informationsrechten das Gericht verpflichten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten.²⁷²³ Das *in camera*-Verfahren stelle demnach die praktische Wirksamkeit des Beweisvereitelungsgedankens dort sicher, wo er ausdrücklich gesetzlich geregelt sei.²⁷²⁴ Aber auch überall dort, wo dies nicht ausdrücklich geregelt sei, müsse der Beweisvereitelungsgedanken sichergestellt werden, weil dieser Gedanke ein allgemeines zivilprozessrechtliches Institut sei. Ein *in camera*-Verfahren komme überall dort in Betracht, wo die beweisbelastete Partei berechtigterweise Zugang zu einer vertraulichen Information ihres Gegners begehrt und der verfassungsrechtlich gebotene Geheimnisschutz anderwärtig nicht hergestellt werden könne.²⁷²⁵ Sonst ergäbe sich eine ungleiche Behandlung von wesentlich Gleichem. Dem gegenseitig treuwidrig verursachten Informationsproblem der beweisbelasteten Partei wäre nicht im Rahmen des Möglichen abgeholfen. Die Ausführungen von *Gomille* sind schon von der Umsetzung der Durchsetzungs-RL beeinflusst.²⁷²⁶

847 Ungeachtet der immer zahlreicher werdenden Stimmen im Schrifttum (und der verfassungsrechtlichen Absicherung des BVerfG für das Verwaltungsverfahren, siehe unten Rz 850 ff), hat sich die Idee eines *in camera*-Verfahren für den deutschen Zivilprozess freilich nicht umfassend durchgesetzt. Der Idee eines *in camera*-Verfahrens halten große Teile des deutschen Schrifttums nach wie vor im Wesentlichen entgegen, dass die dazu entwickelten Vorschläge für die Sachverhaltsaufklärung gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstoßen. *Zeuner* lehnt die Zulässigkeit

2721 »Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.«

2722 »Vorlegungspflicht des Gegners nach bürgerlichem Recht
Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.«

2723 Er erwähnt dabei § 19a Abs 1 Satz 3 dMarkenG, § 101a Abs 1 Satz 3 dUrhG, § 140c Abs 1 Satz 3 dPatG und § 809 BGB. Fraglich ist die Erwähnung der Bestimmung des § 809 BGB, weil diese Regel kein ausdrückliches Gebot zum Geheimnisschutz enthält, während es in den anderen Bestimmungen heißt, dass das Gericht »die erforderlichen Maßnahmen trifft, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten.«

2724 *Gomille*, Informationsproblem 333.

2725 *Gomille*, Informationsproblem 333.

2726 Zur Diskussion, ob diese RL ein *in camera*-Verfahren zwingend erfordert, siehe die Ausführung bei Rz 476 ff zur in Deutschland und Österreich geführten Diskussion.

eines *in camera*-Verfahrens unter Hinweis auf den damit verbundenen »*tiefgehenden Einschnitt in fundamentale Prinzipien des geltenden Verfahrensrechts*« ab.²⁷²⁷ Für *Ch. Kern* stehe »*einem ›Geheimprozess‹ unter auch nur partiellem Ausschluss einer Partei [...] der Anspruch auf rechtliches Gehör zwingend entgegen*«. ²⁷²⁸ Auch *Kürschner* lehnt ein *in camera*-Verfahren wegen des Anspruchs auf rechtliches Gehör ab.²⁷²⁹ Weder verfassungsrechtliche noch einfachgesetzliche Bestimmungen würden ein solches Verfahren erlauben. Auch *de lege ferenda* sei es nicht zu fordern. Ähnlich *Lachmann*, für den ausschlaggebend ist, dass eine Partei »*nicht zum desinformierten Objekt eines gerichtlichen Verfahrens erniedrigt werden darf*«. ²⁷³⁰ *Laumen* begründet seine Ablehnung eines Geheimverfahrens mit dem in der ZPO verbürgten Recht der Parteien auf Teilnahme an der Beweisaufnahme und mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Die dabei gebotene sorgfältige und kritische Würdigung der Beweisergebnisse sei kaum möglich, wenn die Grundlagen der Beweisergebnisse nicht offen gelegt würden.²⁷³¹ *Heinrich* vertritt die Ansicht, dass »*eine Art Geheimverfahren im Zivilprozess, um Unternehmensgeheimnisse zu wahren, [...] zumindest mit dem geltenden Zivilprozessrecht unvereinbar*« sei.²⁷³² Nach *Baumgärtel* ist ein solches Verfahren bei einem Geschäftsgeheimnis für die Justiz nicht förderlich, weil die Parteien die genauen Gründe für die Entscheidung, nicht erfahren würden. Das Argument *Stürners*, die betroffene Partei sollte sich für ein Beweisverfahren ohne volles Gehör entscheiden können, weil andernfalls die »*Opfergrenze für den effektiven Rechtsschutz des Geheimnisträgers zu hoch läge*«, überzeuge »*im Hinblick auf die Bedeutung des rechtlichen Gehörs für die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens*« nicht.²⁷³³ Ähnlich *Osterloh-Konrad*, wonach (unabhängig von der Frage, ob sich das in *camera*-Verfahren tatsächlich mit dem Recht auf Gehör vereinbaren lasse) Zweifel angebracht seien, »*ob es besser ist, eine gerichtliche Aufklärung zu ermöglichen, der die Partei blind vertrauen muss, als auf lückenlose Aufklärung zu verzichten*«. Das *in camera*-Verfahren stelle einen bedenklichen Fremdkörper dar, indem es mindestens eine Partei der gerichtlichen Entscheidung ausliefere, die für sie aufgrund der überlegenen Tatsachenkenntnis des Gerichts allenfalls partiell nachvollziehbar sei.²⁷³⁴ Für *Prütting/Weth* ist ein beweiserrechtliches Geheimverfahren weder mit der Verfassung noch mit einfachgesetzlichen Regeln vereinbar, wobei sie damit argumentieren, dass die Richtigkeitsgewähr nicht einen Verstoß gegen Verfahrensgesetze rechtfertige.²⁷³⁵ *Ahrens* kritisiert ganz

2727 *Zeuner* in FS-Kollhosser 823.

2728 *Ch. Kern* in *Stein/Jonas*²³ Vor § 128 ZPO Rz 134.

2729 *Kürschner*, NJW 1992, 1805.

2730 *Lachmann*, NJW 1987, 2210.

2731 *Laumen* in *Prütting/Gehrlein*⁹ § 285 ZPO Rz 5 ff.

2732 *Heinrich* in *MünchKomm*⁵ § 357 ZPO Rz 9.

2733 *Baumgärtel* in FS-Habscheid 7.

2734 *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz 40.

2735 *Prütting/Weth*, NJW 1993, 577; vgl auch *Prütting/Weth*, DB 1989, 2278; *Prütting*, ZJP 106 (1993) 461; *Prütting* in *MünchKomm*⁵ § 285 ZPO Rz 10.

allgemein die »um sich greifende Geheimhaltungshysterie«, die in keiner Weise einen Zivilprozess rechtfertigt, dessen relevanter Tatsachenstoff geheim bleibt.²⁷³⁶ Kritisch zu einem *in camera*-Verfahren auch ua Greger²⁷³⁷ und Waldner.²⁷³⁸

848 Auch nach den bisher einschlägigen Entscheidungen des BGH ist eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs zum Schutz von Geheimnissen bei verfahrensrelevanten Umständen tendenziell nicht zulässig. Er hielt in der Entscheidung *Amtsanzeiger* fest, dass ein gerichtliches Sachverständigengutachten grundsätzlich als Beweismittel *unverwertbar* sei, wenn es auf Geschäftsunterlagen beruht, die eine der Parteien nur dem Sachverständigen, nicht aber dem Gericht und der Gegenpartei, zur Verfügung gestellt hat und die im Verfahren nicht offengelegt werden.²⁷³⁹ Nach BGH NJW 1994, 2899 ist es für die Parteien des Rechtsstreits »jedenfalls unumgänglich, dass sie die tatsächlichen Grundlagen kennen, an die ein Sachverständigengutachten anknüpft, weil sonst eine sachgerechte Stellungnahme nicht möglich ist.« In der Entscheidung *anonymisierte Mitgliederliste* erachtete es das Höchstgericht mit den »Grundsätzen des deutschen Zivilverfahrensrechts« in der Regel²⁷⁴⁰ für nicht vereinbar, die von einer Partei geheimgehaltenen Tatsachen zu verwerten.²⁷⁴¹ Das Recht zur Stellungnahme könne ihnen nicht unter Hinweis auf Geheimhaltungspflichten beschnitten werden. Sollte eine weitere Aufklärung unmöglich sein, so sei jedenfalls dieses Gutachten als Entscheidungsgrundlage ungeeignet.

Auch nach der Entscheidung des BVerfG zu 1 BvR 1398/93 NJW 1995, 40 könne es gegen das Rechtsstaatsprinzip iVm Art 2 Abs 1 GG verstoßen, wenn ein Gutachten in einem Zivilprozess über die ortsübliche Vergleichsmiete zur Grundlage eines Urteils gemacht wird, obwohl weder das Gericht noch die Prozessparteien die Möglichkeit hatten, die vom Sachverständigen zugrunde gelegten Befundtatsachen zu überprüfen. Zur Haltung des BVerfG in Verwaltungsrechtssachen siehe sogleich.

849 Allerdings wurde bereits vom BGH die Möglichkeit anerkannt, dass der Sachverständige angewiesen werden kann, eine Zusammenfassung in nichtvertraulicher Form vorzulegen.²⁷⁴² In der Entscheidung ging es um die Vorlage von Kalkulations-

2736 Ahrens, JZ 1996, 740 [Entscheidungsanm].

2737 Greger in Zöller³¹ § 357 ZPO Rz 4.

2738 Waldner, Rechtliches Gehör² Rz 51, 76, 79, 463.

2739 BGH NJW 1992, 1817 – *Amtsanzeiger*.

2740 Diese Entscheidung spricht allerdings nicht generell gegen die Einschränkung des rechtlichen Gehörs bei einem anerkannten Geheimhaltungsinteresse. Denn: »Eine davon abweichende Beurteilung kann ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn die darlegungs- und beweisbelastete Partei ein erhebliches rechtliches Interesse an der Geheimhaltung bestimmt innerbetrieblicher Informationen hat und dem Prozeßgegner aus der Verwertung der geheimgehaltenen Tatsachen keine unzumutbaren Nachteile erwachsen.« Im Anlassfall wurde ein Geheimhaltungsinteresse des klagenden Wettbewerbsverbands an der Nennung seiner Mitglieder verneint, wobei sich dessen Prozessführungsbefugnis nur so feststellen ließe.

2741 BGH NJW 1996, 391 – *anonymisierte Mitgliederliste*; zust Ahrens, JZ 1996, 738 [Entscheidungsanm].

2742 BGH I ZR 201/02 NJW 2005, 3718, 3720.

grundlagen durch den Beklagten an den Sachverständigen. Den Geheimhaltungsinteressen sei insofern Rechnung zu tragen, dass der Sachverständige sich auf die Beantwortung der entscheidungsrelevanten Frage beschränkt, ohne die Grundlagen seiner Schlussfolgerung offenzulegen.

C. Exkurs: Rechtsprechung des dt BVerfG zum *in camera*-Verfahren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Bevor die österreichische Rechtslage zur möglichen Einschränkung des Gehörs zum Schutz der kooperationspflichtigen Partei näher untersucht wird, sollen noch – als Exkurs – jene Entscheidungen des dt Bundesverfassungsgerichts erläutert werden, aus denen Teile des deutschen Schrifttums die Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens für den Zivilprozess postulieren.

850

In seiner Entscheidung vom 14.3.2006 (1 BvR 2087/03) ging das BVerfG auf das Verhältnis des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einerseits und der Sicherung effektiven Rechtsschutzes andererseits im Rahmen eines *Zwischenverfahrens* über die Vorlage von Akten vertraulichen Inhalts ein. Das BVerfG legte klar, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit *auch* den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gewährleiste. Die Möglichkeit, die Berufsausübung unter Rückgriff auf exklusives wettbewerbserhebliches Wissen erfolgreich zu gestalten, werde gemindert, wenn dieses Wissen den Konkurrenten zugänglich gemacht werde. In der Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und der damit verbundenen Ermöglichung ihrer Kenntnisnahme und Verarbeitung im Wettbewerb durch Konkurrenten liege ein Grundrechtseingriff, weil die Ausschließlichkeit der Nutzung des betroffenen Wissens für den eigenen Erwerb im Rahmen beruflicher Betätigung beeinträchtigt sei. Auch wenn Behörden in dem vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägten Verwaltungsprozess im Interesse effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich verpflichtet seien, dem überprüfenden Gericht Urkunden und Akten vorzulegen sowie Auskünfte zu erteilen, dürfe die damit verbundene Beeinträchtigung der kollidierenden Berufsfreiheit nicht außer Ansatz bleiben. Die gefundene Lösung müsse vielmehr *zugleich* die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berücksichtigen. Die weitere Frage, ob ein anderes Mittel in Betracht komme, das gleich geeignet sei und zu geringeren Beeinträchtigungen führe, sei ebenfalls sowohl aus der Perspektive der Rechtsschutzgarantie als auch der Berufsfreiheit zu prüfen. Letztendlich müsse es zu einer Abwägung kommen, die die jeweiligen Vor- und Nachteile bei der Verwirklichung der verschiedenen betroffenen Rechtsgüter in ihrer Gesamtheit einbezieht. Es sei zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Konfliktlösung durch Benennung des Maßstabs und Bereitstellung von Lösungswegen vorzeichne. In einem solchen Fall sei sein bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs anerkannter Einschätzungs- und

851

Gestaltungsspielraum auf die Beurteilung der Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter sowie auf die Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen zu beziehen. Überlasse der Gesetzgeber die Entscheidung den Organen der Rechtsanwendung, so seien die von diesen gefundenen Ergebnisse verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob die zugrunde gelegten Annahmen und Abwägungsregeln sowie ihre Abwägung im konkreten Fall den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Das heiße, ob sie innerhalb des den Entscheidungsträgern gewährten Einschätzungsspielraums verbleiben und zur Herstellung *praktischer Konkordanz* im konkreten Streitfall führen. Der Gesetzgeber habe den Gerichten nicht die Möglichkeit eröffnet, Geheimnisschutz und effektiven Rechtsschutz anders als durch eine Abwägungsentscheidung einander zuzuordnen, die dazu führe, dass *nur einem* der betroffenen Rechtsgüter Schutz gewährt werden könne. Alternative Mittel stünden nach geltendem Recht nicht zur Verfügung.

852 Das BVerfG lehnte ausdrücklich eine Beweisführung durch einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen (Wirtschaftsprüfer) ab. Die Einschaltung von Sachverständigen enthebe den Richter nicht der Pflicht, sich hinsichtlich des Sachverhalts und der Ergebnisse des Gutachtens eine eigene Überzeugung zu bilden. Daher dürften gutachterliche Ergebnisse nicht ungeprüft der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden.²⁷⁴³ Das BVerfG hob hervor, dass ein *in camera*-Verfahren einerseits den Schutz der Berufsgeheimnisse vollständig sichern und andererseits eine gerichtliche Überprüfung der Entgeltfestsetzung anhand aller Unterlagen ermöglichen könnte. Die Rechtsschutzgarantie und die Gewährung rechtlichen Gehörs dürften nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden, weil beide dem gleichen Ziel des effektiven Rechtsschutzes dienen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör könne eingeschränkt werden, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt sei.²⁷⁴⁴

853 Allerdings hätte der Gesetzgeber außerhalb des (die Aktenvorlage bzw. -einsicht betreffenden) Zwischenverfahrens keine Ermächtigung für ein *in camera*-Verfahren geschaffen. Das Höchstgericht schloss allerdings nicht aus, dass bereits *de lege lata* eine praktische Konkordanz zwischen den kollidierenden Rechtsgütern durch Abwägung hergestellt werden könne.

D. Lehre in Österreich

854 Bezüglich der Frage des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen bei Informationen, die im Verfahren *verwertet* werden sollen, lehnt das österreichische Schrifttum

2743 IdS auch BVerwGE 71, 38 (44 ff); BGHZ 116, 47 (58).

2744 IdS bereits BVerfGE 101, 106 (129).

Eingriffe in das rechtliche Gehör tendenziell ab, ohne immer offenzulegen, welche Konstellation konkret gemeint ist und ob sich diese Ablehnung nur auf die geltende Rechtslage bezieht. Meist wird dabei jene Konstellation in den Vordergrund gestellt, bei der die beweisbelastete Partei Träger des Geheimnisses ist und daher selbst abwägen muss, ob sie vertrauliche Tatsachen in den Prozess einbringt. Aus den jeweiligen Argumenten ist freilich sichtbar, dass die vorgenommenen Wertungen auch für die hier zu prüfende Konstellation vertreten werden, bei der die nicht beweisbelastete Partei der von ihr geforderten *prozessualen Kooperation* Geheimhaltungsinteressen entgegenhält.

Schumacher argumentiert mit allen drei bei Rz 829 angeführten Aspekten und geht davon aus, dass das im Beweisrecht indizierte prozessuale »Verständnis« für die Wahrung von Unternehmensgeheimnissen dem Beweisbelasteten die Verantwortung für die Herstellung des für seinen Prozesssieg unabdingbaren Beweisresultates nicht abnehme. Die Offenlegung von Geschäftsinterna sei dann angezeigt, wenn anders anspruchs- und einredebe gründende Tatbestandselemente nicht schlüssig behauptet und bewiesen werden könnten. Ein bloß verdünntes, »den Schleier des Geschäftsgeheimnisses nicht [sic!] hochhaltendes Vorbringen« können ein Schlüssigkeitsproblem sein. Und: Ein »einseitiges bzw partiell geheimes Erkenntnisverfahren« sei wohl diskussionswürdig, »jedoch auf der Basis der geltenden österreichischen Rechtslage nicht praktikabel.« Die Probleme im Zusammenhang mit der Wahrung der Rechte des Gegners seien gravierend. »Tragende Prozessgrundsätze, wie insb das Recht auf beiderseitiges Gehör und die Parteiöffentlichkeit, scheinen hier zu sehr gefährdet zu sein.«²⁷⁴⁵ Für den Urkundenbeweis verweist *Schumacher* auf § 219 Abs 1 ZPO und § 298 Abs 1 ZPO, die »unmissverständlich prinzipielle Einsichtsrechte des Gegners in Urkunden normieren.« Daraus schließt der Autor auf das Vorliegen einer »Entweder-oder-Situation« für die beweisbelastete Partei, die zwischen dem Risiko der Offenlegung ihrer Unternehmensgeheimnisse und der Gefahr potentiellen Prozessverlustes entscheiden müsse.²⁷⁴⁶

855

*Kucsko*²⁷⁴⁷ untersucht für den Bereich des § 155 PatG 1970, wonach bei einem Patent für ein Verfahren zur Herstellung eines neuen Erzeugnisses bis zum Beweis des Gegenteiles jedes Erzeugnis von gleicher Beschaffenheit als nach dem patentierten Verfahren hergestellt gilt, inwieweit die Interessen des durch die Vermutung des § 155 PatG 1970 beweisbelasteten Beklagten am Schutz seines Unternehmensgeheimnisses bei der Beibringung des Beweises berücksichtigt werden könnten. Dabei verweist er auf das sich aus dem TRIPS-Übereinkommen ergebende Gebot, wonach beim Beweis des Gegenteils die berechtigten Interessen des Beklagten

856

²⁷⁴⁵ *Schumacher*, ÖBl 1988, 91; *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 292.

²⁷⁴⁶ *Schumacher*, ÖBl 1988, 91.

²⁷⁴⁷ *Kucsko*, ÖBl 2004, 11.

am Schutz seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen seien.²⁷⁴⁸ Daraus sei jedoch nur die Mahnung abzuleiten, tunlichst schonend vorzugehen. Die dem Beklagten obliegende Behauptungs- und Beweislast erfordere ein konkretes und nachvollziehbares Vorbringen, nach welchem Herstellungsverfahren er arbeite. Insoweit für den Gegenbeweis entscheidungsrelevante Vorbringen bzw. Beweise zu prüfen seien, lehnt *Kucsko* eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit bzw. der gerichtlichen Prüfbefugnis ab. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verbiete es, dass die Offenlegung des verwendeten Verfahrens zur Herstellung nur gegenüber einem Sachverständigen oder nur gegenüber dem Gericht erfolge. In der Entscheidung bedürfe es zur Klärung der relevanten Rechtsfrage Tatsachenfeststellungen, die für beide Parteien überprüfbar sein müssten.

857

Auch *Schöberl* erachtet im Zusammenhang mit § 155 PatG 1970 eine Vorgehensweise, bei der der Inhalt einer Beweisaufnahme der Gegenpartei vorenthalten werde, obwohl das Ergebnis der Beweisaufnahme (ohne Aufdeckung der Einzelheiten) zur Entscheidungsgrundlage gemacht werden soll, aus der Sicht des Rechts auf Gehör und des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit für problematisch.²⁷⁴⁹ Sie signalisiert bei schutzwürdigen Interessen der beweisbelasteten Partei Verständnis. Bei § 155 PatG 1970 sprächen einige Argumente für einen teilweisen Ausschluss der gegnerischen Partei, sei es doch schwer einzusehen, warum der Beklagte auf die bloße Behauptung der Verletzung eines Verfahrenspatents sein eigenes Geheimverfahren offenzulegen habe. Die dagegen erhobenen Bedenken seien jedoch nicht von der Hand zu weisen. Die Autorin weist in diesem Zusammenhang auf die Notwendigkeit einer umfassenden Beweiserörterung (insb. beim Sachverständigenbeweis) und das Recht der Parteien hin, Ergänzungen und Vervollständigungen zu verlangen. Derartige ließe sich bei einem teilweisen Ausschluss einer der Parteien nicht sinnvoll ausüben. Schließlich habe der Richter schon wegen der Überprüfbarkeit seiner Entscheidung konkrete Feststellungen zu treffen, damit sein Urteil von beiden Parteien sinnvoll bekämpft werden könne. Selbst bei Gefährdung eines Geschäftsgeheimnisses sei ein Geheimverfahren *de lege lata* mit

2748 Vgl. Art 34 TRIPS-Übereinkommen:

1. Wenn der Gegenstand des Patentes ein Verfahren zur Gewinnung eines Erzeugnisses ist, dann sind in einem zivilrechtlichen Verfahren wegen einer Verletzung der im Art 28 Abs 1 lit b genannten Rechte des Inhabers die Justizbehörden befugt, dem Beklagten den Nachweis aufzuerlegen, daß sich das Verfahren für die Erlangung eines gleichen Erzeugnisses von dem patentierten Verfahren unterscheidet. Daher legen die Mitglieder, wenn zumindest einer der nachstehend angeführten Umstände gegeben ist, fest, daß ein gleiches Erzeugnis, das ohne die Zustimmung des Patentinhabers hergestellt wurde, mangels Beweises des Gegenteils als mittels des patentierten Verfahrens gewonnen gilt:

a) wenn das mittels des patentierten Verfahrens gewonnene Erzeugnis neu ist; [...]

3. Bei der Beibringung des Beweises des Gegenteils werden die berechtigten Interessen der Beklagten am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berücksichtigt.

2749 *Schöberl*, ÖJZ 2005, 291.

dem österreichischen Recht unvereinbar, was *Schöberl* im Umkehrschluss aus § 298 Abs 2 ZPO ableitet, weil diese Möglichkeit eben nur bei nicht streiterheblichen Teilen der Urkunde in Betracht kommt.

Rechberger und *Klicka* halten beim Urkundenbeweis im Zusammenhang mit der Urkundenvorlage des Beweisführers fest, es sei »nicht vorgesehen, dass zwar das Gericht in eine Urkunde Einsicht nimmt, dem Gegner aber wegen Vorliegens eines Grundes nach § 305 die Einsichtnahme verweigert«. Diese Vorgangsweise könnte eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens bewirken.²⁷⁵⁰ **858**

Auch *Kodek* vertritt bei der Behandlung des § 298 ZPO, es sei im Gesetz nicht vorgesehen, dass das Gericht in eine Urkunde Einsicht nimmt und die entscheidungserheblichen Teile berücksichtigt, dem Gegner aber wegen nach § 305 ZPO zu schützender Geheimhaltungsinteressen die Einsicht verweigere. Es bestehe jedenfalls keine Grundlage dafür, dass der maßgebliche Prozessstoff nur einem Sachverständigen zugänglich gemacht werde, und dieser sich im Verfahren dann nur über die von ihm gezogenen Schlüsse äußere.²⁷⁵¹ **859**

Nach *Bienert-Nießl* zählt es zu den offenen Fragen, wie der Richter zugleich die Sachverhaltsaufklärung und den Schutz berechtigter Interessen bewerkstelligt. Ein Ausweg könnte darin gefunden werden, dass die Geheimnisoffenbarung zumutbar gemacht werde, zB durch die Einführung von *protective orders* nach US-amerikanischem Vorbild, durch Einschaltung eines neutralen Sachverständigen, der die erforderlichen Informationen erhebt, oder durch ein Geheimverfahren, »was allerdings wegen der damit verbundenen Beschneidung des rechtlichen Gehörs mehr als heikel erscheint.«²⁷⁵² **860**

Jüngst lehnte *Garber* die Verwertung eines Sachverständigengutachtens ab, dessen Grundlagen nicht beiden Parteien offenstehen, weil dies dem Recht auf rechtliches Gehör jener Partei widerspreche, der die Mitwirkung in einzelnen Abschnitten der Beweisaufnahme verwehrt wird. Ein derartiges Geheimverfahren würde zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten bei der Urteilsbegründung führen. Jene Partei, die den vom Gericht als maßgeblich betrachteten Sachverhalt und die maßgeblichen Entscheidungsgründe nicht kenne, sei nicht in der Lage, zu beurteilen, ob sie ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung erheben soll. Lösungen zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen dürften nicht zulasten tragender Prozessgrundsätze – insb dem Recht auf rechtliches Gehör – erzwungen werden.²⁷⁵³ **861**

Schneider hebt demgegenüber bei der Prüfung der Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei hervor, dass das rechtliche Gehör der beweisbelas-

2750 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ ZPO § 298 Rz 2.

2751 *Kodek* in *Fasching/Konecny*³ § 298 ZPO Rz 7.

2752 *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 366 unter Hinweis auf *Schumacher*, ÖBl 1988, 89.

2753 *Garber*, ÖJZ 2012, 649 f.

teten Partei nicht unantastbar sei, weil dieses Grundrecht nicht von vornherein als das einzig maßgebliche und schützenswerte erachtet werden könne.²⁷⁵⁴ Wegen widerstreitender grundrechtlich geschützter Positionen (Recht auf effektiven Rechtsschutz, Eigentumsrecht) biete die Beschränkung des rechtlichen Gehörs einen Weg zur beiderseitigen Optimierung dieser Positionen. Die Autorin hinterfragt den Gerechtigkeitsgehalt des Grundsatzes, dass eine Verwertung von Beweisergebnissen zwingend die Möglichkeit zur Stellungnahme voraussetze. Das rechtliche Gehör, das zu einer besseren und vollständigeren Ermittlung des Sachverhalts beitragen solle, müsse zur Einhaltung dieser Vorgabe eine Einschränkung hinnehmen. Schwieriger sei die Frage, ob die nicht beweisbelastete Partei in ihrem rechtlichen Gehör beschränkt werden dürfe, um dem Gegner zu ermöglichen, dass dieser Unternehmensgeheimnisse in den Prozess einführt. Dies könne zulässig sein, wenn der Eingriff in die grundrechtliche Positionen zur Wahrung der Rechte des Gegners geeignet und erforderlich sei und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspreche.²⁷⁵⁵ Von *Schneider* wird das für den Fall bejaht, dass die ausgeschlossene Partei der Kläger ist, wobei sie § 155 PatG 1970 als Beispiel anführt. Hingegen sei ein Ausschluss des nicht beweisbelasteten Beklagten nicht vorstellbar. *Schneider* hat hier den Fall vor Augen, dass diesem die Weitergabe eines Unternehmensgeheimnisses untersagt werden soll. Diese Ausführungen der Autorin beschränken sich wohl auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens, zumal sie betont, dass in der österreichischen Rechtsordnung bislang eine eindeutige gesetzliche Grundlage für die Möglichkeit eines derartigen Verfahrens fehle. Die von ihr für die Ausgestaltung eines *in camera*-Verfahrens als notwendig erachteten prozessualen Maßnahmen (dazu unten) sind daher als rechtspolitische Forderungen zu verstehen.²⁷⁵⁶

863 Daran anschließend wendet sich *Konecny* im Zusammenhang mit der Diskussion über »Geheimverfahren« gegen die generelle Ablehnung von jeglichen Beeinträchtigungen des rechtlichen Gehörs.²⁷⁵⁷ Es sei zu beachten, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör *nur eines von mehreren verfassungsrechtlich verankerten Grundrechten* sei und in einem Spannungsverhältnis zu anderen stehen kann. Insb könne eine Überbetonung des rechtlichen Gehörs zu einer Beschneidung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz führen. Als Weg zur insgesamt bestmöglichen Verwirklichung aller betroffenen Grundrechte könne dann uU eine Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs sinnvoll bzw geboten sein. Eine isolierte Betrachtung

2754 *Schneider*, Geheimnisschutz 177; *Schneider*, ecolex 2011, 97 ff; *Schneider*, ÖJZ 2013, 153.

2755 *Schneider*, ecolex 2011, 98.

2756 In allen Bereichen ist das allerdings nicht ganz klar. Die von ihr zur Volksöffentlichkeit vertretene Argumentation, wonach sich der Ausschlussgrund wegen Erschwerung der Sachverhaltsdarstellung auf Unternehmensgeheimnisse übertragen lasse, dürfte eher eine Ausführung zum geltenden Recht sein.

2757 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 50/1.

des rechtlichen Gehörs samt strikter Verneinung jeglicher Beschneidung sei jedenfalls abzulehnen.²⁷⁵⁸

E. Judikatur in Österreich

In der Rechtsprechung des OGH wurde die Thematik bislang noch nicht umfassend geklärt. Einige Entscheidungen tragen allerdings die These, dass bei einem entscheidungserheblichen Umstand das rechtliche Gehör bzw die Parteiöffentlichkeit nicht eingeschränkt werden darf. Im Zusammenhang mit der Vorlagepflicht nach § 303 ZPO sprach der OGH in der Entscheidung 9 ObA 7/04a aus, es bestehe keine gesetzliche Grundlage dafür, dass Beweisurkunden, die ein Unternehmensgeheimnis berühren könnten, nur dem Sachverständigen zugänglich gemacht werden und sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußere.²⁷⁵⁹ Diese Wertung ist aus der Entscheidung 4 Ob 162/90 abzuleiten, für den Fall, dass sich der Beweisführer auf ein Geheimnis beruft. Nach der (in Anschluss an *Fitz/G. Roth*)²⁷⁶⁰ vertretenen Ansicht des OGH müsse ein Kläger, der eine Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses dem Beklagten zum Vorwurf macht, dieses aber nicht (ungeschützt) offenlegen will, in Kauf nehmen, dass er sein Prozessziel nicht erreiche. »Auf das prozessuale Aussageverweigerungsrecht kann sich eine Prozesspartei nur dann berufen, wenn sie nicht behauptungs- und beweispflichtig ist.« Ähnliches vertrat der OGH zu 4 Ob 313/73,²⁷⁶¹ bei der die Vorgängerbestimmung des § 155 PatG 1970, nämlich § 162 PatG 1970, zu prüfen war. Der Beklagte konnte dabei mangels Offenlegung des Herstellungsverfahrens (seines Lizenzgebers) nicht den Beweis des Gegenteils erbringen. Eine derartige Offenlegung wäre dem Beklagten nach Ansicht des OGH aber freigestanden.²⁷⁶²

864

Freilich lässt sich aus einigen Entscheidungen aber auch ableiten, dass eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs zur Wahrung von Unternehmensgeheimnissen nicht kategorisch ausgeschlossen ist. So verneinte der OGH in der Entscheidung 4 Ob 346/69²⁷⁶³ einen Verfahrensmangel, wenn das Gericht in die von einer Partei vorgelegten Urkunden Einsicht nahm, die Gegenpartei aber von einer Einsicht wegen der dadurch gefährdeten Unternehmensgeheimnisse ausschloss.

865

2758 In diesem Sinn bereits *Schlosser* in FS-Großfeld 1005, der bei dem Grundsatz »Was offenbart werden muss, muss allen Parteien und dem Gericht offenbart werden« von einer »frappant sinnwidrigen Überstrapazierung des Prinzips des rechtlichen Gehörs« spricht.

2759 RIS-Justiz RS0119631.

2760 RdW 1989, 247.

2761 4 Ob 313/73 – *Tetralysal* (Mannich-Reaktion) = ÖBl 1974, 55.

2762 Der Beklagte berief sich dabei erkennbar auf ein Unternehmensgeheimnis des Herstellers (Nebenintervenient), indem er behauptete, das von ihm als Lizenznehmer vertriebene Antibiotikum sei nach einem vom Nebenintervenienten geheimgehaltenen Verfahren hergestellt worden.

2763 ÖBl 1970, 77.

Im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen bejahte der OGH zu 3 Ob 27/06a (wenngleich »nur« in einem *obiter dictum*) eine *maßvolle* Zurückdrängung der Parteiöffentlichkeit bei der Befundaufnahme des Sachverständigen. Dabei verneinte er zumindest eine Nichtigkeit, wenn der Partei eine Äußerungsmöglichkeit nachträglich eingeräumt werde, wie das in einer der Befundaufnahme des Sachverständigen nachfolgenden Tagsatzung regelmäßig geschehe. Gleichzeitig wird aber betont, dass einer gerichtlichen Entscheidung keine Tatsachen- und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden dürften, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten.²⁷⁶⁴ Dazu Rz 809 ff. Jüngst hat der OGH in einer patentrechtlichen Entscheidung im Zusammenhang mit Art 7 Durchsetzungs-RL zu 4 Ob 83/17k ein modernes Verständnis erkennen lassen, wenngleich es sich dabei nur um ein *obiter dictum* handelte. Die Entscheidung erging im Zusammenhang mit einer einstweiligen Verfügung zur Beweissicherung (§ 151b PatG 1970), die zu Gunsten einer Patentrechtsinhaberin bewilligt wurde, die der Gegnerin einen Eingriff in das Patent vorwarf. Die Gegnerin relevierte in ihrem Rechtsmittel gegen die einstweilige Verfügung, dass diese in ihr geschütztes Unternehmensgeheimnis eingreife. Der Senat verneinte das Vorliegen eines solchen Geheimnisses, betonte allerdings *obiter*, dass die Konsequenz des Schutzes vertraulicher Informationen nicht die Verweigerung des Eingriffs sei; vielmehr seien die Geheimhaltungsinteressen der Gegnerin durch verfahrensrechtliche Mittel zu schützen. Mit dieser (mit Schrifttum zu Art 7 Durchsetzungs-RL untermauerten) Aussage wird angedeutet, dass vertrauliche Informationen durchaus im Verfahren (vom Gericht) verwertet werden können, wenn ausreichender Schutz besteht. Näheres musste der OGH nicht prüfen, weil der entsprechende Umfang des Schutzes Gegenstand anderer Entscheidungen war, worauf der Senat verwies.²⁷⁶⁵

866 Die jüngere Verwaltungsgerichtsbarkeit steht einem Ausschluss der Parteiöffentlichkeit aufgeschlossen gegenüber. Im Zusammenhang mit den Geheimhaltungsbestimmungen des § 23 BVergG 2006 hielt der VwGH zwar fest, dass diese Norm, die sämtliche Verfahrensbeteiligte zur Geheimhaltung schutzwürdiger Angaben verpflichtete, keine Grundlage dafür bieten könne, einer Partei die Einsicht in verfahrensgegenständliche Urkunden, auf die sich die belangte Behörde in ihrer Entscheidung *tragend* stützen möchte, *generell* zu verweigern. Unter Bezugnahme auf die *Varec*-Entscheidung (vgl Rz 423) wurde im Einzelfall aber bei überwiegen den Geheimhaltungsinteressen immerhin die Vorenthaltung »*bestimmter* [Anm: für die Entscheidung relevanter!] *Informationen*« für zulässig erachtet, »*wobei*

²⁷⁶⁴ Vgl auch RIS-Justiz RS0074920 und RS0005915.

²⁷⁶⁵ »Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht die Gefährdete – unbekämpft – ausdrücklich von der Einsichtnahme in bestimmte interne Bezeichnungen und die Bestimmung von Rezepturen ausgeschlossen. Über den Antrag der Gegnerin, die Gefährdete auch von der Einsicht in bestimmte Teile des Sachverständigengutachtens auszuschließen, wird ein gesondertes Verfahren geführt.«

gleichzeitig die effektive Rechtsverfolgung sichergestellt werden muss.«²⁷⁶⁶ Die Tatsacheninstanzen müssten begründen, warum trotz der Geheimhaltung eine effektive Rechtsverfolgung durch die ausgeschlossene Partei möglich sei. Daran knüpfte das Landesverwaltungsgericht Wien an und hielt fest, dass ein faires Verfahren ungeachtet der Einschränkung der Akteneinsicht dadurch gewährleistet werden könne, dass ein objektiver Dritter, »nämlich das Verwaltungsgericht«, die entscheidungsrelevanten Angaben prüfe.²⁷⁶⁷

F. Eigene Meinung

1. Allgemeines

Wie bereits oben dargelegt (vgl Rz 254), sind mehrere Konstellationen zu unterscheiden, in denen ein Unternehmensgeheimnis im Laufe eines Zivilprozesses offenbar werden kann. Die Untersuchung beschränkt sich auf den Fall, bei dem die nicht beweisbelastete Partei zur Geheimhaltung berechtigt bzw verpflichtet ist, ihr Geheimnis aber dennoch in das Verfahren einfließen soll, um dem Beweisführer den effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Kann der nicht beweisbelasteten Partei also die prozessuale Kooperation zumutbar gemacht werden, indem der Gehörsanspruch des Gegners eingeschränkt wird?

867

Allein der Hinweis, dass bei der Prüfung entscheidungserheblicher Tatsachen die Parteiöffentlichkeit schon deshalb nicht eingeschränkt werden könnte, weil das »im Gesetz nicht vorgesehen ist«, vermag nicht zu überzeugen. Dabei ist etwa daran zu erinnern, dass die Rechtsprechung (insb durch verstärkte Senate des OGH²⁷⁶⁸) bei einer Reihe von verfahrensrechtlichen Problemen Lösungen entwickelt hat, die nicht positivgesetzlich verankert, sondern eher ein Akt der Rechtsfortbildung sind. Das beschriebene Phänomen ist besonders im Bereich des Art 6 EMRK zu beobachten.

868

Nur beispielhaft seien erwähnt:

Bei der Löschung einer beklagten Kapitalgesellschaft während eines anhängigen Prozesses billigt die Judikatur dem Kläger seit der Entscheidung des verstärkten Senats 8 OBA 2344/96f das Wahlrecht zu, die sonst vorzunehmende Zurückweisung der Klage und Nichtigerklärung des Verfahrens durch einen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens zu verhindern.²⁷⁶⁹ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass eine vollbeendete Gesellschaft des Handelsrechts grundsätzlich zwar nicht mehr parteifähig ist, es aber mit dem Grundrecht auf ein faires Verfahren nach Art 6 Abs 1 Satz 1 EMRK (insb mit dem Justizgewährungsanspruch) unvereinbar wäre, »wenn die

²⁷⁶⁶ VwGH 2009/04/0187 und 2011/04/0207.

²⁷⁶⁷ LVwG Wien VGW-123/077/34442/2014 ZVB-LSK 2015/42.

²⁷⁶⁸ Klicka in FS-Schütze 367.

²⁷⁶⁹ RIS-Justiz RS0110979.

beklagte Partei durch rechtliche Änderungen in ihrer Sphäre, auf die der Kläger keinen Einfluss hat und die er auch nicht durchschauen kann, eine Entscheidung über den vom Kläger rite geltend gemachten, mit erheblichem Aufwand an Geld, Zeit und Mühe vor Gericht verfolgten zivilrechtlichen Anspruch vereiteln könnte.« Dieser Lösungsansatz, wonach es dem Kläger obliegen soll, die Zurückweisung einer Klage und die Nichtigerklärung des Verfahrens willkürlich durch einen Fortsetzungsantrag zu verhindern, ohne dabei das Vorliegen eines Vermögens einer gelöschten Gesellschaft behaupten zu müssen, oder eben sonst die Zurückweisung seiner Klage in Kauf zu nehmen, ist aus der Sicht der EMRK durchaus ausgewogen. Er zeigt eine Mittellösung zwischen unbedingter Weiterführung und zwingender Nichtigerklärung des Verfahrens auf. Die Vorgangsweise ist freilich nicht ansatzweise »im Gesetz vorgesehen«.

Auch zu zahlreichen Fragen im Bereich der *Bindung* und *Rechtskraft*²⁷⁷⁰ entwickelte die Rechtsprechung abseits (direkter) gesetzlicher Grundlagen Lösungen. Zu denken ist etwa an die vom verstärkten Senat 1 Ob 2123/96d »ohne valide gesetzliche Grundlage«²⁷⁷¹ (wie sie etwa § 68 iVm § 74 Abs 3 dZPO und § 77 iVm § 80 chZPO kennen) nur aus einem Vorbehalt Österreichs zum LGVÜ (also für Fälle mit Auslandsbezug!)²⁷⁷² erschlossene²⁷⁷³ Bindungswirkung der Streitverkündung²⁷⁷⁴ (Interventionswirkung) an die notwendigen Elemente der Entscheidung (somit auch an Tatsachenfeststellungen²⁷⁷⁵). Auch die nach Aufhebung des § 268 ZPO seit dem verstärkten Senat 1 Ob 612/95 bejahte Bindung an Strafurteile »für den Rechtskreis des Verurteilten«²⁷⁷⁶ oder die mittlerweile aufgegebene²⁷⁷⁷ Bindungswirkung aus Gründen der Rechtssicherheit und Entscheidungsharmonie²⁷⁷⁸ sind gesetzlich schwach fundiert.

Schließlich lassen sich mehrere Lösungsansätze zur Bewältigung von Beweisnotständen nicht deutlich auf eine gesetzliche Rechtsgrundlage zurückführen, sondern entspringen im Wesentlichen richterlicher Rechtsfortbildung. Das reicht von den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Instituten wie dem *Anscheinsbeweis*²⁷⁷⁹ bis hin zur methodisch eher fragwürdigen Konstruktion einer Beweislastumkehr wegen einer *Nähe zum Beweis*.²⁷⁸⁰

- 869** Sieht das Gesetz eine bestimmte Vorgangsweise nicht explizit vor, bedeutet das noch nicht zwingend, dass eine solche *per se* abzulehnen ist. Insb dann nicht, wenn die Methode durch die EMRK gedeckt oder sogar geboten ist. Das lässt sich

2770 Zu all dem *Rechberger* in FS-Mayer 600 ff.

2771 Zutreffend *Trenker*, ÖJZ 2015, 105.

2772 *Klicka*, JBl 1997, 611.

2773 Zum »Erstaunen« bzw zur Überraschung des Schrifttums über diese Begründung vgl zB *Chiwitt-Oberhammer*, JAP 1997/98, 41 [Entscheidungsanm]; *Rechberger* in FS-Schütze 727 ff; *Rechberger* in FS-Mayer 606 f; *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ § 21 ZPO 21.

2774 Vgl RIS-Justiz RS0107338.

2775 Kritisch *Klicka*, JBl 1997, 611 f.

2776 1 Ob 612/95; RIS-Justiz RS0074219.

2777 RIS-Justiz RS0102102.

2778 RIS-Justiz RS0041157; kritisch *Rechberger* in FS-Nakamura 483.

2779 RIS-Justiz RS0040274 oder RS0040281. Die ältere Rechtsprechung hat freilich den *prima facie*-Beweis noch abgelehnt, weil er im »österreichischen Recht unbekannt« ist (vgl zB 7 Ob 203/69 SZ 42/173).

2780 Vgl dazu Rz 19 ff und *Rassi*, ÖJZ 2017, 297.

methodisch damit begründen, dass die EMRK bei fehlenden einfachgesetzlichen Normen unmittelbar und direkt anzuwenden ist, wenn es um die Gewährung der dort verfassungsrechtlich abgesicherten subjektiven Rechte geht.²⁷⁸¹

Auch der Zivilrichter ist an den Grundrechtskatalog gebunden. Dabei ist hier nicht an den häufigen Fall gedacht, bei dem die Grundrechte zur Auslegung vorhandener Normen verwendet werden, um im Wege der *verfassungskonformen Interpretation* ein der Verfassung entsprechendes Ergebnis zur erzielen. Es geht vielmehr um die *direkte* Anwendung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten subjektiven Rechte, die mE dann zulässig ist, wenn die einfachgesetzlichen Normen lückenhaft sind.²⁷⁸² Hingegen geht es bei der verfassungskonformen Interpretation lediglich darum, vorhandene Rechtsnormen im Zweifel verfassungskonform auszulegen. Es ist grundsätzlich aber nur dann möglich, eine prozessuale Vorgangsweise, die keine Deckung im Gesetz hat, unmittelbar auf die EMRK zu stützen, wenn das Gesetz keine dem widersprechende Regelung enthält. Fehlt eine die Problematik betreffende Regelung im Gesetz, müssen die Verfahrensgesetze unmittelbar aus Art 6 EMRK ergänzt werden, wenn die durch Art 6 EMRK gewährleisteten Rechte eine bestimmte Vorgangsweise erfordern. Dann muss das Gericht dafür sorgen, dass die aus Art 6 EMRK abzuleitenden Rechte gewahrt bleiben. Anders wäre die Situation, wenn ein Gesetz die Frage in grundrechtsbedenklicher Weise regelt. Hier wären zunächst alle Wege zu beschreiten, um das Verfahrensgesetz grundrechtskonform auszulegen. Sollte dies nicht möglich sein, muss der Richter das verfassungswidrige Gesetz (bis zur allfälligen Aufhebung durch den VfGH) anwenden. »Raum« für die direkte Anwendung der Verfassung und sohin auch der EMRK ist im hier interessierenden Zusammenhang somit dann, wenn das Prozessrecht Punkte lückenhaft regelt und »offen« bleibt. Art 6 EMRK ist daher nicht nur für die Interpretation des einfachgesetzlichen Prozessrechts heranzuziehen, es lassen sich aus diesem Grundrecht unmittelbare prozessuale Rechte und Pflichten herleiten.

Nur bei oberflächlicher Betrachtung ergibt sich bei der hier vertretenen Befürwortung der direkten Anwendung von Grundrechten ein Widerspruch zu Art 89 B-VG. Aus dieser Bestimmung folgt, dass das Gericht verfassungswidrige (und somit in vielen Fällen grundrechtswidrige) Gesetze zu vollziehen hat, sofern es diese nicht erfolgreich beim Verfassungsgerichtshof angefochten hat. Betrachtet man den Zweck des Art 89 B-VG, spricht ein weiteres Argument für die hier vertretene direkte Anwendung der EMRK: Der Sinn des Art 89 B-VG liegt vor allem in der

2781 *Rassi*, RZ 1996, 104 mwN.

2782 Fehlen Normen zu den sich aus Art 6 EMRK abgeleiteten Verfahrensgarantien, können diese mit der hier gemeinten unmittelbaren Anwendung der EMRK ersetzt werden. Das ist wiederum von jenen Fällen zu trennen, bei denen sich die unmittelbare Anwendung der Konvention durch das Gericht bereits aus ihrem Text ergibt, wie das bei der Prüfung der Gründe für die Ausschließung der Öffentlichkeit zu bejahen ist (arg Art 6 EMRK Abs 1 aE »in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang«).

Gewährleistung der Rechtssicherheit begründet. Wenn ein Gesetz ordnungsgemäß kundgemacht ist, haben dieses alle »Vollzugsbehörden« (iwS) anzuwenden. Nur der Gesetzgeber selbst oder der VfGH können das Gesetz wieder aufheben. Die Gerichte sollen nicht die Funktion des VfGH übernehmen. Es ist nicht ihre Aufgabe, die Beurteilung von Gesetzen auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung (quasi im Vorfragenbereich) eigenständig zu prüfen, ohne den VfGH einzuschalten. Dies könnte dazu führen, dass Gesetze von einem Gericht angewendet werden, von einem anderen aber ignoriert werden, weil Verfassungswidrigkeit vermutet wird. Das Normprüfungsmonopol liegt aber in Händen des VfGH. Dieser kann allerdings nur Rechtssätze aufheben. Sollte ein Gesetz lückenhaft sein und sich diese Lücke nicht durch die Aufhebung einer Norm schließen lassen, ist es dem VfGH nicht möglich, vom Gesetzgeber ergänzende Normen zu verlangen. Da hier der Verfassungsgerichtsbarkeit Grenzen gesetzt sind, kann der Zivilrichter folglich das Prüfungsmonopol des Höchstgerichts nicht brechen. Somit spricht nichts dagegen, dass er *lückenhafte Normen* des Verfahrensrechts durch die *unmittelbare Anwendung* der EMRK ergänzt.²⁷⁸³

In diesem Sinn kann die oben referierte Entscheidungslinie zum klägerischen Wahlrecht bei einer vermögenslosen Gesellschaft gedeutet werden, zumal sich der verstärkte Senat 8 ObA 2344/96f dabei ausdrücklich auf den aus Art 6 EMRK abzuleitenden Justizgewährungsanspruch stützt.

872 Die *Einschränkung der Parteiöffentlichkeit* im verfassungsrechtlich zulässigen Ausmaß wäre bei streiterheblichen Umständen *de lege lata* nicht bereits dann unzulässig, wenn das »im Gesetz nicht vorgesehen ist«, sondern nur dann, wenn die Einschränkung durch einfachgesetzliche Normen ausgeschlossen ist.

873 Wie im dritten Teil gezeigt wurde, ist es aus Sicht der EMRK (und der GRC) geboten, dass die Rechtsverfolgung nicht zwingend an Geheimhaltungsinteressen scheitern darf bzw derartige Interessen bei der Aufklärung des Sachverhalts berücksichtigt werden müssen. Die anzustrebende *praktische Konkordanz* widerstreitender Interessen erfordert die umfassende geschützte Verwertung des Unternehmensgeheimnisses. Eine solche Verwertung wahrt zum einen die Interessen des Beweisführers, dessen effektive Rechtsverfolgung oder -verteidigung davon abhängt, dass das Gericht seiner Entscheidung die vertraulichen Tatsachen zugrunde legen kann. Zum anderen zielt die *geschützte* Verwertung darauf ab, die Geheimhaltungsinteressen der nicht beweibelasteten Partei (und daher eben auch deren Unternehmensgeheimnisse) *bestmöglich* zu gewährleisten, wodurch dieser die prozessuale Kooperation zumutbar gemacht wird, ohne den Anspruch des Beweisführers auf ein faires Verfahren zu verletzen. Dass ein derartiges Modell zwingend darauf hinausläuft, die Parteiöffentlichkeit und damit das rechtliche Gehör

2783 Rassi, RZ 1996, 104 mwN.

einzuschränken, spricht nicht gegen seine verfassungs- und grundrechtliche Zulässigkeit. Auch das Recht auf Gehör gilt nicht absolut und kann nach einer Interessensabwägung etwa dann eingeschränkt werden, wenn das erforderlich ist, die prozessuale Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei erst damit zumutbar zu machen, wodurch der Beweisnot des Beweisführers vorgebeugt wird. Das Recht auf Gehör verlangt nicht, dass die Parteien im gleichen Umfang Kenntnis vom Entscheidungsstoff haben müssen wie das Gericht. Erforderlich ist (nur), dass das Verfahren insgesamt fair bleibt, weshalb eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit durch andere Maßnahmen ausgeglichen werden muss, und dem Gericht selbst die Entscheidungsgrundlagen uneingeschränkt zur Verfügung stehen.

Allerdings zeigt eine Analyse des geltenden Prozessrechts beachtliche Hindernisse gegen ein Geheimverfahren *de lege lata* auf. Die von der Lehre gegen eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit im Rahmen eines sogenannten »Geheimverfahrens« ins Treffen geführten einfachgesetzlichen Hinweise dokumentieren ausreichend, dass prozessrelevantes Vorbringen und dazu ergangene Erörterungen, Beweisaufnahmen und Entscheidungen beiden Parteien offen stehen müssen.

874

2. Teilnahme an der mündlichen Verhandlung

Schon aus der Pflicht des Gerichts, Parteien zu den Tagsatzungen zu laden (zB § 131, § 387 Abs 1 und § 480 Abs 1 ZPO), ergibt sich, dass diese generell an den Verhandlungen teilnehmen können, was auch aus den Vorschriften für die Protokollierung (zB § 207 Abs 1 Z 3 oder § 212 Abs 1 ZPO) oder den Regeln über die Folge der Versäumung einer Tagsatzung (§§ 146, 396 ff, 442 ZPO) ableitbar ist. Auch bei einem wegen gerechtfertigter Geheimhaltungsinteressen erfolgten Ausschluss der Volksöffentlichkeit dürfen die Parteien der Verhandlung beiwohnen (§ 174 Abs 1 ZPO). Im Übrigen setzen die Bestimmungen über den Ablauf einer Verhandlung (vor allem §§ 176 bis 185 ZPO) voraus, dass die Parteien anwesend sind. Die *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* (vgl dazu Rz 88 ff) ist dadurch geprägt, dass die Parteien ihr Vorbringen in Gegenwart des Gerichts und des Gegners erstatten und das Vorbringen vom Gericht *mit den Parteien* erörtert wird. Diese Arbeitsgemeinschaft wäre empfindlich gestört, wenn die Parteien von bestimmten Beweisergebnissen keine Kenntnis hätten und damit daran gehindert wären, ihren Prozessstandpunkt auf diese Beweisergebnisse zu stützen, ihr Vorbringen entsprechend zu ergänzen oder andere Beweisergebnisse zu hinterfragen. Dieses System lebt gerade davon, dass die Parteien und das Gericht das Beweisverfahren *gemeinsam* gestalten. Die richterliche Erörterungspflicht und das diesbezüglich zu führende Rechtsgespräch knüpfen an den Parteienvortrag und die wechselseitigen Begehren an. Der durch richterliche Erörterung, Parteienvortrag und Fragerecht geprägte Prozess ist dialogisch ausgestaltet. Die Regeln der §§ 180 ff ZPO fordern eine Verfahrensgestaltung, im Zuge derer die rechtlichen und tatsächlichen Aspekte des entscheidungserheblichen

875

Prozessstoffs in der mündlichen Verhandlung in geeigneter Weise zwischen dem Gericht und den Parteien *wechselseitig erörtert* und *hinterfragt* werden können. Darauf aufbauend soll den Parteien die Möglichkeit zu entsprechenden Aufklärungen, Aufschlüsselungen, Ergänzungen und Berichtigungen eingeräumt werden, worauf die jeweilige Gegenpartei durch weitere Fragen und eigenes Vorbringen samt Beweisanträgen reagieren können muss.

876 Die Erfüllung des skizzierten Konzepts ist aber ausgeschlossen, wenn einer der Parteien unter Hinweis auf Geheimhaltungsinteressen der Gegenpartei die Kenntnis vom entscheidungsrelevanten Vorbringen oder vom Inhalt der angebotenen Beweismittel verwehrt wird. Es wäre dem Verhandlungsrichter dann unmöglich, auf eine umfassende Darstellung *aller Umstände* hinzuwirken, die zur »wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestands der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen« (§ 182 Abs 1 ZPO). Zudem wäre der entscheidende Beitrag der Parteien in der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* zur gemeinsamen »Erarbeitung« des Prozessstoffs empfindlich beschnitten, wenn sie mangels Kenntnis von Teilen des gegnerischen Vorbringens gar keine darauf bezogenen Fragen stellen und kein dazu widersprechendes Vorbringen erstatten könnten, obwohl das ihr gegenüber geheim gehaltene Vorbringen vom Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden soll. Eine *aktive* Arbeitsgemeinschaft setzt aber voraus, dass die Beweise in Gegenwart des Gerichts und der Parteien aufgenommen werden.

877 Damit die Geheimnisse wirksam geschützt bleiben, müsste ein solches »Geheimverfahren« zudem zwingend über das eigentliche Beweisverfahren hinausgehen und etwa das Vorbringen (aber auch die Entscheidung, das Rechtsmittelverfahren und die Akteneinsicht) umfassen. Ein solcher Geheimnisschutz bezüglich des für die Entscheidung relevanten Vorbringens widerspräche den Vorgaben des geltenden Rechts. Eine gegenteilige Ansicht würde das dynamische Element des Zivilprozesses als *gemeinsames Voranschreiten* zur Wahrheitsfindung übersehen. Schließlich würde ein Ausblenden erheblicher Teile des Vorbringens es den Parteien in vielen Fällen unzumutbar erschweren, ihre Rechte zweckentsprechend zu verfolgen oder zu verteidigen, zumal ein zivilrechtlicher Anspruch in vielen Fällen mannigfaltig geprüft werden muss.

878 In einem Verfahren ergeben sich viele Einwände erst aus dem Vorbringen des Gegners. Wenn einer Partei dieses Vorbringen aber gar nicht bekannt ist, wird die ausgeschlossene Partei zu umfangreichem Vorbringen und Beweisanträgen geradezu provoziert, die objektiv gesehen gar nicht notwendig sind, aber »aus prozesualer Vorsicht« gestellt werden (müssen). Die Prozesse würden dadurch unnötig verzögert. Das erinnert an ein von der Eventualmaxime geprägtes System, gegen das sich die ZPO mit guten Gründen entschieden hat.²⁷⁸⁴

2784 *Konecny* (in *Fasching/Konecny*³ II/1 Einl Rz 70/1) hat etwa zutreffend aufgezeigt, dass eine reine Eventualmaxime nur bei theoretischer Betrachtung der Prozessökonomie dienen könne. Zwar

Ein partieller Ausschluss einer der Streitteile von der Verhandlung widerspricht somit dem Konzept der aktiven Beteiligung beider Parteien im Rahmen der mündlichen Verhandlung.

879

3. Kenntnis von den aufgenommenen Beweisen

Bei *entscheidungserheblichen Umständen* spricht das klare Regelwerk der ZPO eindeutig dagegen, dass eine der Parteien von der Beweisaufnahme und/oder der Beweiserörterung *ausgeschlossen* wird. Nach der allgemeinen Regel des § 289 Abs 1 ZPO hat jede Partei das Recht, bei der Beweisaufnahme zugegen zu sein und sich an dieser durch Fragen und Hinweise aktiv zu beteiligen.²⁷⁸⁵ Die Befugnis, vor dem ersuchten oder beauftragten Richter einzuschreiten, ergibt sich zusätzlich aus § 283 Abs 2 ZPO (für eine vom Beweisführer erwirkte Beweisaufnahme im Ausland) und § 300 Abs 3 ZPO (für Urkunden). Das Beteiligungsrecht der Parteien wird an anderer Stelle für die Zeugenvernehmung (§ 341 ZPO) und damit für die Parteienvernehmung (§ 375 Abs 1 ZPO) wiederholt. Auch der Augenschein steht den Parteien naturgemäß offen (vgl § 370 Abs 3 ZPO), was von der hA von der gesetzlich nicht geregelten Befundaufnahme durch den Sachverständigen (außerhalb) der Verhandlung vertreten wird; vgl dazu Rz 791 ff.²⁷⁸⁶ Die (umständlich anmutende) Verständigung der Parteien vom Einlangen eines schriftlichen Gutachtens ordnet § 360 Abs 2 ZPO an, wenngleich in der Praxis ohnedies fast ausnahmslos Ausfertigungen des Gutachtens amtswegig zugestellt werden.²⁷⁸⁷ Das Einsichtsrecht einer Partei in vom Gegner vorgelegte (oder vorzulegende) Urkunden gründet sich auch auf § 297, § 298 Abs 1 bzw § 82 Abs 1 ZPO. Entsprechendes normiert § 81 Abs 2 ZPO für Beilagen eines Schriftsatzes.²⁷⁸⁸ In besonderer Deutlichkeit ordnet § 298 Abs 1 ZPO die Offenlegung von Urkunden in der Weise an, dass der Gegner Einsicht in den ganzen Inhalt der Urkunde nehmen kann. Die entsprechende Einschränkung

880

schließe sie ein taktisches Zurückhalten von Vorbringen aus, zwingt aber die Parteien dazu, alles geltend zu machen, was hypothetisch betrachtet im Prozess relevant werden könnte. Das führe zu umfangreichem Vorbringen für alle Eventualfälle, das zudem oft widerspruchsvoll ausfallen kann. Eine strenge Eventualmaxime würde kaum zu schnelleren, aber zu oft qualitativ mangelhaften Verfahren führen. Auch *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 481 weisen darauf hin, dass ein Prozess mit Eventualmaxime das Verfahren aufbläht, unübersichtlich und schwerfällig macht.

2785 Die ZPO trennt somit – entgegen Art 11 EuBVO – nicht zwischen der bloßen Anwesenheit bei und der aktiven Beteiligung an der Beweisaufnahme.

2786 *Rassi*, SV 2014 H 1, 6 mwN.

2787 Vgl auch die als »Verfahrensbesonderheit« des arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahrens titulierte Verpflichtung des Gerichts, den Parteien nach § 39 Abs 6 ASGG eine Ausfertigung von einem schriftlichen Befund oder Gutachten zuzustellen.

2788 Zudem verpflichtet § 81 Abs 1 ZPO eine Partei zur Vorlage von Urkundenabschriften (Kopien), wenn in ihrem Schriftsatz Urkunden als Beilagen enthalten sind. Die Pflicht zur Herstellung von Abschriften gilt aber nicht für die in der Verhandlung vorgelegten Urkunden (vgl 3 Ob 57/17d).

in § 298 Abs 2 ZPO betrifft nur Tatsachen, die für die Entscheidung *nicht erheblich* sind. Im Umkehrschluss ist somit davon auszugehen, dass (auch) § 298 ZPO einen partiellen Ausschluss einer Partei bei entscheidungserheblichen Urkunden ausschließt.

881 Auch wenn die bloße Anwesenheit oder die aktiven Beteiligungsrechte der Parteien bei der Beweisaufnahme vom Gesetz durch Sondernormen teilweise beschränkt werden,²⁷⁸⁹ lässt sich mit diesen Normen (etwa im Wege der Analogie) nicht im Ansatz die Geheimhaltung von entscheidungsrelevanten Beweisergebnissen gegenüber Parteien begründen.

Werden Beweise zu entscheidungserheblichen Umständen aufgenommen, ermöglicht das Gesetz daher keinen *Ausschluss*, sondern nur *Beschränkungen* der Parteiöffentlichkeit. Zu denken ist hier vor allem an die abgesonderte Vernehmung nach § 289a ZPO, die Vernehmung Minderjähriger nach § 289b ZPO oder die Vernehmung von Personen, die sonst nicht aussagen müssten (§ 341 Abs 2 ZPO). Nach § 289a ZPO und § 298b ZPO kann den Parteien verweigert werden, an der Vernehmung unmittelbar (physisch) oder überhaupt teilzunehmen.²⁷⁹⁰ Ähnliches gilt für die Vernehmung immuner Personen. Die Beweisaufnahme bzw deren Ergebnis darf dessen ungeachtet den Parteien aber nicht vorenthalten werden. Auch hier hat es zu einer Beweiserörterung zu kommen, die Parteien haben zudem die Möglichkeit, zu den durchgeführten Beweisen neues Vorbringen zu erstatten oder weitere Beweise zu beantragen.

Auch die zuletzt in Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL (nur) für Verfahren, in denen durch Wettbewerbsrechtsverletzungen verursachte Schäden geltend gemacht werden, in § 37j Abs 6 KartellG 2005 normierten Maßnahmen zum »Schutz vertraulicher Informationen« schränken die Parteiöffentlichkeit im Zusammenhang mit aufgenommenen Beweisen nicht ein. Z 3 leg cit ermöglicht zwar eine Beschränkung des Personenkreises, »der von den Beweismitteln Kenntnis erlangen darf«. Davon sind allerdings die Parteien und ihre Vertreter ausdrücklich ausgeschlossen, wobei klargestellt wird, dass die Parteienrechte nicht ungebührlich eingeschränkt werden dürfen. Insoweit das Gericht die Vorlage eines von vertraulichen Informationen bereinigten Auszugs eines Dokuments anordnen (Z 1 leg cit) oder einen Sachverständigen anweisen kann, eine Zusammenfassung vorzulegen, die keine vertraulichen Informationen enthält (Z 6 leg cit), ist damit keine ent-

2789 Die Durchbrechung einer unbeschränkten Parteiöffentlichkeit in Ausnahmefällen wurde bereits unter Rz 723 ff erörtert.

2790 Das unionsrechtliche Sekundärrecht betrachtet einen derartigen »Ausschluss« offenbar als unbedenklich, weil bei einer Rechtshilfevernehmung im Wege der EuBVO die Parteien und gegebenenfalls ihre Vertreter nur dann das Recht haben, bei der Beweisaufnahme durch das ersuchte ausländische Gericht zugegen zu sein, sofern das im Recht des Mitgliedstaats des ersuchenden Gerichts vorgesehen ist (Art 11 Abs 1 EuBVO). Für eine aktive Beteiligung der Parteien (etwa durch Ausübung des Fragerechts) legt das ersuchte Gericht die Bedingungen fest. Nach Auffassung des BMJ ist die Anwesenheit der Parteien oder der Vertreter nach Art 11 Abs 1 EuBVO ein »absolutes Recht«, das vom ersuchten Gericht nicht eingeschränkt werden dürfe. Anderes gelte für das Recht auf (aktive) Beteiligung nach Art 11 Abs 3 EuBVO (vgl Punkt 3.4.3.3. des Einführungserlasses zur EuBVO JMZ 30.043 B/9-I 11/2003).

scheidende Einschränkung des bisherigen Konzepts der Parteiöffentlichkeit verbunden, zumal aus diesen Bestimmungen nicht abzuleiten ist, dass vertrauliche Umstände, von deren Kenntnis die Parteien ausgeschlossen sind, in der Entscheidung verwertet werden dürfen. Insgesamt wird mit § 37j Abs 6 KartellG 2005 die Parteiöffentlichkeit nicht eingeschränkt.

Wird bei einer Verhandlung die Volksöffentlichkeit ausgeschlossen, stellt sich die Frage, ob eine in der Verhandlung *abwesende* Partei durch ihren anwesenden Vertreter über den verhandelten Prozessstoff unterrichtet werden darf. § 172 Abs 3 Satz 2 ZPO verbietet bei Ausschluss der Öffentlichkeit die *öffentliche* Verlautbarung des Inhalts einer Verhandlung. Daraus lässt sich aber eine Geheimhaltungspflicht des Vertreters gegenüber einer abwesenden Partei oder gar die Zulässigkeit eines Geheimhaltungsbefehls an den Vertreter nicht ableiten. Wenn das Gesetz einer Partei sogar die Möglichkeit einräumt, an einer Verhandlung teilzunehmen bzw sich dort vertreten zu lassen, kann die Weitergabe des Verhandlungsinhalts an sie wohl kaum von einer Geheimhaltungspflicht umfasst sein. Diese Pflicht soll dem Fall vorbeugen, dass Informationen an die »Öffentlichkeit« gelangen, einerlei ob es sich um eine gesetzliche (vgl § 172 Abs 3 Satz 2 ZPO, § 230a Satz 1 StPO, § 174 Abs 2 dGVG) oder individuell (vgl zB § 230a Satz 2 StPO oder § 174 Abs 3 dGVG) auferlegte Geheimhaltungspflicht handelt. Eine Partei wird durch ihre erlaubte Abwesenheit aber nicht bloße »Öffentlichkeit« im Sinne der §§ 171 ff ZPO, § 230a StPO oder §§ 169 ff dGVG. Jene Bestimmungen des gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahrensrechts, die die Beteiligten des Verfahrens zur Geheimhaltung über den Inhalt des Verfahrens zwingen, sollen den Ausschluss der *Volksöffentlichkeit* absichern; eine Einschränkung der *Parteiöffentlichkeit* ist damit aber nicht verbunden. Es widerspräche dem bestehenden Prozessrecht, eine Naturalpartei von den Informationen ihres Anwalts auszuschließen.

882

4. Entscheidungsbegründung

Im Zusammenhang mit der Idee des *in camera*-Verfahrens wird zutreffend darauf hingewiesen, dass Geheimnisse vor einer Partei nicht nur während der Verhandlung und der Beweisaufnahmen, sondern auch in der Ausfertigung der Entscheidung geschützt werden müssten.²⁷⁹¹ Die Wirksamkeit des Urteils gegenüber den Parteien (und somit der *eigentliche* Zweck des Verfahrens!) hängt von der Zustellung dieser schriftlichen Urteilsausfertigung an die Parteien ab (§ 416 Abs 1 ZPO). Die geltende ZPO zwingt das Gericht wegen § 417 Abs 2 ZPO iVm § 272 ZPO dazu, in der schriftlichen Urteilsausfertigung die (im Sinne von: *alle*) zur rechtlichen Beurteilung der Streitsache erforderlichen (und vom Vorbringen gedeckten) Tat-

883

2791 ZB *Schneider*, Geheimnisschutz 185.

sachenfeststellungen zu treffen (§ 417 Abs 3 ZPO)²⁷⁹² oder das Vorliegen eines *non liquets* offenzulegen,²⁷⁹³ widrigenfalls die Entscheidung an einem rechtlichen Feststellungsmangel leidet (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO).²⁷⁹⁴ Der Parteiöffentlichkeit als Ausfluss des rechtlichen Gehörs kommt hier eine wichtige *Kontrollfunktion* zu. Diese Kontrolle kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn dem Gericht ein Bereich überlassen wird, in dem es die Grundlagen seiner Entscheidung nicht offenlegen muss. Das birgt die Gefahr eines Missbrauchs oder einer Willkür in sich. Nur durch das Gebot eines nachprüfbar und nachvollziehbar begründeten Urteils kann die Prozessordnung ein faires Verfahren gewährleisten,²⁷⁹⁵ zumal es sonst der Partei nicht möglich wäre, ihre Rechte in einem Rechtsmittelverfahren effektiv geltend zu machen.

884 Schon die genannten Normen schließen aus, dass sich das Gericht in seiner Entscheidung auf Tatsachen stützt, die gleichzeitig gegenüber einer der Parteien geheim bleiben sollen. Hinzu kommt, dass dem Gesetz nicht unterstellt werden kann, es ermögliche die Anfechtung von Entscheidungen, ohne dass die Parteien umfassend prüfen können, ob die dafür vorgesehenen Rechtsmittelgründe vorliegen.²⁷⁹⁶ Das Begründungsgebot, wonach dem angefochtenen Urteil *klar und eindeutig zu entnehmen* sein muss, von welcher *Sachverhaltsgrundlage* es ausgegangen ist, schlägt insoweit bis in die dritte Instanz durch, weil der OGH die Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Revisionsgründe und des gestellten Revisionsantrags zu prüfen hat. Das setzt aber voraus, dass dem angefochtenen Urteil zu entnehmen ist, von welcher Sachverhaltsgrundlage das Berufungsgericht ausgegangen ist; anders ist eine solche Prüfung ohne einen dem OGH nicht zustehenden Eingriff in die von den Vorinstanzen zu ermittelnden Tatsachengrundlagen nicht möglich.²⁷⁹⁷

2792 7 Ob 685/89; RIS-Justiz RS0041860 [»Es muss klar und zweifelsfrei ausgesprochen werden, welche Tatsachen nach Meinung des Gerichtes vorliegen.«], RS0040217.

2793 Erst wenn ein Beweis für eine strittige, entscheidungswesentliche Tatsache nicht erbracht werden kann, sind die Beweislastregeln anzuwenden (RIS-Justiz RS0039875).

2794 RIS-Justiz RS0042435, RS0042333, RS0037106, RS0114379, RS0053317 [»Die Feststellungsgrundlage ist nur dann mangelhaft, wenn Tatsachen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind und dies Umstände betrifft, die nach dem Vorbringen der Parteien und den Ergebnissen des Verfahrens zu prüfen waren.«].

2795 EGMR 16. 12. 1992, A/252, *Hadjianastassiou/Griechenland*, NL 1993/1.

2796 8 Ob 9/82; 2 Ob 2073/96h; RIS-Justiz RS0041860 (T1) uvm.

Die Geltendmachung des Rechtsmittelgrunds der *unrichtigen Tatsachenfeststellung* setzt die Kenntnis der angefochtenen Feststellungen notwendig voraus. Auch die *Rechtsrüge* setzt die Kenntnis des relevanten Sachverhalts voraus. Kennt eine Partei nämlich nicht den vollständigen der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, wird sie kaum beurteilen können, ob das Gericht diesen richtig subsumiert hat oder ob es überhaupt sämtliche Feststellungen getroffen hat, die zur umfassenden rechtlichen Beurteilung der Streitsache notwendig sind. Schließlich setzt auch die Geltendmachung einer *Mangelhaftigkeit* in vielen Fällen (zB wegen nicht ausreichender Begründung) Kenntnis der Tatsachengrundlage voraus.

2797 2 Ob 2073/96h.

Für die Frage der Amtshaftung stellt sich bei einer bloß *beschränkten Außenbegründung* zudem die Frage, inwieweit schuldhaftes und rechtswidriges Organverhalten im Geheimverfahren zum Gegenstand eines Amtshaftungsanspruchs gemacht werden kann. Eine Offenbarung der Geheimnisse im nachfolgenden Amtshaftungsverfahren würde die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit im Vorprozess konterkarieren. Sollen die Geheimnisse hingegen im Amtshaftungsverfahren unter Verschluss bleiben, wäre wiederum die Rechtsverfolgung hinsichtlich des Amtshaftungsanspruchs unzumutbar eingeschränkt.²⁷⁹⁸ Auch dieser Aspekt spricht *de lege lata* dagegen, die Entscheidungsgrundlage eines Zivilprozesses vor einer der Parteien zu verheimlichen.

885

Vom Grundsatz, dass sich die Entscheidungsgrundlagen aus der *Ausfertigung* der Entscheidung umfassend ergeben müssen, um diese nachprüfen zu können, gibt es nur wenige Ausnahmen, die jedoch keine dogmatische Grundlage dafür bilden können, wegen Geheimhaltungsinteressen einer Partei ihrem Gegner die Entscheidungsgrundlagen oder Teile davon vorzuenthalten.

886

Versäumnis-, Verzichts- und Anerkenntnisurteile können nach § 417 Abs 4 ZPO in gekürzter Form (im Wesentlichen durch einen Stempelaufdruck auf einer Klagsrubrik, vgl § 67 Geo) ausgefertigt werden. Aus der Sicht des effektiven Rechtsschutzes ist diese Vorgangsweise allerdings unproblematisch, weil bei den genannten Urteilen die Entscheidungsgrundlage gesetzlich vorgegeben ist. Bei einem Versäumnisurteil bildet das entsprechende Parteivorbringen (§ 396 Abs 1 ZPO), bei einem Verzichtsurteil der Verzicht (§ 394 Abs 1 ZPO) und bei einem Anerkenntnisurteil das Anerkenntnis (§ 395 ZPO) die jeweilige Entscheidungsgrundlage. Das erklärt, warum derartige Urteile bereits mit der Verkündung (also vor ihrer nur fakultativen Zustellung) dem Anwesenden gegenüber wirksam sind (§ 416 Abs 3 ZPO). Für die Überprüfung dieser Entscheidungen und deren allfällige Anfechtung spielt die Kenntnis vom Inhalt der Ausfertigung daher keine Rolle. Auch gegen die hier vorliegende Ausnahme von der Regel, dass die Parteien eine Entscheidung nicht vor ihrer Zustellung (somit ohne Ausfertigung in den Händen) anfechten müssen, bestehen daher keine Bedenken. Allenfalls bei der Entscheidung im Kostenpunkt könnte mangels Ausfertigung die Ausführung eines Rechtsmittels erschwert sein, sofern das Gericht der obsiegenden Partei die Kosten nicht im verzeichneten Ausmaß zugesprochen hat und die Gründe dafür nicht mündlich erläutert wurden.

Auch ein *gekürztes Urteil*, dem – freilich aus Gründen der Gerichtsentlastung und nicht des Geheimnisschutzes – nicht alle entscheidungsrelevanten Tatsachen entnommen werden können, ist keine echte Ausnahme des genannten Gebots, weil

²⁷⁹⁸ Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass auch eine Entscheidung des Berufungsgerichts, mit dem dieses einen Antrag nach § 508 ZPO zurückweist, nach § 508 Abs 4 ZPO nicht begründet werden muss (vgl § 508 Abs 4 ZPO), wenngleich wegen dieser Entscheidung ein Amtshaftungsanspruch geltend gemacht werden kann. Dazu ist zu bemerken, dass Gegenstand des Amtshaftungsanspruchs das Berufungsurteil ist (s auch 1 Ob 220/00k), ungeachtet des Umstands, dass das Berufungsgericht die Anrufung des OGH ohne Begründung verhindert hat. Die Zurückweisung hat nur verhindert, dass der Ersatzanspruch wegen § 2 Abs 3 AHG unterbleiben muss.

das Urteil zum Zeitpunkt der Ausfertigung bereits rechtskräftig sein muss und eine Überprüfung im Rechtsmittelweg daher von vornherein ausscheidet. Probleme könnten sich nur insoweit ergeben, wenn in einem Folgeverfahren die Rechtskraftwirkungen des Urteils zu beachten sind, wobei insoweit § 417a Abs 1 ZPO vorsorgt, weil die zur Beurteilung der Rechtskraftwirkung des Urteils notwendigen Angaben in den Entscheidungsgründen enthalten sein müssen.

§ 460 Z 8a ZPO nimmt auf im Privatleben gegründete Geheimhaltungsinteressen insoweit Rücksicht, als den Ehegatten jederzeit eine begründungslose Ausfertigung der *Entscheidung über die Auflösung der Ehe* auszustellen ist. Damit wird aber darauf abgestellt, dass der Antragsteller die begründungslose Entscheidung zur Vorlage Behörden oder Dritten gegenüber benötigt. Sie ersetzt nicht die eigentliche Urteilsausfertigung für die Streitteile.

- 887 Das Gebot der umfassenden Entscheidungsbegründung macht es dem Gericht daher unmöglich, entscheidungsrelevante Umstände zu verwerten und einer der Parteien vorzuenthalten.

5. Akteneinsichtsrecht

- 888 Schließlich verhindern die gesetzlichen Vorgaben an das an sich *unbeschränkbare Akteneinsichtsrecht* die Verheimlichung von entscheidungsrelevanten Umständen vor einer der Parteien. Die Anordnung in § 219 Abs 1 ZPO ist eindeutig: *Jede* Partei hat Einsicht in *sämtliche* ihre Rechtssache betreffenden Akten. Für die Beweisaufnahme-Akten des ersuchten oder beauftragten Richters ist das Einsichtsrecht zusätzlich in § 286 Abs 1 ZPO festgehalten. Eine Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht und Entnahme von Aktenabschriften, die für die wirksame Rechtsdurchsetzung, insb für die Erhebung von Rechtsmitteln *unerlässlich* sind, verbietet das Grundrecht des *fair trial* für die am Verfahren Beteiligten. Beschränkungen dieses Rechts sind nur in sehr geringem Umfang möglich *und* bedürfen einer besonderen gesetzlichen Regelung;²⁷⁹⁹ vgl die Regelungen über die Inkognitoadoption (Rz 737). Eine solche Ausnahmenvorschrift zulasten einer der Parteien zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen des Gegners fehlt. Wohl ergeben sich aus § 219 ZPO selbst Ausnahmen dieser Regel (Entwürfe, Beratungs- und Abstimmungsprotokolle, Disziplinarverfügungen). Auch an anderer Stelle verfügt die ZPO weitere Ausnahmen ausdrücklich (§§ 75a, 76 Abs 2 ZPO) bzw schlüssig (§ 298 Abs 2 ZPO). Vgl dazu die Ausführungen bei Rz 723 ff. Eine Geheimhaltung von Aktenteilen, die für das Verfahren *relevante strittige Tatsachen* betreffen, ist freilich durch § 219 ZPO ausgeschlossen.²⁸⁰⁰ Mit § 219 Abs 2 ZPO korrespondiert die Regel des § 89i Abs 2

2799 RIS-Justiz RS0110043.

2800 In diesem Sinn etwa die Entscheidung 1 Ob 109/02i, wonach (vor der Einführung des § 75a ZPO) der OGH in einem Außerstreitverfahren eine teilweise Beschränkung der Akteneinsicht (Anschrift des Dienstgebers einer Partei) aufgrund des Art 8 EMRK bzw § 2 Abs 3 Z 10 AußStrG

GOG über die Einsicht in die elektronisch geführten Register.²⁸⁰¹ Daneben regelt § 89l Abs 1 GOG eine allgemeine elektronische Registerauskunft über alle Zivilverfahren eines Antragstellers.

De lege lata verhindert das den Parteien grundsätzlich unbeschränkt zu gewährende Akteneinsichtsrecht ein *in camera*-Verfahren in der Hauptsache.²⁸⁰²

889

6. Verzicht auf Beteiligungsrechte?

Manche Autoren wollen die Zurückdrängung der Parteiöffentlichkeit mit einem *freiwilligen Verzicht* auf das rechtliche Gehör einer der Parteien begründen.²⁸⁰³ Dieser Ausweg ist theoretisch in der hier zu untersuchenden Konstellation denkbar, wenn die beweisbelastete Partei zugunsten von Geheimhaltungsinteressen ihres Gegners auf die Teilnahme an einer Beweisaufnahme verzichtet, damit diesem die Kooperation zumutbar wird.²⁸⁰⁴

890

Vor allem *Stürner* anerkennt (wie schon bei Rz 837 ausgeführt) im Zusammenhang mit den Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei die Möglichkeit des (sonst verpönten) vorherigen Verzichts auf Parteiöffentlichkeit und rechtliches Gehör.²⁸⁰⁵ »Die risikobelastete Partei steht doch vor der Wahl, entweder Rechtsschutz mit rechtlichem Gehör, aber ohne gegnerische Aufklärungspflicht und damit ineffektiven Rechtsschutz zu erlangen oder aber Rechtsschutz ohne volles Gehör, aber mit gegnerischer Aufklärungspflicht und damit effektiven Rechtsschutz.«²⁸⁰⁶ Die Unverzichtbarkeit vollen rechtlichen Gehörs würde die grundrechtliche Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes beschränken oder gar leerlaufen lassen, so dass ein Grundrecht das andere blockieren würde.²⁸⁰⁷ Die durch das Geheimverfahren verursachten Eingriffe in das Gefüge der ZPO seien gegenüber dem um des Unternehmensgeheimnisses willen verweigerten Rechtsschutz das *kleinere Übel*, wobei *Stürner* konsequenterweise vertritt, dass sich der Teilnahmeverzicht auf die Ausfertigung und das Recht auf Akteneinsicht auswirken müsse.

1854 für zulässig erachtete, weil die derart vor der Akteneinsicht geschützte Urkunde keine für das Verfahren relevante strittige Tatsachen enthielt.

2801 Vgl 3 Ob 57/17d.

2802 Offengelassen von *Ehrlich/Graf* (Zak 2008, 328) [»Inwiefern Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse möglicherweise vor dem Prozessgegner geschützt werden könnten, müsste gesondert überlegt werden. Jedenfalls stünde dies in einem starken Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs.«].

2803 *Leppin*, GRUR 1984, 697 [»einer prozessrechtlichen Verzichtserklärung [...] bedarf es nicht. Die klagende Naturalpartei ermöglicht den Geheimhaltungsbefehl [...] indem sie zu der mündlichen Verhandlung nicht erscheint«]; *Stürner*, Aufklärungspflicht 225 f; *Spindler/Weber*, MMR 2006, 713.

2804 Will hingegen die beweisbelastete Partei in ihren Händen befindliche Beweise in das Verfahren einbringen, wird ihr Gegner kaum bereit sein, auf seine Teilnahme am entsprechenden Beweisverfahren zu verzichten.

2805 *Stürner*, Aufklärungspflicht 226 f. IdS zB auch *Spindler/Weber*, MMR 2006, 713; *Stadler*, NJW 1989, 1204.

2806 *Stürner*, Aufklärungspflicht 226 f.

2807 *Stürner*, JZ 1985, 459.

- 891** Die Prozessordnung schließt es grundsätzlich nicht aus, dass die Beweisaufnahme in *Abwesenheit* der Parteien vorgenommen wird. Dem Gesetz ist nur zu entnehmen, dass den Parteien Gelegenheit zur Beteiligung einzuräumen ist. Sie *können* bei der Beweisaufnahme zugegen sein (§ 289 Abs 1 ZPO). Aus § 399 ZPO ergibt sich ganz allgemein und auch außerhalb des Beweisverfahrens, dass eine Partei nach ihrer Streiteinlassung weiteren Tagsatzungen fernbleiben *kann*, ohne damit den Fortgang (und den Abschluss) des Verfahrens zu hindern. Schließlich verhindert das Fehlen einer Partei zur eigenen Parteienvernehmung nicht die Vernehmung des Gegners (§ 380 Abs 2 ZPO). Entscheidend ist stets nur, dass der Partei die Möglichkeit zur aktiven Teilnahme eingeräumt wird. Das geltende Recht deckt daher durchaus die unterlassene Wahrnehmung der Teilnahmemöglichkeit. Ein derartiger »*nachträglicher Verzicht*« ist aus der Sicht der EMRK unbedenklich.²⁸⁰⁸
- 892** Hingegen erscheint ein *Vorwegverzicht* von Teilnahmerechten aus der Sicht des Art 6 EMRK bedenklich.²⁸⁰⁹ Davon abgesehen ist das Modell des Verzichts bereits aufgrund der oben aufgezeigten Normen des geltenden Prozessrechts nicht im Ansatz geeignet, die Zumutbarkeit zur prozessualen Kooperation trotz Geheimhaltungsinteressen entscheidend und nachhaltig zu erhöhen. Im Bereich der Rechts Hilfe ist ein vorweg vorgenommener Verzicht auf Teilnahmerechte zwar bereits *de lege lata* anerkannt, zumal nach § 546 Abs 1 Geo das ersuchende Gericht die »die Parteien stets ausdrücklich zu befragen (hat), ob sie sich an der (mittelbaren) Beweisaufnahme beteiligen wollen.« Der ersuchte Richter ist nach dieser Verordnung darüber zu informieren, »wenn alle oder einzelne Streitteile auf die Beteiligung verzichten«. Daraus ergibt sich, dass die Parteien auf eine Ladung verzichten können.²⁸¹⁰ Die Zulässigkeit eines derartigen Vorwegverzichts beschränkt sich allerdings nur auf die eigentliche Teilnahme an der Beweisaufnahme. Der Verzicht bedeutet insb nicht, dass die Ergebnisse der Beweisaufnahme der nicht teilnehmenden Partei verschlossen bleiben (vgl § 286 Abs 1 ZPO).
- 893** Entsprechendes gilt für den Fall, dass der Beweisführer auf die Teilnahme an einer Beweisaufnahme verzichtet, um es seinem Gegner zu ermöglichen, Geheimnisse in das Verfahren einzuführen. Mit dem Ausschluss einer Partei bei der Beweisaufnahme wird es nicht sein Bewenden haben.²⁸¹¹ Dem Geheimnisträger wird

2808 Vgl 10 ObS 135/06k (Verzicht auf sozialrechtliche Bescheidklage nach Zustellung des Bescheids).

2809 *Baumgärtel* in FS-Habscheid 7; *Greger* in *Zöller*³¹ Vor § 128 ZPO Rz 7a; *Henckel*, ZJP 77 (1964) 338 ff; *Prütting* in FS-Bartenbach 417; *Röhl*, NJW 1953, 1532; *Sawang*, Geheimhaltung 301 mwN; *Werner* in FS-Pfeiffer 832.

2810 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 289 ZPO Rz 3.

2811 *Beckhaus*, Bewältigung 382 f mwN; *Spindler/Weber*, MMR 2006, 713 [»Dabei müsste es sich um einen vorweggenommenen Verzicht für das weitere Verfahren handeln, da die Partei auch künftig weder von ihrem Anwalt noch aus den Entscheidungsgründen sensible Informationen erhalten darf.«].

Vgl auch die allgemeinen Ausführungen von *Ahrens* (JZ 1996, 738 [Entscheidungsanm]) zur Idee eines partiell geheimen gerichtlichen Verfahrens, wonach die Aufklärung prozessrelevanter

es kaum nützen, wenn die Partei bei der Beweisaufnahme fehlt, sie aber von deren Ergebnis über das Protokoll und die Entscheidung erfährt.

Plastisch wird das Gesagte durch die Entscheidung des BGH I ZR 230/12 GRUR 2014, 578. Es ging hier um eine Beweisaufnahme (Betriebsversuch) im Betrieb des Beklagten, dessen Unternehmensgeheimnisse dadurch gefährdet waren. Der Kläger »verzichtete« auf eine Teilnahme, wobei ihm vom Gericht eingeräumt wurde, sich bei der Beweisaufnahme durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vertreten zu lassen. Diesem hat es untersagt, beim Betriebsversuch offenbar werdende Betriebsgeheimnisse an den Kläger weiterzugeben. Der BGH erachtete eine solche Vertretung für zulässig, sprach aber auch aus, dass es nicht ausgereicht hätte, die Durchführung des Betriebsversuchs ohne Vertretung des Klägers anzuordnen. »Bei einem Betriebsversuch haben die Parteien ein berechtigtes Interesse daran, den Versuchsaufbau und die Durchführung des Versuchs durch den gerichtlichen Sachverständigen von Personen ihres Vertrauens beobachten und gegebenenfalls kritisch hinterfragen zu lassen. Ein für sie in keiner Weise überprüfbarer ›Geheimversuch‹ kommt daher nicht in Betracht.«

Der Vorwegverzicht auf das rechtliche Gehör wäre in diesem Umfang wirkungslos. Geht es freilich nur um das Problem, dass eine Partei von jenen für das Verfahren *irrelevanten, aber geheimen* Tatsachen nichts erfährt, besteht bereits *de lege lata* die Möglichkeit, die Partei von der Beweisaufnahme auch ohne Verzicht auszuschließen (vgl Rz 821).

894

VII. Das Geheimnisschutzverfahren nach der UWG-Novelle 2018

A. Umsetzung der *Know-how*-RL

1. Allgemeines

Die *Know-how*-RL (im Folgenden Abschnitt: RL) definiert den Begriff des Geschäftsgeheimnisses (vgl Rz 217) und sieht materiell- und verfahrensrechtliche Bestimmungen zum Schutz von Geheimnissen bzw zur damit im Zusammenhang stehenden Rechtsdurchsetzung vor.²⁸¹² Ihr liegt der Umstand zugrunde, dass viele rechtmäßige Inhaber von Geheimnissen häufig davor zurückschrecken, ein Gerichtsverfahren

895

Tatsachen sowie das Vorenthalten bewahrungsbedürftiger Geschäftsgeheimnisse vor einer der beiden Naturalparteien alle Stadien des Verfahrens »von der Darlegung über die Beweiserhebung bis zur Beurkundung im Urteil betreffen. Deshalb ist eine Gesamtschau der Geheimhaltung geboten.« Zust Götz, Schutz 368. Ähnlich auch Osterloh-Konrad, Geheimnisschutz 40.

²⁸¹² Dazu ua Rassi, ecoloex 2019, 142; Rassi, ipCompetence Vol. 21 (2019), 28.

einzuweisen (Erwägungsgrund 24 RL), weil die Wahrung der Geheimnisse sowohl durch die Volks- als auch durch die Parteiöffentlichkeit gefährdet ist. Die RL ordnet in Art 9 die Wahrung der Vertraulichkeit von Geheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren an, wobei die dort angeführten Schutzmaßnahmen sehr allgemein gehalten und auch davon geprägt sind, dass gleichzeitig das Recht des Gegners auf ein faires Verfahren gewahrt bleiben muss.

896 Zu betonen ist, dass die Umsetzung der *Know-how*-RL den eigentlichen Gegenstand dieser Arbeit nicht direkt betrifft. Der *Know-how*-RL liegt zugrunde, dass die beweisbelastete Partei die Trägerin eines Geheimnisses ist und dieses »geschützt« in das Verfahren einführen will. Während nach der DurchsetzungsRL tendenziell die Geheimhaltungssphäre des (nicht beweisbelasteten, aber kooperationspflichtigen) Gegners (= beklagte Partei) des Inhabers von gewerblichen Schutzrechten geschützt sein soll, zielt die *Know-how*-RL darauf ab, dass die Geheimnisse derjenigen Partei geschützt bleiben, die im Verfahren eine Verletzung ihres *Know-hows* geltend macht. Die Neuregelung betrifft somit nur die unter Rz 254 beschriebene Variante 3, während Variante 4 der Gegenstand dieser Untersuchung ist. Dessen ungeachtet ist auf die Neuregelung einzugehen, zumal der Gesetzgeber damit erstmals ein *in camera*-Verfahren normiert hat.

897 Der österreichische Gesetzgeber hat die RL im Rahmen des UWG umgesetzt. Die im neuen UWG-Abschnitt »Zivilrechtliche Sonderbestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen« enthaltenen Bestimmungen sind freilich von den Tatbeständen der unlauteren Geschäftspraktiken der §§ 1 ff UWG weitgehend abgekoppelt. Die neuen Tatbestände zum Schutz des Geheimnisses erfordern weder ein Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses noch die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern. Sie sind daher auch außerhalb des klassischen Lauterkeitsrechts von Relevanz.

2. Geheimnis als Verfahrensgegenstand

898 Nach der RL ist der verfahrensrechtliche Schutz dann zu gewähren, wenn es sich um ein Verfahren handelt, das den rechtswidrigen Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geheimnisses »zum Gegenstand« hat (Art 9 Abs 1 RL). § 26h UWG setzt diese Vorgaben um, die Norm ist daher nicht anwendbar, wenn das Geheimnis im Verfahren nur »beiläufig« zu Tage tritt.²⁸¹³ Die sonstigen Regeln der ZPO zum Schutz von Geheimnissen (vgl zB §§ 305, 321 ZPO), die unabhängig

2813 In einem Bauprozess, in dem der beklagte Besteller dem Werklohnanspruch des Klägers Gewährleistungsansprüche entgegenhält, verweigert der als Zeuge vernommene Subunternehmer unter Hinweis auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO die Beantwortung einzelner Fragen zur von ihm angewendeten Methode. Die neuen Regeln kommen nicht zur Anwendung. Das Geheimnis ist nicht Gegenstand des Verfahrens.

davon zur Anwendung kommen, ob das Geheimnis den Gegenstand des Verfahrens bildet, werden durch § 26h UWG nicht berührt.

Bei der Gewährung des Geheimnisschutzes unterscheidet das Gesetz (richtlinienkonform) nicht, welche Partei eine Verletzung ihres Geheimnisses geltend macht. Wenngleich es sich meist um einen Aktivprozess des Inhabers handeln wird, sind auch Situationen möglich, bei denen der Beklagte als Inhaber eines Geheimnisses verfahrensrechtlichen Geheimnisschutz zur effektiven Rechtsverteidigung benötigt. Zu denken ist etwa an einen Arbeitsrechtsprozess, bei dem der beklagte Arbeitgeber die Entlassung des klagenden Arbeitnehmers mit dem Bruch von Geheimnissen rechtfertigt. Auch hier ist das Geheimnis »Gegenstand« des Verfahrens. Die Beidseitigkeit des Schutzes zeigt sich in § 26h Abs 1 UWG durch die allgemein gehaltenen Ausdrücke »Schriftsatz« und »Partei« (vgl auch Abs 3: »Rechtsverfolgung oder -verteidigung«). Auch die Regierungsvorlage führt als Adressaten der Schutzbestimmungen beide Parteien an.²⁸¹⁴

899

3. Mehrschichtiger Geheimnisschutz

In Entsprechung des Art 9 RL sind zwei Aspekte des verfahrensrechtlichen Geheimnisschutzes streng zu trennen:

900

Zum einen soll das Gesetz den Inhaber nach Möglichkeit davor bewahren, dass der Gegner und Dritte überhaupt Kenntnis vom Geheimnis erlangt, auch wenn das Geheimnis ins Verfahren eingeführt werden soll. Das soll § 26h Abs 1 bis 3 und 7 UWG gewährleisten. Dazu Rz 903 ff.

901

Davon zu unterscheiden ist die mit den Abs 4 und 5 umgesetzte Vorgabe der RL, dass ein im Verfahren offengelegtes Geheimnis weiter als solches geschützt bleiben soll und zwar auch nach Abschluss des Verfahrens. Diesem Aspekt liegt der Umstand zugrunde, dass Geheimnisse – anders als immaterielle Schutzrechte (zB Patentrechte) – keinen absoluten Schutz genießen. Der Inhaber eines Geheimnisses ist nur davor geschützt, dass sein Geheimnis *rechtswidrig* erworben, genutzt oder offenbart wird (dazu näher nun § 26c UWG). Wer aber von einem Geheimnis auf rechtmäßige Weise Kenntnis erlangt, darf es auch nutzen (vgl § 26d UWG). Die Erlangung der Kenntnis eines Geheimnisses im Zuge eines Verfahrens ist nicht *an sich* rechtswidrig, sodass es mit § 26h Abs 4 UWG einer gesetzlichen Sonderbestimmung bedarf, damit das Geheimnis über den Kreis der durch das Verfahren Eingeweihten hinaus weiterhin geschützt bleibt. Dazu Rz 914.

902

²⁸¹⁴ ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 7.

B. Wahrung der Vertraulichkeit durch ein *in camera*-Verfahren

1. Allgemeines

903 § 26h UWG soll es ermöglichen, dass weder der Verfahrensgegner noch Dritte Informationen über das Geheimnis erhalten, die über ihren bisherigen diesbezüglichen Wissensstand hinausgehen. Vollen Einblick hat (neben dem Inhaber und allenfalls einem Sachverständigen) nur das Gericht. Der durchaus spannende Aspekt an § 26h UWG ist darin zu sehen, dass der Richter die vertraulichen Informationen in seiner Entscheidung verwerten kann, ohne der Gegenseite (vollen) Einblick in diese Entscheidungsgrundlagen zu gewähren! Denn: Die »nicht vertrauliche Fassung« des Urteils ist für Personenkreise außerhalb des Inhabers des Geheimnisses und des Gerichts zu verwenden (§ 26h Abs 7 UWG). Der Gegner gehört zu diesem Personenkreis und kann damit sogar von der vollen Kenntnis des Urteils ausgeschlossen werden. Damit hat der Gesetzgeber die kontroversiell diskutierte Frage nach einem sog *in camera*-Verfahren im Sinne der Befürworter einer solchen Form des Geheimnisschutzes entschieden.

904 Nach der (an § 37j KartG 2005 angelehnten) Systematik des Gesetzes sind im Wesentlichen drei Stufen zu unterscheiden: Zunächst geht es um die Frage, wie der Inhaber eines Geheimnisses den verfahrensrechtlichen Geheimnisschutz beanspruchen kann (vgl § 26h Abs 1 UWG). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann das Gericht bestimmte Maßnahmen anordnen (§ 26h Abs 2 UWG). Schließlich sieht § 26h Abs 3 die Offenlegung des Geheimnisses auf begründeten Antrag des Gegners vor.

2. Geltendmachung des Geheimnisschutzes (§ 26h Abs 1 UWG)

905 Zunächst liegt es am Inhaber, das Vorliegen der »Voraussetzungen eines Geheimnisses« und den damit im Zusammenhang stehenden geltend gemachten Anspruch²⁸¹⁵ schlüssig zu behaupten. Nach § 26h Abs 2 Satz 2 UWG muss das Vorbringen »zumindest soweit substantiiert« sein, dass sich das Vorliegen eines Geheimnisses und der Anspruch daraus schlüssig ableiten lassen, was auf eine Abschwächung der Behauptungslast hinweist. Allerdings muss nach der wohl herrschenden Substantiierungstheorie die Klagserzählung nach § 226 ZPO ohnedies (nur) kurz und vollständig jene Tatsachen enthalten, auf die sich der Anspruch gründet,²⁸¹⁶ damit die Schlüssigkeit des Vorbringens überprüft werden kann.²⁸¹⁷ Die mit § 26h intendierte Einschränkung der Behauptungslast (arg »zumindest soweit«) ist nach der *ratio legis* aber dahingehend zu verstehen, dass sich aus dem

²⁸¹⁵ Das umfasst nach den obigen Ausführungen auch die Einwendungen des Beklagten.

²⁸¹⁶ *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 579.

²⁸¹⁷ RIS-Justiz RS0036973.

Vorbringen zwar die »Voraussetzungen« für ein Geheimnis ergeben müssen, nicht aber (umfassende) Informationen über das eigentliche Geheimnis.

Der Inhaber eines Geheimnisses soll grundsätzlich nicht gezwungen werden, zunächst das Geheimnis offenzulegen, um in den Genuss der Sonderregeln zu kommen. Aus dem Vorbringen müssen sich wohl die in § 26b Abs 1 Z 1 bis 3 normierten Voraussetzungen (beschränkter Kreis, wirtschaftlicher Wert, Geheimhaltungsmaßnahmen) ableiten lassen. Die konkreten Informationen (also etwa die chemische Formel eines Rezepts, die Einkaufspreise einer Kalkulation, die Kunden der Kundenlisten etc) müssen hingegen nur nach Maßgabe des § 26h Abs 1 Satz UWG offenbart werden. Diese Offenbarung bezieht sich auf das eigentliche Geheimnis. Sie muss zunächst nur so weit erfolgen, als es unumgänglich ist, das Vorliegen der Voraussetzungen eines Geheimnisses und seiner Verletzung glaubhaft darzulegen. Hier ist etwa die Vorlage von geschwärzten Unterlagen denkbar. Mit dem Wort »glaubhaft« wird deutlich, dass der Geheimnisschutz nicht bereits dann zu gewähren ist, wenn ein Geheimnis bloß behauptet wird, vielmehr ist auch eine Bescheinigung erforderlich. § 26h Abs 1 UWG reduziert hier das Beweismaß,²⁸¹⁸ was durch den Ausdruck »glaubhaft darlegen« zum Ausdruck kommt (überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht aus).²⁸¹⁹

906

3. Maßnahmen des Geheimnisschutzes (§ 26h Abs 2 UWG)

Bewältigt der Inhaber die Voraussetzungen von Abs 1, hat das Gericht – nach einer Abwägung der gegenseitigen Interessen und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁸²⁰ – Maßnahmen zu treffen, die sicherstellen, dass Gegner und Dritte keine Informationen über das Geheimnis erhalten, die über ihren bisherigen Wissensstand hinausgehen.

907

Von besonderem Interesse sind naturgemäß Einschränkungen gegenüber dem Prozessgegner, weil das Gesetz hier die Parteiöffentlichkeit auch hinsichtlich entscheidungsrelevanter Umstände einschränkt. Diese Einschränkung wird im Gesetz nur skizziert, die nähere Ausgestaltung bleibt der Rechtsprechung überlassen. Als wichtigstes Beispiel solcher Maßnahmen sieht das Gesetz vor, dass einem allfälligen Sachverständigen eine »Filterfunktion« zukommt. Der Inhaber muss ihm gegenüber sein behauptetes Geheimnis zur Gänze offen legen. Der Sachverständige hat Unterlagen, Befund und Gutachten (nur) dem Gericht gegenüber ungefiltert

908

²⁸¹⁸ Vgl auch ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 7, wonach »ein reduziertes Beweismaß [...] ausreichend [ist]«.

²⁸¹⁹ RIS-Justiz RS0114896.

²⁸²⁰ Diese Vorgaben sind im Gesetz nicht explizit genannt, ergeben sich aber aus einer richtlinienkonformen Interpretation. Wenngleich die nationalen Gesetzgeber einen weitergehenden Geheimnisschutz vorsehen können (Art 1 Abs 1 RL), muss ua Art 9 Abs 3 RL eingehalten werden, der bei der Verhängung der Vertraulichkeitsmaßnahmen eine Interessensabwägung und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt.

vorzulegen und die darin enthaltenen Geheimnisse als solche zu kennzeichnen. In weiterer Konsequenz sind der Gegner und Dritte von der Akteneinsicht bezüglich der vertraulichen Teile ausgeschlossen. Der Sachverständige ist weiters anzuweisen, eine nicht vertrauliche Zusammenfassung vorzulegen. Dabei soll es sich um eine Art geschwärztes oder zensuriertes Gutachten handeln, dem sich der Inhalt des Geheimnisses nicht entnehmen lässt.²⁸²¹ Dem Verfahrensgegner und auch Dritten steht nur diese Zusammenfassung offen. Sofern es zu keiner Offenlegung nach Abs 3 kommt, bleibt dieser Schutz bis zum Ende des Verfahrens (einschließlich eines Rechtsmittelverfahrens) und auch danach aufrecht (vgl Abs 7).

909 Das Gesetz führt die geschilderte Filterfunktion des Sachverständigen beispielhaft an (arg »können auch umfassen«), schweigt aber zu weiteren Maßnahmen. Hier wird § 26h Abs 2 Satz 1 UWG als Art Generalklausel fungieren, die von der Praxis noch mit Inhalt erfüllt werden muss. Wenn das Gesetz Unterlagen des Inhabers schützt, die er dem Sachverständigen vorlegt, erscheint es naheliegend, dass sich die Wahrung der Vertraulichkeit auch auf den eigentlichen Urkundenbeweis beziehen kann. Die bisher gemäß § 298 Abs 2 ZPO für irrelevante Urkundenteile mögliche Vorlage einer geschwärzten Urkunde wird im Lichte des § 26h UWG nun auch zum Schutz eines entscheidungsrelevanten Geheimnisses möglich sein. Wie bereits nach § 298 Abs 2 ZPO ist dem Gericht die unzensurierte Urkunde vorzulegen. Auch beim Augenschein lässt sich die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit mit § 26h Abs 2 Satz 1 UWG begründen.

910 Brisanz hat § 26h Abs 7 UWG, wonach das Gericht für Dritte, aber auch für den Prozessgegner eine nichtvertrauliche Fassung (ohne Geheimnisse) der Entscheidung herzustellen hat. Damit kann der Vertraulichkeitsschutz nach Abs 1 bzw 2 bis zur rechtskräftigen Entscheidung reichen, was aus der Sicht des rechtlichen Gehörs problematisch erscheint.²⁸²²

911 Die Maßnahmen des Gerichts nach Abs 2 sind mit Beschluss (auch von Amts wegen)²⁸²³ anzuordnen. Zur Anfechtbarkeit der Entscheidung enthält das Gesetz (im Gegensatz zur Entscheidung über die Offenlegung) keinen Hinweis. Damit gilt grundsätzlich die allgemeine Bestimmung des § 514 Abs 1 ZPO, wonach jeder Beschluss mit Rekurs anfechtbar ist, sofern das Gesetz nicht das Gegenteil anordnet. Im Gegensatz zu anderen bisher im Gesetz geregelten Geheimhaltungsmaßnahmen iwS (vgl zB § 173 Abs 2, § 319 Abs 1 ZPO iVm § 298 Abs 2 ZPO) schränkt das Gesetz die Anfechtbarkeit nicht ein. Eine Einschränkung ließe sich auch nicht damit

2821 ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 8 »Diese Zusammenfassung enthält auch keine Teile von Geschäftsgeheimnissen.«

2822 RIS-Justiz RS0005915.

2823 Ungeachtet dieser amtswegigen Möglichkeit setzt der Beschluss voraus, dass der Inhaber den Geheimnisschutz iSd Abs 1 geltend gemacht hat. Im Anschluss können die konkreten Maßnahmen auch von Amts wegen erfolgen.

begründen, dass es nur um prozessleitende Verfügungen gehe, an die der Richter nicht gebunden sei (§ 425 Abs 2 ZPO). Abgesehen davon, dass auch prozessleitende Verfügungen grundsätzlich abgesehen anfechtbar sind (vgl § 521a ZPO), wenn aus dem Gesetz keine Rechtsmittelbeschränkung abgeleitet werden kann,²⁸²⁴ sind die (das rechtliche Gehör des Gegners einschränkende) Anordnungen nach § 26h Abs 2 UWG wohl keine reinen prozessleitenden Beschlüsse.

4. Offenlegung des Geheimnisses (§ 26h Abs 3 UWG)

Die Vertraulichkeit ist nicht uneingeschränkt zu wahren. § 26h Abs 3 Satz 1 UWG nimmt Rücksicht auf die Interessen des Gegners des Inhabers und ermöglicht auf dessen Antrag die Offenlegung des behaupteten Geheimnisses, wenn dies für die Rechtsverfolgung oder -verteidigung des Gegners im Interesse eines fairen Verfahrens oder zur Durchsetzung seiner legitimen Interessen erforderlich ist. Nimmt man diese Offenlegungsnorm wörtlich, müsste dem Antrag grundsätzlich immer stattgegeben werden, weil Vertraulichkeitsmaßnahmen nur dann in Betracht kommen, wenn das Geheimnis Gegenstand des Verfahrens und Grundlage eines Anspruchs (oder einer Einwendung) ist. Damit hängt der Prozesserfolg des Inhabers immer vom Vorliegen eines Geheimnisses ab, spiegelbildlich aber auch der Erfolg des Gegners vom Nichtvorliegen. Um Abs 3 sinnvoll anzuwenden, wird das Gericht eine Offenlegung aber nur dann anordnen, wenn die Informationsinteressen des Gegners die Geheimhaltungsinteressen des Inhabers übersteigen. Diese vom Gericht vorzunehmende Interessensabwägung ergibt sich aus § 26h Abs 3 Satz 2 UWG, der dabei beispielhaft den zu berücksichtigenden möglichen Schaden hervorhebt, der durch die Offenlegung, aber auch ihre Verweigerung entstehen kann. Zudem verlangt auch die RL eine Interessensabwägung (vgl Erwägungsgrund 21 RL und Art 9 Abs 3 RL). Wenngleich die ZPO in der Stammfassung die Interessensabwägung im Bereich des Geheimhaltungsrechts tendenziell bereits im Gesetz vornimmt und dem Gericht damit wenig Raum lässt, die widerstreitenden Interessen im Anlassfall abzuwägen (vgl die Systematik von Regel-Ausnahme-Gegenausnahme in §§ 304 ff ZPO und die starren Vorgaben in § 321 ZPO), sind neuere Regeln der ZPO bereits von einem modernen Ansatz geprägt (vgl § 75a Abs 3, § 219 Abs ZPO). Daran knüpft auch die UWG-Novelle an. Bei einer Interessensabwägung werden insb der wirtschaftliche Wert des Geheimnisses und der konkrete Streitgegenstand zu berücksichtigen sein. Entscheidet das Gericht auf Offenlegung, hat der Inhaber noch die Möglichkeit, seinen Rechtsschutzantrag zurückzuziehen.²⁸²⁵ Die Entscheidung, mit der die Offenlegung angeordnet wird, ist abgesehen anfechtbar (§ 26h Abs 3

912

²⁸²⁴ Zechner in *Fasching/Konecny*² Vor §§ 514 ff ZPO Rz 35 mwN.

²⁸²⁵ ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 9.

Satz 3 UWG). Es handelt sich dabei um eine Klarstellung, daraus lässt sich nicht zwingend ein Rechtsmittelausschluss für den Fall einer abweisenden Entscheidung *e contrario* ableiten. Eine Offenlegung kann indirekt auch durch eine Wiederaufnahmeklage erreicht werden. Macht die unterlegene Partei etwa mit *nova reperta* geltend, das die Voraussetzungen für ein Geschäftsgeheimnis gar nicht vorlagen, sodass die Sachentscheidung zu ihren Gunsten ausgefallen wäre, ist ein Wegfall des Geheimnisschutzes im allfälligen Erneuerungsverfahren möglich.

5. Bewertung

- 913 Grundsätzlich ist es im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz von Geheimnissen zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit schafft, die ebenfalls grundrechtlich geschützte Parteiöffentlichkeit zugunsten des Schutzes von Geheimnissen einzuschränken, wobei die Materialien zutreffend jene Rechtsprechung des EuGH zitieren,²⁸²⁶ die einen unbeschränkten Gehöranspruch unter Berufung auf den EGMR dann ablehnt, wenn widerstreitende Grundrechte das erforderlich machen. Zu kritisieren ist aber, dass sowohl die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme eines Geheimnisschutzes als auch für die Offenlegung nicht näher determiniert sind. Als größtes Minus ist jedoch der Umstand zu sehen, dass bei einer Wahrung der Vertraulichkeit des Geheimnisses (einschließlich der Entscheidung!) im Sinne einer »geschützten Verwertung« (gar) keine ausgleichenden Maßnahmen zu Gunsten des Gegners vorgesehen sind, damit ein solches Verfahren trotz des Eingriffs in Art 6 EMRK insgesamt noch als fair qualifiziert werden könnte. § 26h Abs 3 UWG ist nicht als solche ausgleichende Maßnahme anzusehen. Nach dieser Norm geht es nur darum, dass die Vertraulichkeit nicht mehr gewahrt wird. Ziel muss es vielmehr sein, das Geheimnis vertraulich zu verwerten *und* die Rechte der Gegenseite bestmöglich zu schützen. Zu erinnern ist daran, dass der ursprüngliche RL-Entwurf eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit vorsah, der europäische Gesetzgeber aber gerade wegen der Anforderung an ein faires Verfahren davon Abstand genommen hat. Der entsprechende Art 9 Abs 2 RL ist im Sinne eines weitergehenden Geheimnisschutzes zwar nicht zwingend umzusetzen (vgl Art 1 Abs 1 RL),²⁸²⁷ dessen ungeachtet muss die Regelung einem *fair trial* entsprechen (vgl auch Art 9 Abs 3 RL).

C. Schutz von offengelegten Geheimnissen

- 914 Nach Art 9 Abs 1 RL muss sichergestellt werden, dass die Verfahrensbeteiligten und Dritte das ihnen im Verfahren bekannt gewordene Geheimnis (auch nach dem

2826 EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, Rn 47.

2827 ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 8.

Verfahren) nicht nutzen oder offenlegen. § 26h Abs 4 UWG setzt diese Vorgaben um. Die RL verlangt eine »vertrauliche Einstufung« eines Geheimnisses. Wenn gleich sich in § 26h Abs 4 UWG nur eine im Akt festzuhaltende »Belehrung« des Gerichts findet, wird durch eine richtlinienkonforme Auslegung davon auszugehen sein, dass dieser Belehrung eine beschlussmäßige Einstufung voraus gehen muss, zumal auch § 26h Abs 5 UWG davon spricht, dass die »Einstufung als vertraulich« beschlussmäßig widerrufen werden kann. Der Widerruf nach Abs 5 ist von einer rechtskräftigen Entscheidung abhängig, nach der kein Geheimnis vorliegt (im Sinne von: nie vorlag) oder die Eigenschaft als Geheimnis weggefallen ist, weil die Information nun allgemein bekannt oder zugänglich ist. Abs 5 kann zu einem Annexverfahren nach Abschluss des Prozesses führen.

D. Sonstige Schutzmaßnahmen

Mit der UWG-Novelle 2018 wurden Geschäftsgeheimnisse auch im Zusammenhang mit der die Urteilsveröffentlichung des § 25 UWG stärker geschützt. Bei der Beurteilung des berechtigten Interesses auf Urteilsveröffentlichung (§ 25 Abs 3 UWG) und deren Verhältnismäßigkeit ist auch unter dem Gesichtspunkt des Geheimnisschutzes den besonderen Umständen des Falls Rechnung zu tragen (§ 26h Abs 6 UWG). Dabei ist auf Art 15 Abs 3 *Know-How*-RL Bedacht zu nehmen.²⁸²⁸ Nach § 26h Abs 7 UWG ist eine nicht vertrauliche Fassung, in der die Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Passagen gelöscht wurden, der Veröffentlichung zugrunde zu legen. Der praktische Anwendungsbereich der referierten Regeln wird allerdings gering sein, weil der zu veröffentlichende Urteilsteil (vgl § 25 Abs 4 UWG) in aller Regel das Geheimnis ohnedies nicht enthalten wird.²⁸²⁹

915

Schießlich stellte der Gesetzgeber klar, dass bei der Volksöffentlichkeit ein Geschäftsgeheimnis ein Ausschlussgrund sein kann (vgl dazu Rz 593).

916

²⁸²⁸ Demnach ist der Wert des Geschäftsgeheimnisses, das Verhalten des Rechtsverletzers bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, die Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses und die Wahrscheinlichkeit einer weiteren rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch den Rechtsverletzer zu berücksichtigen. Weiters auch, ob die Informationen über den Rechtsverletzer die Identifizierung einer natürlichen Person ermöglichen würden und, falls ja, ob die Veröffentlichung dieser Informationen gerechtfertigt wäre – insb im Lichte des etwaigen Schadens, den eine solche Maßnahme der Privatsphäre und dem Ruf des Rechtsverletzers zufügen kann.

²⁸²⁹ *Rassi*, ipCompetence Vol. 21 (2019), 30.

VIII. Zusammenfassung

- 917** Auch bei Unternehmensgeheimnissen, die die nicht beweisbelastete Partei wahren muss/darf, kann deren prozessuale Kooperation durch eine (vor der Öffentlichkeit *und* dem Gegner) *geschützte Verwertung* der vertraulichen Umstände zumutbar gemacht werden. Im vierten Teil wurde bereits nachgewiesen, dass das geltende Recht ein in das Verfahren eingeführtes und dort zu verwertendes Unternehmensgeheimnis vor der Kenntnis *Dritter* (Stichwort Volksöffentlichkeit, Entscheidungsveröffentlichung, Akteneinsicht, Aktenübersendung etc) schützen kann.
- 918** Nach den vom EGMR und vom EuGH entwickelten Grundsätzen zu widerstreitenden grundrechtlichen Positionen im Verfahrensrecht ist eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit im Sinne der anzustrebenden *praktischen Konkordanz* geboten und zulässig. Derartige Ausnahmen der Parteiöffentlichkeit sind dann möglich, wenn die Einschränkung zur Wahrung anderer Interessen *erforderlich* ist, im *absolut notwendigen* Ausmaß erfolgt und das Verfahren im Ergebnis *insgesamt* den *Anforderungen* an ein *fair trial* im Sinne der EMRK entspricht. Um die Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei im Zusammenhang mit der von ihr verlangten Kooperation *und* die effektive Rechtsdurchsetzung des Beweisführers zu sichern, entspricht die Zurückdrängung des rechtlichen Gehörs den im dritten Teil aufgezeigten Vorgaben der EMRK und des Unionsrechts.
- 919** Die entsprechenden Anforderungen sind im österreichischen Prozessrecht allerdings nur im Ansatz erfüllt. Wohl gibt es zahlreiche Bestimmungen, aus denen ableitbar ist, dass die Parteiöffentlichkeit bereits nach geltender Rechtslage nicht unbeschränkbar ist. Zugunsten als höherwertig angesehener Interessen nimmt das Gesetz durchaus Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit in Kauf. Das ist außerhalb des Beweisverfahrens etwa beim Abstimmungs- und Beratungsgeheimnis oder bei der Geheimhaltung der Anschrift der Fall. Widerstreitende Interessen können zum Teil durch einen temporären Ausschluss der Parteiöffentlichkeit entschärft werden. Daneben ist es dem Gericht vor allem im Beweisverfahren bei einem zu schützenden Unternehmensgeheimnis möglich, die in einem Zwischenverfahren gebotene Überprüfung von behaupteten Geheimhaltungsinteressen unter *Ausschluss der Parteiöffentlichkeit* vorzunehmen, um es einer aus einem Geheimnis berechtigten bzw verpflichteten Partei damit zu ermöglichen, die Voraussetzungen für die Geheimhaltung schlüssig darzulegen, zu bescheinigen und sich dabei auf das Geheimnis inhaltlich zu berufen. Mit diesem *in camera*-(Zwischen)Verfahren bei der Prüfung der prozessualen Kooperation kann auf die Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei Bedacht genommen werden. Dieser Geheimhaltungsschutz soll ihre prozessuale Kooperation zumutbar(er) machen und gleichzeitig mithelfen, einer Beweisnot des Beweisführers weitgehend vorzubeugen.
- 920** Einige Maßnahmen des geltenden Rechts zielen darauf ab, vertrauliche, aber *irrelevante* Umstände vor der Gegenpartei zu schützen, wodurch ebenfalls die Inte-

ressen des Beweisführers gefördert werden, weil erst dadurch der unbedenkliche Teil eines Beweismittels in das Verfahren einfließen kann und verwertbar gemacht wird. Das betrifft vor allem den Urkundenbeweis, aber auch beim Sachverständigenbeweis lässt die Prozessordnung Raum für eine derartige *Filterung*.

Hingegen kann nach dem geltenden Prozessrecht – ungeachtet der gesetzlichen Anerkennung von Geheimhaltungsinteressen – eine Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei nicht mit einem Geheimverfahren bezüglich *entscheidungsrelevanter* Umstände im Verhältnis der Parteien zueinander zumutbar gemacht werden. Der Gesetzgeber hatte sich dabei bisher – wie im zweiten Teil aufgezeigt – im Wesentlichen für eine »*Entweder-oder*«-Lösung entschieden, die die Geheimhaltungsinteressen tendenziell gegenüber der Beweisnot des Beweisführers höher bewertet. Diese Rechtslage verpflichtete die nicht beweisbelastete Partei bei Geheimhaltungsinteressen entweder zur Kooperation *oder* billigte ihr wegen vom Gesetz als höher bewerteter Geheimhaltungsinteressen zu, die Mitwirkung oder Aufklärung sanktionslos zu verweigern. *De lege lata* scheitert das Konzept der (gegenüber der Gegenpartei) geschützten Verwertung von Geheimnissen bei der hier zu untersuchenden Zumutbarkeit der nicht beweisbelasteten Partei zur Kooperation durch Einführung eines Geheimnisses insb wegen einer strikten Haltung des Gesetzgebers zum rechtlichen Gehör.

Mit der UWG-Novelle 2018 leitete der Gesetzgeber allerdings einen Paradigmenwechsel ein, indem er das (unionsrechtlich geprägte) »*sowohl als auch*«-Konzept des verfahrensrechtlichen Geheimnisschutzes aufgreift. Bildet ein Unternehmensgeheimnis demnach den Gegenstand eines Zivilverfahrens (und nur dann), ist es unter bestimmten Voraussetzungen möglich, das Geheimnis durch die Zurückdrängung der Parteienöffentlichkeit auch vor dem Gegner zu schützen. Der Gesetzgeber hat sich mit der neuen Bestimmung des § 26h UWG damit der anspruchsvollen Herausforderung eines verfahrensrechtlichen Schutzes von Geheimnissen gestellt, was anzuerkennen ist. Bedenken werfen dabei die knappen Regeln über die Voraussetzungen und das Fehlen von ausgleichenden Maßnahmen auf, sodass die Neuregelung im Spannungsfeld zu Art 6 EMRK steht. Die neuen Regeln sind auf die hier zu untersuchende Konstellation allerdings nicht anwendbar, weil ihnen zugrundeliegt, dass die beweispflichtige Partei ein Geheimnis in das Verfahren einführt, um den von ihr geltend gemachten Anspruch darauf zu stützen.

Im letzten Teil sollen diverse rechtspolitische Überlegungen angestellt und es soll erörtert werden, auf welche Weise die gebotene praktische Konkordanz widerstreitender Interessen im Verfahren (und unter Berücksichtigung des § 26h UWG: besser) umgesetzt werden kann. Besonders die Frage, auf welche Art Einschränkungen der Parteienöffentlichkeit ausgeglichen werden können, damit das Verfahren insgesamt fair bleibt, steht dabei im Mittelpunkt.

□

921

922

923

§ 6 Geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen: Rechtspolitische Überlegungen

I. Einleitung

Es ist gezeigt worden, dass die ZPO außerhalb des Anwendungsbereichs des § 26h UWG ein *in camera*-Verfahren bezüglich des relevanten Prozessstoffs nicht nur nicht vorsieht, sondern sogar ausschließt. Abgesehen davon, dass § 26h UWG nicht die Frage der prozessualen Kooperation betrifft, wurde oben bereits kritisiert, dass es dem Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nicht gelungen ist, den erforderlichen Interessensausgleich zwischen dem Geheimnisschutz, einem fairen Verfahren und einem effektiven Rechtsschutz herzustellen. Aus Sicht der EMRK (und der GRC) ist es jedoch geboten, dass die Rechtsverfolgung nicht zwingend an Geheimhaltungsinteressen scheitern darf und derartige Interessen bei der Aufklärung des Sachverhalts berücksichtigt werden müssen. Wie ist ein derartiges Verfahren aber *de lege ferenda* vorstellbar, um einen gerechten Interessensausgleich zwischen effektiver Rechtsverfolgung, fairem Verfahren und dem Schutz von Geheimhaltungsinteressen zu erwirken? Im Folgenden soll die verfahrensrechtliche Ausgestaltung geprüft werden, nach der Informations- und Geheimhaltungsinteressen miteinander weitgehend vereinbart werden können und die eine *Konkordanz* der widerstreitenden Interessen fördert. Die erste Weichenstellung ist dahingehend vorzunehmen, wer Kenntnis erlangen soll, wenn der Geheimnisträger vertrauliche Tatsachen in das Verfahren einführen will. Im Wesentlichen ist diesbezüglich zu prüfen, ob die Tatsachen auch vor dem *Richter* geheim gehalten oder nur die *Gegenpartei* bzw ihr *Vertreter ausgeschlossen* werden sollen.

924

Zunächst soll die Frage nach dem Ausschluss des Gerichts geprüft werden und die daran anknüpfende Frage, wer bei einem solchen Ausschluss die Prüfung vertraulicher Umstände vornimmt. Dazu wurde das Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts entwickelt, das im Folgenden untersucht wird. Im Anschluss wird darauf eingegangen, auf welche Art das rechtliche Gehör der ausgeschlossenen (Natural-)Partei gewahrt werden kann. Denkbar sind im Wesentlichen die Vertretung durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten gewillkürten Vertreter (Anwaltslösung) oder die Vertretung durch einen gerichtlich bestellten Funktionsträger (Kuratorlösung).

925

▷

II. Wirtschaftsprüfervorbehalt

A. Materiellrechtliche Bedeutung

- 926 Beim diskutierten Ausschluss des Richters schlagen Teile der Lehre in Anknüpfung an das Modell des sog Wirtschaftsprüfervorbehalts vor,²⁸³⁰ Geheimnisse durch die Einschaltung eines Sachverständigen zu wahren und dadurch eine gerichtliche Beweisaufnahme zu vermeiden. Es sei »in geeigneten Fällen vertretbar, den Interessen der beteiligten Wirtschaftskreise und dem Gebot der vollständigen Sachaufklärung durch Heranziehung unparteiischer, zur Geheimhaltung verpflichteter Wirtschaftsprüfer oder vereidigter Buchsachverständiger Rechnung zu tragen, die die Geschäftsgeheimnisse zur Kenntnis nehmen und den Beteiligten wie auch dem Gericht nur gefilterte, für die Entscheidung erforderliche Zusammenfassungen weitergeben.«²⁸³¹
- 927 Der Wirtschaftsprüfervorbehalt wurde von der deutschen Rechtsprechung im Zusammenhang mit materiellen Auskunfts- und Informationsansprüchen (somit außerhalb des Verfahrensrechts) entwickelt. Im materiellrechtlichen Bereich ist er in Österreich anerkannt und hat hier für den Bereich des Handelsvertreters in § 16 Abs 4 HVertrG 1993 (siehe die entsprechende Bestimmung des § 87c Abs 4 HGB²⁸³²) eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage (vgl die Regeln zu § 81a UrhG, § 151 PatG 1970 und § 55 MSchG, siehe unten Rz 931).
- 928 Bei diesem Modell geht es im Kern darum, dass die entgegengesetzten materiellen Informations- und Geheimhaltungsinteressen insoweit zu einem Ausgleich gebracht werden, als der Auskunftspflichtige sich nur gegenüber einem zur Verschwiegenheit²⁸³³ verpflichteten sachverständigen Dritten offenbaren muss, der wiederum seine daraus abgeleiteten Erkenntnisse (»Ergebnisse seiner Kontrollprüfungen«)²⁸³⁴

2830 Berg, Geschäftsgeheimnisse 148; Schlosser, NJW 1992, 3277; Schweikhardt, GRUR 1962, 124 [»technischer Staatsanwalt«]; Werner in FS-Pfeiffer 834 ff.

Umfassender der rechtspolitische Vorschlag von Ahrens, GRUR 2005, 839 [»Der Schutz ist nach dem Vorbild der englischen »Anton Piller Order« sowie des im deutschen Recht bekannten Wirtschaftsprüfervorbehalts durch die Zwischenschaltung eines neutralen Sachverständigen sowie durch einen neutralen Rechtsberater zu gewährleisten«].

2831 Werner in FS-Pfeiffer 834.

2832 »Wird der Buchauszug verweigert oder bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges, so kann der Handelsvertreter verlangen, daß nach Wahl des Unternehmers entweder ihm oder einem von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Einsicht in die Geschäftsbücher oder die sonstigen Urkunden so weit gewährt wird, wie dies zur Feststellung der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszuges erforderlich ist.«

2833 Um die Geheimhaltungsinteressen des Gegners zu wahren, ist dabei ohne dessen Zustimmung der Kreis der sachverständigen Personen auf jene zu beschränken, die kraft Standesrecht oder gesetzlicher Bestimmung zur Amts- bzw Berufsverschwiegenheit verpflichtet sind. Dazu sind etwa Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftstreuhänder oder gerichtlich beidete Buchsachverständige geeignet. Vgl auch Appl in Straube/Ratka/Rauter⁴ § 118 UGB Rz 44; Rassi, ecolx 1999, 546.

2834 Stürmer, Aufklärungspflicht 372.

dem Informationsberechtigten zusammengefasst und ohne Details oder Unterlagen, aber mit der Möglichkeit weiterleitet, dass dieser stichprobenartige Fragen an den Sachverständigen stellen kann, sodass der materiellrechtliche Informationsanspruch im Ergebnis erfüllt ist.²⁸³⁵

Nach der Rechtsprechung des BGH sind vor allem akzessorische Auskunftsansprüche nach Verletzungen von Immaterialgüter- oder Urheberrechten²⁸³⁶ oder wegen eines Wettbewerbsverstößes²⁸³⁷ praktische Anwendungsbereiche dieses Vorbehalts. Entsprechendes gilt, wenn der Verletzte (Geschädigte) gegen den Verletzer Auskunft oder Rechnungslegung begehrt, meist um seine Schadenersatzansprüche beziffern zu können.²⁸³⁸ Das Modell beschränkt sich aber nicht auf den gewerblichen Rechtsschutz und das Immaterialgüterrecht. Es ist wohl überall dort denkbar, wo Geheimhaltungsinteressen eines Auskunftspflichtigen gefährdet sind. Im Bereich der gesellschaftsrechtlichen Bucheinsicht bietet sich nach (auch in Österreich) verbreiteter Ansicht der Einsatz eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten (Sachverständigen) als taugliches Mittel an, um das Spannungsfeld zwischen den Informations- und Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten unter bestmöglicher Wahrung der beiderseitigen Interessen harmonisch aufzulösen.²⁸³⁹

Entscheidungen des OGH zur geschilderten Problematik, bei denen im Rahmen einer Interessensabwägung berechnigte Geheimhaltungsinteressen des Informationspflichtigen durch einen derartigen Wirtschaftsprüfervorbehalt geschützt werden, sind eher selten.

929

930

2835 Osterloh-Konrad, Geheimnisschutz 28 f; Schachter/Schmidhuber/Zemann/Tonninger in Kucsko/Schumacher, markenschutz² § 55 MSchG 59 f; Siebert, Geheimnisschutz 309 ff.

2836 ZB BGH I ZR 58/56 GRUR 1957, 336 – Rechnungslegung (betraf Rechnungslegung des Patentverletzers); I ZR 114/60 GRUR 1962, 354 (357) – Furniergitter (betraf Rechnungslegung des Patentverletzers); Ib ZR 131/61 GRUR 1963, 640 (642) – Plastikkorb [Hensler] (betraf Rechnungslegung bei Geschmacksmusterverletzung); I ZR 157/77 GRUR 1980, 227 – Monumenta (betraf Rechnungslegung nach einem Urheberrechtsverstoß); I ZR 111/78 GRUR 1981, 535 – Wirtschaftsprüfervorbehalt (betraf Auskunftsanspruch zur Vorbereitung der Bezifferung eines Schadenersatzanspruchs bei einer Verletzung eines Geschmacksmusters).

2837 I ZR 1/75 GRUR 1978, 52 (53) – Fernschreibverzeichnisse [Schulze zur Wiesche] (betraf Auskunftsanspruch zur Vorbereitung eines Schadenersatzanspruchs wegen irreführender Werbung).

2838 Vgl. Bornkamm in FS-Ullmann 898. Der Autor verweist auf die »Standardsituation« im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, dass der Gläubiger (= Verletzte) Auskunft darüber benötigt, an wen der Schuldner (= Verletzer) die schuldrechtsverletzende Ware geliefert oder an wen er die wettbewerbswidrige Werbung versandt hat, wobei insb Interesse daran besteht herauszufinden, ob sich darunter auch Kunden des Gläubigers befinden.

2839 Daran ist zu denken, wenn der Informationsberechnigte gleichzeitig ein Konkurrent der Gesellschaft ist. Bei der Bucheinsicht kann in einem solchen Fall der Dritte Einsicht nehmen und – unter Wahrung der berechnigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft – seine Erkenntnisse dem Informationsberechtigten übermitteln. Vgl. Appl in Straube/Ratka/Rauter⁴ § 118 UGB Rz 29; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer Rz 4/332 mwN; Reich-Rohrwig, ecolex 1992, 334 f; Rassi, ecolex 1999, 549; Rassi, GesRZ 2014, 126 [Entscheidungsanm]; M. Roth in Baumbach/Hopt³⁷ HGB § 118 Rz 10 und § 166 Rz 7 mwN; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer Rz 2/351 mwN; BGH II ZR 213/78 = BB 1979, 1315.

931 4 Ob 145/05k betraf einen Rechnungslegungsanspruch nach § 55 MSchG²⁸⁴⁰ (iVm § 151 PatG 1970), wonach ein Verletzer eines Markenrechts verpflichtet ist, dem Rechtsinhaber Rechnung zu legen und deren Richtigkeit durch Sachverständige prüfen zu lassen. Der OGH vertrat die Ansicht, es reiche aus, wenn der Verletzer dem Rechteinhaber die Rechnung legt, die unveränderten Originalbelege aber nur dem Sachverständigen vorlegt. Der Sachverständige könne nämlich mit den Belegen die Richtigkeit und Vollständigkeit der vom Verletzten vorgenommenen Rechnungslegung überprüfen, ungeachtet des Umstands, dass der Rechteinhaber keine Kenntnis von Lieferanten und Abnehmern erlangt.²⁸⁴¹ Ein darüber hinausgehender Auskunftsanspruch würde die Geheimhaltungsinteressen des Verletzers in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen, ohne dass dies nach dem Zweck der Rechnungslegung erforderlich wäre.²⁸⁴²

932 Der referierten Entscheidung ist zuzustimmen, wobei klarzustellen ist, dass sich der Wirtschaftsprüfervorbehalt im hier beschriebenen Sinn nicht schon zwingend aus § 55 MSchG (iVm § 151 PatG 1970) ergibt. Ein direkter Bezug zu Geheimhaltungsinteressen des Verpflichteten lässt sich aus dieser Bestimmung nicht ableiten. Der in dieser Norm neben der eigentlichen Rechnungslegung vorgesehene Einsatz eines die Rechnungslegung überprüfenden Sachverständigen zielt vielmehr darauf ab, dass die Rechnungslegung inhaltlich richtig zu erfolgen hat, zumal die Erfüllung einer Verpflichtung zur Rechnungslegung bereits mit der Vorlage einer ordnungsgemäß zusammengestellten, formell vollständigen Rechnung erfüllt ist.²⁸⁴³ Ähnliches gilt für § 87a UrhG, wobei hier ausdrücklich angeordnet wird, dass der Verpflichtete die Kosten des Sachverständigen tragen muss, wenn seine Rechnungslegung unrichtig war.²⁸⁴⁴ Aus diesen Normen ist aber nicht abzuleiten, dass der Berechtigte nur wegen der ausdrücklich normierten (zusätzlichen) Überprüfungsöglichkeit durch einen Sachverständigen von der Einsicht in Belege kategorisch ausgeschlossen ist.²⁸⁴⁵ Jeder, der eine Rechnungslegung verlangen kann, ist nämlich grundsätzlich berechtigt, die Rechnung unter Vorlage der Belege oder mit Möglichkeit der Einsichtnahme in diese zu erhalten. Diese begleitenden Einsichts- bzw. Vorlagerechte

2840 Der Auskunftsanspruch nach § 55a MSchG wurde mit BGBl I 2006/96 erst nach dem entscheidungsrelevanten Zeitpunkt ins Gesetz aufgenommen und war nicht verfahrensgegenständlich.

2841 4 Ob 145/05k ÖBl 2006/19 [Gamerith] = eclex 2006/246 [Schachter].

2842 Ähnlich auch Schiedsstelle beim BMJ vom 1. 10. 1984, 15/25-Schied/83 – MR 1985 Heft 1, Archiv 15.

2843 RIS-Justiz RS0019560, RS0004372.

2844 Der Anspruch auf Überprüfung durch einen Sachverständigen gehört zum materiellrechtlichen Anspruch. Mit der Anordnung, dass der Verpflichtete im Fall der *falschen* Rechnungslegung (»wenn sich [...] ein höherer Betrag als aus der Rechnungslegung ergibt«) die Kosten zu tragen hat (vgl auch § 151 PatG 1970 zur entsprechenden Pflicht des Verletzers), wird dessen Kostensatzpflicht zu seinen Gunsten eingeschränkt. Vgl auch 17 Ob 5/07w.

2845 Vgl 1 Ob 264/07s zur Frage, ob der Anspruch auf Rechnungslegung auch die Möglichkeit umfasst, in Belege Einsicht zu nehmen. Das hängt nach dieser Entscheidung davon ab, ob das durch den Rechnungslegungsanspruch geschützte Interesse des Berechtigten ansonsten nicht oder zumindest nicht vollständig befriedigt werden könne.

sind schon deshalb zu gewähren, weil sonst die Rechnungslegungspflicht zu einem leeren Ritual verkommen würde.²⁸⁴⁶ In der Entscheidung musste gerade deshalb mit den wechselseitigen Interessen und damit argumentiert werden, dass im Anlassfall eine Kenntnis des Berechtigten vom Inhalt der Belege die Interessen seines Gegners in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen würde. Bei einem absoluten Schutz der Geheimhaltungsinteressen wäre aber eine Abwägung des Informationsinteresses mit den Geheimhaltungsinteressen entbehrlich. Das Gesagte wird durch spätere Entscheidungen dokumentiert, bei denen der Verletzer eines Markenrechts jeweils verpflichtet wurde, Rechnung unter Vorlage von Belegen zu legen und deren Überprüfung durch einen Buchsachverständigen zu gestatten, ohne dass der Kläger von der Einsicht in die Belege ausgeschlossen war, zumal – wie der OGH ausdrücklich betont – vom Beklagten nicht behauptet worden sei, dass besondere Geheimhaltungsinteressen einer Vorlage der Belege entgegenstünden.²⁸⁴⁷

Der geschilderte Wirtschaftsprüfervorbehalt ist durchaus (aber eben nur beschränkt) tauglich, *Geschäftsgeheimnisse zu schützen* und dabei *gleichzeitig materiellrechtliche Auskunftsansprüche zu befriedigen*, wenn das Informationsinteresse nur auf die Nachprüfung bereits bekannter Informationen oder die Aussonderung entscheidungserheblicher Tatsachen abzielt.²⁸⁴⁸ Ausgeschlossen ist allerdings, dass der Wirtschaftsprüfer sachverständige Schlüsse zieht.²⁸⁴⁹

933

B. Taugliche Maßnahme zum Geheimnisschutz im Verfahrensrecht?

Nach *Zeuner*, der die Zulässigkeit eines *in camera*-Verfahrens unter Hinweis auf den damit verbundenen »*tiefgehenden Einschnitt in fundamentale Prinzipien des geltenden Verfahrensrechts*« ablehnt,²⁸⁵⁰ haben die im materiellen Recht vorgezeichneten Lösungsansätze, einschließlich der Einschaltung neutraler Dritter im Verfahrensrecht »*ihre volle Bedeutung*«. Unter Bezugnahme auf § 422 dZPO²⁸⁵¹ geht er davon aus, es komme für die Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei im Prozess maßgebend darauf an, ob der Beweisführer wegen zivilrechtlicher Vorschriften die Herausgabe oder Vorlegung einer Urkunde verlangen könne. Wenn das materielle Recht (wie etwa im Fall des Provisionsanspruchs des Handelsvertreters

934

2846 *Rassi*, ÖJZ 1997, 891; zust *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 230; idS 7 Ob 186/01f.

2847 17 Ob 5/07w; 17 Ob 23/08v.

2848 *Bornkamm* in FS-Ullmann 899; *Siebert*, Geheimnisschutz 309 mwN.

2849 *Bornkamm* in FS-Ullmann 899.

2850 *Zeuner* in FS-Kollhosser 823.

2851 »Vorlegungspflicht des Gegners nach bürgerlichem Recht

Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.«

nach § 87c Abs 4 dHGB) eine allgemeine Regelungskonzeption zur Behandlung des Spannungsverhältnisses zwischen einander entgegretenden Informations- und Geheimhaltungsinteressen enthalte, »so erscheint es systematisch konsequent, dass es hierbei auch für die an die Vorschriften des bürgerlichen Rechts anknüpfende Pflicht zur Vorlage im Prozess nach § 422 ZPO bleibt«. Die Heranziehung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten hält ein nicht unbeträchtlicher Teil des Schrifttums für möglich bzw vertretbar (vgl Rz 926).

935 Für den Bereich des österreichischen Verfahrensrechts drängt sich hingegen die hier vertretene These auf, dass die prozessuale Kooperationspflicht *unabhängig* von materiellrechtlichen Pflichten besteht (Rz 194). Im Sinne der Vorlagepflicht nach § 422 dZPO bei einem zivilrechtlichen Anspruch wird in § 304 ZPO eine entsprechende (unbedingte) Vorlagepflicht angeordnet. Allerdings unterscheidet sich die österreichische Rechtslage von der deutschen dadurch, dass die nicht beweisbelastete Partei schon wegen § 303 ZPO zur Vorlage verpflichtet ist, wobei durch § 304 ZPO (als »Gegenausnahme«) nur die in § 305 ZPO normierten Ausnahmen »neutralisiert« werden (vgl Rz 258 ff). Gerade weil es im Prozess eine (grundsätzlich) umfassende und vom materiellen Recht unabhängige Aufklärungspflicht gibt – worauf es laut *Zeuner* aber nicht ankommen soll²⁸⁵² – drängt sich hier ein Gleichklang des Verfahrensrechts mit materiellrechtlichen Regeln nicht auf. Gegen einen solchen Gleichklang spricht insb der Umstand, dass es im Verfahren um die der gerichtlichen Entscheidung vorgelagerte Aufklärung eines Sachverhalts geht »und nicht um die Art und Weise der Erfüllung eines materiellrechtlichen Auskunftsanspruchs«. ²⁸⁵³ Das ist indes aber nicht das einzige Gegenargument.

936 Ausgehend von der Prämisse, eine Transformation des Wirtschaftsprüfervorbehalts in das Zivilverfahren bedeute, dass dadurch »dem erkennenden Gericht die beweis erheblichen Tatsachen vorzuenthalten sind«, dieses also »ausgeschlossen« wird²⁸⁵⁴ bzw »das Gericht gleichsam zum Passagier wird und der Wirtschaftsprüfer bestimmt, wohin die Reise geht«, ²⁸⁵⁵ erfährt eine verfahrensrechtliche Übernahme des Modells des Wirtschaftsprüfervorbehalts breite Ablehnung und zwar auch bei Autoren, die gegenüber einem *in camera*-Verfahren grundsätzlich aufgeschlossen sind.²⁸⁵⁶

937 *Schneider* prüft den Wirtschaftsprüfervorbehalt als prozessuale Maßnahme zur Ausgestaltung eines *in camera*-Verfahrens dahingehend, ob dem Gericht die beweis erheblichen Tatsachen *deshalb* vorenthalten werden könnten, weil darüber ein Sachverständiger Kenntnis hat. Sie kommt zu dem Schluss, dass ein derartiger Ausschluss des Gerichts nicht zulässig sei, weil sich das Gericht nicht auf vorgefer-

2852 *Zeuner* in FS-Kollhosser 821.

2853 *Kersting*, Wirtschaftsgeheimnis 280.

2854 *Schneider*, Geheimnisschutz 182.

2855 *Rausch*, Arca-nigra-Verfahren Rz 151.

2856 ZB *Kersting*, Wirtschaftsgeheimnis 279 f; *Schneider*, Geheimnisschutz 182.

tigte Ergebnisse verlassen darf, sondern ihm die (erheblichen) Tatsachen jedenfalls zugänglich sein müssen, um sie entsprechend würdigen zu können.²⁸⁵⁷

Ähnliches lässt sich aus den Ausführungen von *Schumacher* ableiten.²⁸⁵⁸ Dieser Autor schließt im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsprüfervorbehalt eine mögliche Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs dann aus, wenn die Richtigkeit einer bereits titelmäßig zugesprochenen Rechnungslegung durch einen Sachverständigen im Stadium des *Exekutionsverfahrens* geprüft werden soll. Das sei unbedenklich, weil die Richtigkeitsüberprüfung nur zur Überprüfung des Vollzugs eines kontradiktorisch zustande gekommenen Eingriffstitels diene. Bei einer solchen Konstellation wird freilich auf die materiellrechtliche Erfüllung des Rechnungslegungsanspruchs abgestellt, sodass es in Wahrheit nicht darum geht, das Modell im Erkenntnisverfahren umzusetzen. Die Ausführungen lassen aber erkennen, dass der Autor dort wegen des rechtlichen Gehörs die Anwendung eines Wirtschaftsprüfervorbehalts ablehnt.

938

Nach *Siebert*, die es immerhin für möglich hält, dass Wirtschaftsprüfer (nach geltendem deutschen Recht) zwar als Beweismittler eingesetzt oder als sachverständige Zeugen vernommen werden, ohne ihre Erkenntnisgrundlagen offenbaren zu müssen, diese dürften in einem solchen Fall aber keine eigenständigen Wertungen und Schlussfolgerungen vornehmen, die nicht überprüfbar sind.²⁸⁵⁹ Schon aufgrund möglicher Irrtümer sei es nicht angemessen, dass das Gericht auf die Bewertungen des Sachverständigen vertrauen müsse. »Zudem entspräche das Vorgehen einem *in camera*-Verfahren und ein solches wurde bisher nicht anerkannt.«²⁸⁶⁰

939

Bahner legt zutreffend dar, dass sich die Entscheidungsfindung einseitig auf die Schultern des Sachverständigen verlagere, wenn man dem Gericht die volle Kenntnisnahme vom Gutachten und damit entscheidungserhebliche Tatsachen vorenthält. Dadurch würde der Sachverständige die Position eines »Ersatzrichters« einnehmen, wodurch das Gericht die Zuständigkeit für die eigentliche Beweiswürdigung verlöre.²⁸⁶¹

940

Ähnlich die Ausführungen von *Kersting*. Teilt der Sachverständige dem Gericht nur die wesentlichen Sachverhaltselemente unter Aussparung von Geheimnissen mit, würde er damit unzulässiger Weise Aufgaben des Gerichts wahrnehmen. Im Fall eines Wirtschaftsgeheimnisses hindere allein das Interesse an der Geheimhaltung nicht eine Beweisaufnahme durch das Gericht.²⁸⁶²

941

2857 *Schneider*, Geheimnisschutz 182.

2858 *Schumacher*, ÖBl 1988, 96 f.

2859 Ähnlich auch *Werner* in FS-Pfeiffer 835, die den Ausschluss der Parteien und auch des Gerichts bei objektiven, ohne weiteres erfassbaren Umständen, die keine Wertung erfordern, für die Beteiligten für zumutbar hält.

2860 *Siebert*, Geheimnisschutz 311.

2861 *Bahner*, Geheimnisschutz 224.

2862 *Kersting*, Wirtschaftsgeheimnis 279 f.

- 942 *Bornkamm* weist auf praktische Probleme hin, etwa darauf, dass die vom Dritten erlangten Informationen nicht ausreichen würden, ein substantiiertes Vorbringen zu erstatten.²⁸⁶³ Allein mit der Figur des zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten lasse sich der Interessenskonflikt zwischen dem Erkenntnisinteresse des Gläubigers und dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners nicht lösen, weil in strittigen Fällen die Überprüfung durch das Gericht erforderlich sei.²⁸⁶⁴ Es wäre eine unzulässige Übertragung richterlicher Funktionen, wenn der Wirtschaftsprüfer rechtliche Aspekte zu prüfen hätte.²⁸⁶⁵ Ähnlich *Redeker/Pres/Gittinger*, die ein derartiges Modell für verfassungswidrig halten, weil das Gericht nicht Kenntnis der Tatsachen erhält, über die es urteilen soll.²⁸⁶⁶
- 943 *Melullis* äußert sich ebenfalls kritisch und streicht hervor, dass die verfahrensrelevanten Fragen in der Regel (auch) von Auslegungen und Wertungen abhängig seien. Es verbleibe ein Missbehagen, wenn wesentliche Feststellungen von einem Dritten ohne unmittelbare Kontrolle durch Partei oder Gericht getroffen werden und ohne die Möglichkeit für beide, die Vollständigkeit der dem Dritten erteilten und von ihm weitergegebenen Informationen überprüfen zu können. Die Einschaltung eines Dritten könne daher nicht allgemein als alleiniges Feststellungsmittel genügen, was aber einen Rückgriff auf diese Möglichkeit nicht kategorisch ausschließe. Führe die Einschaltung eines Dritten zu Verdichtung der Parteienbehauptungen, könnten weitere Beweise aufgenommen werden.²⁸⁶⁷
- 944 *Götz* hält die Übertragung der Informationsermittlung auf einen Dritten für möglich, damit sei aber keine Geheimhaltung der Informationen dem Gericht gegenüber verbunden. Das Gericht habe zu bestimmen, welche Informationen etwa ein Sachverständiger seinem Gutachten zugrunde legt. Zudem werden ein Vorenthalten von Informationen gegenüber den Parteien (im Sinne eines *in camera*-Verfahrens) nicht durch die Vorenthaltung von Informationen gegenüber dem Gericht legitimiert.²⁸⁶⁸
- 945 Auch die Rechtsprechung hat es bereits abgelehnt, dass Beweismaterial von einem Sachverständigen geprüft wird und dieser gegenüber dem Gericht zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen einer der Parteien nur seine Schlussfolgerungen offenlegt.

2863 *Bornkamm* in FS-Ullmann 901.

2864 *Bornkamm* in FS-Ullmann 902.

2865 *Bornkamm* in FS-Ullmann 903; idS auch *von Hartz*, ZUM 2005, 381, wonach es abzulehnen sei, wenn der Sachverständige selber entscheidet, ob eine Verletzungshandlung vorliegt, weil ihm hierüber nicht die Entscheidungskompetenz obliege; ähnlich *Schlosser* in FS-Großfeld 1009 mwN.

2866 *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 817 mwN.

2867 *Melullis* in FS-Tilman 854 f.

2868 *Götz*, Schutz 376 ff.

Der BGH hielt in der Entscheidung *Amtsanzeiger*²⁸⁶⁹ fest, dass ein Gutachter die wesentlichen tatsächlichen Grundlagen seines Gutachtens offen legen müsse und ein Gutachten nicht zu verwerfen sei, wenn der Sachverständige (wenngleich mit Billigung des Gerichts) in für das Verfahren relevante Geschäftunterlagen einer Partei Einsicht nimmt und der anderen Partei die Überprüfung der Befundgrundlagen nicht möglich ist.²⁸⁷⁰ Dem lag die Konstellation zugrunde, dass der vom Berufungsgericht bestellte Sachverständige seine Begutachtung – vom Berufungsgericht gebilligt – in der Weise vorbereitet hat, dass er, ohne die Klägerin darüber zu unterrichten, bei der Beklagten Einsicht in diejenigen Geschäftsunterlagen nahm, deren Kenntnis seiner Ansicht nach für die Erstellung seines Gutachtens erforderlich waren. Diese Unterlagen wurden in der Folge weder dem Gericht noch der Klägerin zur Kenntnis gegeben. Auch in seinen beiden schriftlichen Gutachten und in seiner ergänzenden schriftlichen Stellungnahme legte der Sachverständige wesentliche Grundlagen seiner Begutachtung nicht offen, weil sie seiner Ansicht nach Geschäftsgeheimnisse der Beklagten betrafen. Nach Ansicht des BGH entspricht die Verwertung der unter diesen Umständen zustande gekommenen Sachverständigengutachten nicht dem Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör und der Vorschrift des § 286 ZPO, nach der das Gericht verpflichtet sei, Gutachten gerichtlicher Sachverständiger sorgfältig und kritisch zu würdigen. Die Erfüllung dieser Pflicht setze voraus, dass der Gutachter die wesentlichen tatsächlichen Grundlagen seines Gutachtens offenlegt. Andernfalls sei sein Gutachten grundsätzlich unverwertbar.

946

In der *Druckbalken*-Entscheidung kritisierte der BGH, dass dem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen der Umfang seiner Untersuchung selbst überlassen wurde und er rechtliche Aspekte beurteilen musste.²⁸⁷¹

947

Allerdings wurde bereits vom BGH die Möglichkeit anerkannt, den Sachverständigen anzuweisen, eine Zusammenfassung in nichtvertraulicher Form vorzulegen.²⁸⁷² In der Entscheidung ging es um die Vorlage von Kalkulationsgrundlagen durch den Beklagten an den Sachverständigen. Den Geheimhaltungsinteressen sei insofern Rechnung zu tragen, dass der Sachverständige sich auf die Beantwortung der entscheidungsrelevanten Frage beschränkt, ohne die Grundlagen seiner Schlussfolgerung offenzulegen. Freilich betonte der BGH in einer neueren Entscheidung zuletzt wieder, dass eine nicht überprüfbare Befundaufnahme (geheimer Betriebsversuch) durch einen Sachverständigen dann nicht in Betracht komme, wenn die ausgeschlossene Naturalpartei gar nicht vertreten sei.²⁸⁷³

948

2869 BGHZ 116, 47, 58 = NJW 1992, 1817 – *Amtsanzeiger*.

2870 Insoweit zustimmend *Bornkamm* in FS-Ullmann 905, der sonst (aaO 907) davon ausgeht, dass es sich um »die frühere Rechtsprechung« handelt.

2871 BGH X ZR 18/84 GRUR 1985, 512.

2872 BGH I ZR 201/02 NJW 2005, 3718, 3720.

2873 BGH I ZR 230/12 GRUR 2014, 578.

949 Der strengeren Linie entspricht die Entscheidung des OGH zu 9 Oba 7/04a, wonach es gesetzlich nicht gedeckt sei, Beweisurkunden, die ein Unternehmensgeheimnis berühren könnten, nur dem Sachverständigen zugänglich zu machen, wobei sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert. In der Tendenz ähnlich ist die Entscheidung des deutschen BAG in einem Fall, bei dem ein Arbeitgeber seine für die Bestimmung des § 16 dBetrAVG relevante wirtschaftliche Belastung nur durch Vorlage von Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen beweisen konnte.²⁸⁷⁴ Das Gericht müsse demnach den Arbeitgeber »mit den Mitteln des Prozessrechts schützen«, wenn er seiner Darlegungslast nur genügen könne, indem er Unternehmensgeheimnisse preisgibt, wobei allerdings (nur) der zeitweise Ausschluss der Volksöffentlichkeit und das strafbewehrte Schweigegebot erwähnt wurde. Weigere sich die Partei »trotz des vom Prozessrecht gewährten Geheimnisschutzes Angaben zu machen und geheimhaltungsbedürftige Unterlagen vorzulegen, darf ein Gericht diese Weigerung zum Nachteil der Partei berücksichtigen.« Auch aus dieser Entscheidung ergibt sich die Ablehnung eines eigentlichen *in camera*-Verfahrens.²⁸⁷⁵

950 Die mit der Idee eines prozessualen Wirtschaftsprüfervorbehalts verbundene Auslagerung genuin richterlicher Tätigkeit begegnet bereits verfassungsrechtlichen Schranken, weshalb sie keinen sinnvollen rechtspolitischen Vorschlag darstellen kann. Eine Beschränkung der richterlichen Entscheidungsbefugnisse widerstreitet dem Gebot des durch das Rechtsstaatsprinzip und Art 6 EMRK abgesicherten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz, wonach gewährleistet sein muss, dass ein Verfahren letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis zu führen hat.²⁸⁷⁶ Wird somit der Richter von einem wesentlichen Teil des relevanten Prozessstoffs »ausgeschlossen«, weil er sich diesbezüglich auf die Schlussfolgerungen eines Dritten verlassen muss, ist er bei der ihm zukommenden Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der geltend gemachten Ansprüche und Einwendungen empfindlich eingeschränkt. Schlussfolgerungen eines Sachverständigen dürfen daher nie einer Entscheidung ungeprüft zugrunde gelegt werden,²⁸⁷⁷ der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz erfordert vielmehr, dass das Gericht Zugang zu allen Beweisen hat. Wenn die Wahrung von Geheimhaltungsinteressen die Zurückdrängung der Parteipflicht zur Folge haben soll (dazu unten), darf dies daher nicht mit dem *Ausschluss des Gerichts* verbunden sein. Im Gegenteil. Die Anforderungen an ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 EMRK bedingen gerade bei einer Einschränkung von Parteirechten, dass die *umfassende Kognitionsbefugnis* des

2874 BAG 3 AZR 548/82 WM 1985, 1353 = AP BetrAVG § 16 Nr 17 [Blomeyer].

2875 Walker in FS-E. Schneider 153.

2876 Vgl VfGH G 119/86 VfSlg 11.196; G 199/90 VfSlg 12.683; G 237/03 VfSlg 14.702; G 210/98, G 214, 215/98, G 217/98 ua VfSlg 15.369; G 151/02 VfSlg 16.722; G 237/03 VfSlg 17.340; G 59/2013 VfSlg 1984/1; dazu etwa Hiesel, ÖJZ 2009, 113 f; Hiesel, ÖJZ 2016, 207 f; vgl auch Schneider, ÖJZ 2013, 149 f.

2877 Osterloh-Konrad, Geheimnisschutz 29.

Gerichts gewährleistet ist. Dass dem Gericht die volle Einsichts- und Überprüfungsmöglichkeit aller in der Entscheidung zu verwertenden Grundlagen stets offen stehen muss,²⁸⁷⁸ wird in jenen Entscheidungen des EGMR und EuGH postuliert, die die Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit zulassen²⁸⁷⁹ – aber nicht nur dort.²⁸⁸⁰ Demnach muss die mit der Wahrung von Geheimhaltungsinteressen verbundene Abwägung widerstreitender Positionen *dem Gericht* überlassen bleiben, das über den Rechtsstreit zu entscheiden hat. Bei der Entscheidungsfindung muss das Gericht über sämtliche für die Prüfung der Rechtssache notwendigen Informationen verfügen, einschließlich etwaiger vertraulicher Informationen,²⁸⁸¹ um daraus die erforderlichen Schlussfolgerungen zu ziehen.²⁸⁸²

In diese Richtung argumentiert das dt Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit Art 19 Abs 4 GG (Rechtsschutzgarantie).²⁸⁸³ Wirksamer Rechtsschutz könne nicht gewährt werden, wenn das Gericht das Rechtsschutzbegehren nicht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ausreichend prüfen kann. Das Gericht

- 2878 Schlosser in FS-Großfeld 1009 und 1016 [»Dem Gericht selbst muss aber der Zugang zur Information immer offen bleiben«]; Oberhammer, 19. ÖJT II/1, 100 ff [»[...] weil in Verfahren über ›civil rights and obligations‹ jede Bindung eines Gerichts an das Ergebnis einer Expertenuntersuchung, die nicht selbst Gegenstand einer richterlichen Überprüfung war, gegen Art 6 Abs 1 EMRK verstößt, weil das Gericht dadurch nicht voll Jurisdiktion über Tatsachen- und Rechtsfragen hat«].
- 2879 EGMR 16.2.2000, 28901/95, *Rowe und Davis/Vereinigtes Königreich*, Rn 63; EuGH 13.7.2006, Rs C-438/04, *Mobistar SA/IBPT*.
- 2880 EGMR 13.2003, 49636/99, *Chevol/Frankreich*, Rn 81 oder EGMR 16.4.2013, 40908/05, *Fazliyski/Bulgarien* Rn 59 ua. Demnach ist eine Berücksichtigung von externen Gutachten, Expertisen, Stellungnahmen udgl möglich. Dem Gericht muss es aber stets möglich sein, diese Aussagen selbst zu überprüfen.
- 2881 EuGH 13.7.2006, Rs C-438/04, *Mobistar SA/IBPT*, Rn 40; EuGH 14.2.2008, C-450/06, *Varec SA/Belgien*, Rn 53.
- 2882 Schon vom Ansatz her musste in einem Grundbuchsverfahren zu 5 Ob 250/15y der Versuch des Antragstellers scheitern, der dem Gericht mit seinem Einverleibungsantrag nur einen Auszug der Titelerkunde (Scheidungsvergleich) vorlegte und darauf hinwies, dass die Vorlage einer vollständigen Vergleichsausfertigung nicht zu fordern sei, weil die Preisgabe privater Angelegenheiten wie beispielsweise Unterhalt, Obsorge und Kontaktrecht gegenüber der Öffentlichkeit völlig irrelevant für die Berechtigung seines Begehrens auf Einverleibung des (Mit-)Eigentumsrechts an der früheren Ehemohnung sei. Zutreffend wies der OGH darauf hin, dass eine Eintragung nur bewilligt werden darf, wenn diese Deckung in den Urkunden findet, wobei keine materiellrechtliche Bedenken bestehen dürfen. Eine solche Prüfung setze aber voraus, dass die Grundbuchsurkunde in ihrer Gesamtheit beurteilt werden könne, was aber bei einem Auszug nicht der Fall sei. Das zeigt, dass (potentiell) entscheidungswesentliche Umstände nicht gegenüber dem Gericht geheim gehalten werden dürfen. Ähnlich entschied das Höchstgericht zu 5 Ob 125/16t. Es verwarf dabei die vom Antragsteller behaupteten, aus Art 8 Abs 2 EMRK, Art 52 der GRC abgeleiteten datenschutzrechtlichen Bedenken. Die Prüfung der gesamten Urkunde, auf deren Grundlage die Eigentumseinverleibung erfolgen soll, sei zufolge § 87 Abs 1, § 94 Abs 1 GBG gesetzlich zwingend vorgeschrieben und diene (ua) dem Schutz des verfassungsrechtlich gewährleisteten (verbücherten) Eigentums (§§ 1 Abs 2, 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000). Zur vom Antragsteller als problematisch angesehenen Aufnahme der Grundbuchsurkunde in die Urkundensammlung hielt das Höchstgericht etwas formal fest, dass dieser Umstand nicht Gegenstand der Entscheidung sei.
- 2883 BVerfG 1 BvR 385/90 BVerfGE 101, 106 ff Rz 66 bis 68 – *Verwaltungsbehörde*.

müsse die tatsächlichen Grundlagen selbst ermitteln und seine rechtliche Auffassung selbständig²⁸⁸⁴ gewinnen und begründen. Wenn die Effektivität des Rechtsschutzes von der Offenlegung bestimmter Umstände abhängt, die für den geltend gemachten Anspruch erheblich sind, werde die Kenntnisnahme durch das Gericht von dem Grundrecht aus Art 19 Abs 4 GG umschlossen.

In einer anderen Entscheidung hielt das dt Bundesverfassungsgericht bezüglich der hier zu prüfenden Problematik ausdrücklich fest, dass eine Beweisführung durch einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen (Wirtschaftsprüfer) keine geeignete Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung schaffe. »Die Einschaltung von Sachverständigen enthebt den Richter nicht der Pflicht, sich hinsichtlich des Sachverhalts und der Ergebnisse des Gutachtens eine eigene Überzeugung zu bilden. Daher dürfen gutachterliche Ergebnisse nicht ungeprüft der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden.«²⁸⁸⁵

Auch aus dem Rechtsstaatsprinzip wird vom deutschen BVerfG abgeleitet, dass das Gericht zur umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung des Verfahrensgegenstands verpflichtet ist. Dieses ua aus Art 2 Abs 1 GG (Persönlichkeitsrecht) abgeleitete Recht des Einzelnen ist verletzt, wenn die Gerichte die prozessrechtlichen Möglichkeiten etwa zur Sachverhaltsfeststellung so eng auslegen, dass ihnen eine sachliche Prüfung der ihnen vorgelegten Fragen nicht möglich ist und das vom Gesetzgeber verfolgte Verfahrensziel deshalb nicht erreicht werden kann.²⁸⁸⁶

- 951 Zudem wäre fraglich, ob bei einer *bloß eingeschränkten Prüfmöglichkeit* überhaupt noch ein Tribunal mit voller Kognition im Sinne des Art 6 EMRK vorliegt,²⁸⁸⁷ setzt diese Bestimmung für ein unabhängiges und unparteiisches Gericht doch voraus, dass es die für das Verfahren rechtserheblichen Tatsachen selbst ermitteln und den so festgestellten Sachverhalt unter die entsprechenden Rechtsvorschriften subsumieren kann.²⁸⁸⁸ Das ist aber dann nicht möglich, wenn das Gericht von der Ermittlung und Prüfung der Tatsachen durch die Einschaltung eines Dritten ausgeschlossen wird. Diese Vorgabe durch Art 6 EMRK wurde zuletzt auch vom Gesetzgeber im Zuge der UWG-Novelle 2018 beachtet (vgl Rz 908f), das Geheimverfahren des § 26h UWG ist davon geprägt, dass das Gericht (nicht aber beide Parteien!) über sämtliche *entscheidungsrelevante* Unterlagen verfügen muss (vgl § 26h Abs 2 UWG).

Ein anderes Thema ist es, dass der Einsatz von unabhängigen Dritten (insb eines gerichtlich bestellten Sachverständigen) jene Unternehmensgeheimnisse einer Partei schützen kann, die für das Verfahren zwar keine Relevanz haben, aber dem Verfahrensgegner etwa im Rahmen einer Befundaufnahme beiläufig bekannt werden könnten. Vgl oben Rz 810 und etwa *Stadler*, die zutreffend darauf verweist, dass durch die Einschaltung eines unabhängigen Dritten zumindest für *nicht entscheidungsrelevante* Unternehmensgeheimnisse, die bei der (ungeschützten) Einsicht-

2884 Im Anlassfall »unabhängig von der Verwaltung, deren Entscheidung angegriffen ist«.

2885 BVerfG 1 BvR 2087/903 BVerfGE 115, 205 ff Rz 108 – *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*.

2886 BVerfG 2 BvR 1023/94 NStZ 1995, 449 und 2 BvR 2782/10.

2887 Vgl etwa VfGH B 824/11, B 823/11, G 237/03.

2888 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 31 mwN.

nahme bzw einem Augenschein automatisch offenbar würden, ein weitgehender Schutz erreicht werden könne.²⁸⁸⁹ Vgl dazu Rz 463 und FN 994 und FN 1548 zur *per se* nicht unproblematischen Bestimmung der § 37j Abs 6 Z 4 KartellG 2005.

C. Verfahrensrechtlicher Nutzen aus dem Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts?

Die Prämisse, dass die Übernahme des Modells des Wirtschaftsprüfervorbehalts einen derartigen Ausschluss des Gerichts zur Folge hat, ist indes nicht zwingend. Das Augenmerk sollte zunächst auf die Fruchtbarmachung der hinter dem Wirtschaftsprüfervorbehalt stehenden Idee gelegt werden, ohne dabei das für das materielle Recht entwickelte Modell 1:1 umzusetzen. Bei der hier zu prüfenden Problematik würde nämlich eine unreflektierte Übernahme des materiellrechtlichen Ansatzes an der strukturellen Verschiedenartigkeit von materiellem Recht und Prozessrecht scheitern. Der Wirtschaftsprüfervorbehalt ist auf einen *materiellrechtlichen Informationsanspruch* zugeschnitten²⁸⁹⁰ und soll zu seiner Erfüllung durch Berücksichtigung der dazu widerstreitenden Interessen beitragen. Das materielle Recht sieht den Einsatz eines *neutralen Dritten* deshalb vor, damit dieser zum einen die Geheimnisse des Verpflichteten schützt, zum anderen aber auch im Interesse des Berechtigten die ihm offen stehenden Informationen prüft und diesen von seinen Prüfergebnissen informiert. Durch den Einsatz eines Neutralen wird ein *Ausgleich* zwischen *widerstreitenden Interessen* herbeigeführt und eine »*Alles oder Nichts*«-Lösung vermieden. Dem Vorbehalt liegt die Überlegung zugrunde, dass die Umstände des Einzelfalls eine *Alles-Lösung*, die zwar die Informationsinteressen einer Partei wahrt, aber auf unverhältnismäßige und daher unzumutbare Eingriffe in die Rechtssphäre des Gegners nicht Rücksicht nehmen kann, unmöglich machen. Zugunsten des Gläubigers kann mit dem Vorbehalt die vollständige Abweisung des materiellrechtlichen Auskunftsbegehrens (somit ein *Nichts*) vermieden werden, weil er die berechtigten Informationsansprüche nicht schon wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Gegenseite scheitern lässt. Nach zutreffender Ansicht erweist sich damit der Vorbehalt als eine Rechtswohlthat gegenüber dem *Auskunftsberechtigten*,²⁸⁹¹ weil er die Zumutbarkeit für den Verpflichteten hebt und *damit* den Anspruch des Gläubigers sichert.

952

Gerade dieser Gedanke kann aber im Zivilprozess fruchtbar gemacht werden, wenn es um die *Zumutbarkeit* der hier bejahten prozessualen Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei geht. Es liegt ein mit den materiellrechtlichen

953

²⁸⁸⁹ Stadler, Schutz 126.

²⁸⁹⁰ Vgl Stürmer, Aufklärungspflicht 212.

²⁸⁹¹ Bornkamm in FS-Ullmann 898.

Konstellationen durchaus vergleichbares Spannungsfeld zwischen der auskunftsberechtigten beweisbelasteten Partei und ihrem Gegner vor, wenn jene zur effektiven Durchsetzung ihrer Ansprüche Informationen von ihrem Gegner benötigt und dieser befürchten muss, dass seine berechtigten Geheimhaltungsinteressen (zB ein Unternehmensgeheimnis) durch eine Offenlegung gefährdet sind. *In dieser Hinsicht* liegen die Parallelen zum materiellen Recht auf der Hand: Im materiellrechtlichen Einsatzbereich des Vorbehalts geht es nämlich meist darum, dass ein (tatsächlich oder vermeintlich) Berechtigter, der einen Hauptanspruch (zB Unterlassungsanspruch, Zahlungsanspruch) gegen den verpflichteten Gegner durchsetzen will, für die Durchsetzung seiner Rechte jene Kenntnisse benötigt, die ihm nur der andere vermitteln kann.²⁸⁹² Zu diesem Zweck sieht das materielle Recht Hilfsansprüche (auf Rechnungslegung, Bucheinsicht, Auskunftserteilung etc) vor, bei denen die Anwendung des Vorbehalts das Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungsanspruch und Informationsrecht auflösen kann. Diese Situation ist mit jener im Prozessrecht strukturell vergleichbar, bei der die beweisbelastete Partei bei der Durchsetzung ihrer Rechte mangels der erforderlichen Informationen zu scheitern droht, während die nicht beweisbelastete Partei Zugang zu den erforderlichen Kenntnissen hat, an der Aufklärung des prozessrelevanten Stoffes aber mit Rücksicht auf Geheimhaltungsinteressen nicht mitwirken will oder kann. Die im materiellrechtlichen Bereich durch die Einschaltung eines Dritten geschaffene Balance zwischen den widerstreitenden Interessen der Parteien kann im gerichtlichen Verfahren gewahrt bleiben. Dabei ist aber zu beachten, dass durch den Wirtschaftsprüfervorbehalt das an sich *bipolar* geprägte materielle Recht durch das Hinzutreten des sachverständigen Neutralen *dreiseitig* wird. Dem Zivilprozess ist eine derartige Struktur aber bereits immanent, wobei *der entscheidende Richter* dort die Rolle der neutralen Person schon definitionsgemäß einnimmt, der alles anvertraut und offengelegt werden muss.²⁸⁹³ Ob sich der Richter zu seiner Unterstützung noch eines Sachverständigen bedient, macht keinen entscheidenden Unterschied.

954 Aus dem Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts lässt sich somit ein (im materiellen Recht notwendigerweise gar nicht vorgesehener) »Ausschluss des Gerichts« nicht ableiten. Hingegen bietet es sich an, die hinter dem Wirtschaftsprüfervorbehalt stehende Flexibilisierung von Informationsansprüchen auch für das Zivilverfahren nutzbar zu machen. Ob eine derartige Flexibilisierung im Zivilverfahren dort am »*Prokrustesbett des rechtlichen Gehörs*«²⁸⁹⁴ scheitern muss, steht auf einem anderen Blatt.

2892 Osterloh-Konrad, Geheimnisschutz 9.

2893 Stürmer, Aufklärungspflicht 228.

2894 Zu diesem Bild *Schlosser* in FS-Großfeld 998, der bei dem Grundsatz »*Was offenbart werden muss, muss allen Parteien und dem Gericht offenbart werden*« von einer »*frappant sinnwidrigen Überstrapazierung des Prinzips des rechtlichen Gehörs*« spricht (aaO 1005).

D. Relativierung des strengen Unmittelbarkeitsgrundsatzes als Maßnahme des Geheimnisschutzes?

1. Allgemeines

Die hier vertretene Ablehnung eines »Ausschlusses« des Gerichts darf jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass die Problematik des verfahrensrechtlichen Geheimnisschutzes sehr wohl durch den Einsatz dritter Personen entschärft werden kann. Damit ist nicht die jedenfalls unzulässige Auslagerung genuin richterlicher Tätigkeit an einen Dritten gemeint, sondern eine Relativierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Bekanntlich wird der Unmittelbarkeitsgrundsatz bereits nach geltendem Prozessrecht nicht strikt umgesetzt. Vgl etwa die Regeln über den ersuchten oder beauftragten Richter, die Möglichkeiten einer mittelbaren Beweisaufnahme nach § 281a bzw § 488 Abs 4 ZPO oder das Institut der selbständigen Beweissicherung, deren Ergebnisse im Prozess verwendet werden können (§ 389 Abs 1 ZPO). Kann eine solche Abschwächung auch dafür herangezogen werden, die geschützte Verwertung vertraulicher Umstände und damit die Zumutbarkeit prozessualer Kooperation zu fördern? Wengleich bereits das richtige Verständnis vom Unmittelbarkeitsgrundsatz nach geltender Rechtslage Lösungen *de lege lata* offenlegt und eine Bezugnahme auf das geltende Prozessrecht unvermeidbar ist, wurde dafür bewusst der (rechtspolitische) sechste Abschnitt dieser Arbeit gewählt, zumal im Zentrum jener Normen, die Ausnahmen der Unmittelbarkeit zulassen, nicht der Geheimnisschutz steht. Vielmehr sind es in erster Linie prozessökonomische Erwägungen, die eine Abschwächung der Unmittelbarkeit zulassen. Es soll daher geprüft werden, ob bereits aus dem bisherigen (sich im Gesetz niederschlagenden) Verständnis von Unmittelbarkeit Ansätze für eine *geschützte Verwertung* von vertraulichen Tatsachen abgeleitet werden können und inwieweit einer Einschränkung der Unmittelbarkeit verfassungsrechtliche Grenzen gegenüberstehen. Wie unten gezeigt wird, werden nämlich gegen eine – zugunsten des Geheimnisschutzes vorgenommene – Relativierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes verfassungsrechtliche Bedenken erhoben (siehe unten Rz 958ff). Der Grundsatz eines fairen Verfahrens verhindert gewiss die schrankenlose Abschwächung des Unmittelbarkeitsprinzips. Er schränkt aber nicht *jeglichen Spielraum* im Zusammenhang mit einer Verfahrensgestaltung ein, die sich dazu bekennt, dass Unmittelbarkeit nicht in reinster Form umgesetzt werden muss.

955

Nach richtigem Verständnis des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bedeutet dieser nicht, dass das Gericht stets und ausnahmslos die Tatsachen direkt aus der Quelle selbst schöpfen muss.²⁸⁹⁵ Eine derartig streng materiell verstandene Unmittelbarkeit hätte zur Folge, dass neben jenen Beweisen, die ihrem Inhalt nach

956

²⁸⁹⁵ Völmann-Stickelbrock, ZZP 118 (2005) 367.

die Erkenntnis der Tatsachen am unmittelbarsten ermöglichen, keine weitere Beweisaufnahme möglich ist. Nach richtiger Ansicht ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz aber im Sinne einer formellen Unmittelbarkeit zu verstehen,²⁸⁹⁶ wonach die Beweisaufnahme vor dem Gericht zu erfolgen hat. Auch beim Einsatz einer als sog Wirtschaftsprüfer fungierenden Mittelsperson erfolgt die eigentliche Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht, etwa wenn diese Person als Zeuge vernommen, ein Gutachten erstattet oder wenn eine von ihr verfasste Urkunde zur Entscheidungsgrundlage wird.

957 Die gegen den *Ausschluss des Richters* oben angeführten Argumente sprechen nicht *per se* gegen den Einsatz eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten, wenn dieser im Verfahren die ihm bekannten, aber geheim zu haltenden Informationen vom prozessrelevanten Stoff abschichtet. Die vom Gericht zu würdigenden Beweismittel wären in einem solchen Fall aber nicht die nur dem Dritten bekannten vertraulichen Informationen, sondern ausschließlich die von ihm dazu erfolgte offengelegte Einschätzung bzw vorgenommene Beurkundung.²⁸⁹⁷

2. Entscheidung des dt BAG: Dritter (Notar) als Filter?

958 In diesem Zusammenhang sei auf eine in Deutschland heftig diskutierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) verwiesen,²⁸⁹⁸ in der es um den aus Sicht des Betriebsverfassungsrechts wesentlichen Nachweis ging, ob eine bestimmte Gewerkschaft in einem Betrieb vertreten war. Das hing davon ab, dass ihr mindestens *ein* Arbeitnehmer angehörte, der nicht zu den leitenden Angestellten zählt.²⁸⁹⁹ Von der antragstellenden Gewerkschaft wurde die Erfüllung der Voraussetzung zum einen behauptet, zum anderen weigerte sie sich, den Namen ihres im Betrieb beschäftigten Mitglieds offenzulegen. Sie führte dazu angeblich drohende Schikanen bzw eine befürchtete Kündigung an. Stattdessen legte die Gewerkschaft eine *notarielle Erklärung* vor. Darin wurde vom beurkundenden Notar anhand von Unterlagen festgestellt, dass eine bei ihm erschienene, persönlich in der Erklärung aber nicht genannte Person sowohl Gewerkschaftsmitglied als auch Arbeitnehmer des fraglichen Betriebs sei.

959 Das BAG vertrat die Ansicht, dass dieser Arbeitnehmer im Verfahren nicht namentlich genannt werden müsste. Es erachtete den vorgelegten *mittelbaren* Beweis, der im Verfahren durch den Notar und den Gewerkschaftssekretär zeugenschaftlich bestätigt wurde, als zulässig. Ob diese Beweisführung ausreiche, sei eine Frage der freien Beweiswürdigung. Die alleinige Verwertung mittelbarer Beweise stelle

2896 IdS auch für das deutsche Prozessrecht zB *Ahrens*, JZ 1996, 739.

2897 *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz 41; vgl *Zeuner* in FS-Gaul 848.

2898 7 ABR 65/90 NJW 1993, 134.

2899 Dazu *Walker* in FS-E. Schneider 148.

zwar besonders hohe Anforderungen an die Aufrechterhaltung des Grundsatzes eines fairen Verfahrens, sie sei jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen, insb dann, wenn die Gegenpartei (hier: der Arbeitgeber) sich auf die mittelbare Beweisführung überhaupt nicht einlasse und die prozessual gegebenen Möglichkeiten, durch eigene Beweisführung den gegnerischen Vortrag zu widerlegen, nicht ausschöpfe. Die Tatsachengerichte müssten dem geringeren Beweiswert mittelbarer Beweismittel durch besonders sorgfältige Beweiswürdigung und Begründung ihrer Entscheidung Rechnung tragen.

Von Teilen des Schrifttums wurde diese Vorgangsweise als »*Geheimverfahren*« heftig kritisiert.²⁹⁰⁰

960

Nach *Prütting/Weth* kann es nicht zweifelhaft sein, dass »*ein solches Geheimverfahren unzulässig ist. Es ist weder im Arbeitsgerichtsgesetz noch in der ZPO vorgesehen.*« Unter Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme überprüfe der Notar, ob eine bestimmte Person zugleich Arbeitnehmer eines bestimmten Betriebes und Mitglied einer bestimmten Gewerkschaft sei. Den Parteien werde das Fragerecht genommen, das Gericht könnte die Erklärungen des vor dem Notar erschienenen Arbeitnehmers nicht sorgfältig und kritisch würdigen. Nach Ansicht dieser Autoren seien – im Gegensatz zur Benennung des Gewerkschaftsmitglieds im eigentlichen Verfahren – bei einem derartigen Geheimverfahren Manipulationsmöglichkeiten nicht ausgeschlossen.²⁹⁰¹ Schließlich verstoße ein solches Geheimverfahren in vielfältiger Weise gegen den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, weil gerichtlichen Entscheidungen nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden dürften, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten. Den Parteien werde die Möglichkeit genommen, durch entsprechende Anträge auf die Beischaffung des sachnäheren Beweismittels zu dringen. An anderer Stelle spricht *Prütting* davon, dass das BAG »*eine extreme Konstruktion*« schließlich für zulässig erklärt habe.²⁹⁰² Neben der Beweisaufnahme und der Beweiswürdigung würde in solchen Fällen vom Notar die Rechtsfrage mitentschieden, dass es sich bei der erschienenen Person nicht um einen leitenden Angestellten oder einen freien Mitarbeiter gehandelt habe.

Schilken moniert eine Verletzung der §§ 373 ff dZPO (Bestimmungen über den Zeugenbeweis). Mit der Verwertung einer Zeugniskunde würden die Zeugenpflichten zum Erscheinen, zur Aussage und zur Beeidigung der Aussage vor Gericht ausgehebelt und die Bestimmungen über die Vernehmung einschließlich des Fragerechts verletzt. Zudem sei – auch in einem Ausnahmefall, nämlich der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gegen einen gewerkschaftsfeindlich eingestellten Arbeitgeber – der verfassungsgesetzlich abgesicherte Fairnessgedanke

2900 ZB *Ahrens*, JZ 1996, 739 [Entscheidungsanm]; *Leipold*, SAE 1996, 69 [Entscheidungsanm]; *Prütting/Weth*, NJW 1993, 576; *Prütting* in MünchKomm⁵ § 285 ZPO Rz 11 f; *Schilken*, SAE 1993, 308; diff *Walker* in FS-E. Schneider 155 ff.

Die Judikaturlinie hat allerdings auch Zustimmung gefunden, vgl zB *Greger* in *Zöller*³¹ § 357 ZPO Rz 4; *Grunsky*, AuR 1990, 105; *Grunsky*, AuR 1991, 223 [Entscheidungsanm]; *Trümner*, BetrR 1989, 145.

2901 *Prütting*, NJW 1993, 577.

2902 *Prütting* in MünchKomm⁵ § 285 ZPO Rz 11 f.

verletzt, wenn die mittelbare Beweisführung nicht durch strenge Anforderungen an das Beweisverfahren kompensiert werde.²⁹⁰³

Ahrens hinterfragt das Abschirmen einer Beweisperson durch den Beweisführer gegen den Willen seines Gegners, obwohl die Beweisperson mit unmittelbarer Wahrnehmung des Beweisthemas zur Verfügung steht. Er betont den Anspruch auf ein faires Verfahren in Bezug auf die materielle Beweisunmittelbarkeit und moniert, dass das Ausweichen des BAG in die Beweiswürdigung das Bedürfnis nach einer Entscheidung darüber verschleierte, ob ein derartiges Prozessieren hinnehmbar sei. Ganz allgemein kritisiert er die »um sich greifende Geheimhaltungshysterie«, die in keiner Weise einen Zivilprozess rechtfertige, dessen relevanter Tatsachenstoff geheim bleibt.²⁹⁰⁴

Einen differenzierenden Standpunkt unter den Kritikern vertritt *Walker*. Nach seiner Ansicht sei im arbeitsgerichtlichen Verfahren ein Interesse an einem beweisrechtlichen Geheimverfahren vorstellbar.²⁹⁰⁵ Ein »*beweisrechtliches Geheimverfahren*« zum Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb sei unter dem Gesichtspunkt der gesetzlich vorgesehenen Beweismittel und der Beweisgrundsätze (Öffentlichkeit, Parteiöffentlichkeit, Unmittelbarkeit) zulässig. Problematisch erachtet der Autor aber den Umstand, dass es dem Arbeitgeber bei der Vernehmung des Gewerkschaftssekretärs verwehrt wurde, nach dem Namen des Arbeitnehmers zu fragen, was einen Verstoß gegen das in § 397 dZPO²⁹⁰⁶ normierte Fragerecht bedeute. Dem Notar stünde wohl ein Aussageverweigerungsrecht zu, was beim Gewerkschaftssekretär aber nicht zutrefte. Auch eine Einschränkung des Fragerechts durch das materielle Recht oder wegen Datenschutzes liege nicht vor. Die Vorlage der notariellen Urkunde umgehe wiederum unzulässigerweise den Zeugenbeweis, sofern es sich um das einzige Beweismittel handle. Weiters sieht *Walker* einen Verstoß gegen § 285 dZPO²⁹⁰⁷ erfüllt, weil in das Recht zur Stellungnahme zum Beweisergebnis und zur Führung des Gegenbeweises eingegriffen werde. Es könne dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, alle Arbeitnehmer seines Betriebs (*in casu* 600) als Zeugen zu beantragen, dass diese nicht Gewerkschaftsmitglied seien, was zudem zu einer Umkehr der Beweislast führe. Durch die

2903 *Schilken*, SAE 1993, 308 ff.

2904 *Ahrens*, JZ 1996, 740 [Entscheidungsanm].

2905 *Walker* in FS-E. Schneider 150. Er führt dazu als Beispiel an, dass der Arbeitgeber in einem Entlassungsprozess die Einvernahme eines Arbeitnehmers als Zeugen beantragt, der das grobe Fehlverhalten des entlassenen Kollegen beweisen soll. Der Arbeitgeber könnte darauf Wert legen, dass dieser Zeuge anonym bleibt, um nicht Repressalien von Seiten der Belegschaft ausgesetzt zu sein.

2906 »Fragerecht der Parteien

(1) Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.

(2) Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.

(3) Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.«

2907 »Verhandlung nach Beweisaufnahme

(1) Über das Ergebnis der Beweisaufnahme haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.

(2) Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozessgericht erfolgt, so haben die Parteien ihr Ergebnis auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen.«

Verletzungen der §§ 285 und 397 dZPO würde die Beweiswürdigung (§ 286 dZPO) auf einer unvollständigen Grundlage beruhen und ihrerseits fehlerhaft sein. Schließlich greife ein beweisrechtliches Geheimverfahren evident in den Anspruch auf rechtliches Gehör ein.²⁹⁰⁸ Allerdings stellt *Walker* die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs unter Bezugnahme auf andere verfassungsrechtlich geschützte Rechte (in casu: Koalitionsfreiheit) in den Raum, was zur Folge habe, dass auch die erwähnten einfachgesetzlichen Bestimmungen (§§ 285, 286 und 397 dZPO) entsprechend ausgelegt und gehandhabt würden.²⁹⁰⁹ Das erfordere aber konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Arbeitnehmers, die es der Gewerkschaft unzumutbar machen, zwecks Erreichung effektiven Rechtsschutzes ihr Mitglied zu offenbaren.

Aufgrund der vergleichbaren Rechtslage lässt sich die Kritik aus Sicht des österreichischen Prozessrechts analysieren. Die Kritik übersieht, dass das BAG keine institutionalisierte Vorgangsweise abgesehen hat, die einer dritten Person (etwa einem Notar) – unter Ausschluss der Parteien und der Kontrolle durch das Gericht – eine richterliche Tätigkeit überträgt. Vielmehr geht es letztendlich darum, ob eine Partei ihrer Beweislast (auch) dadurch entsprechen kann, wenn *statt* der Vernehmung eines Zeugen mit unmittelbaren Wahrnehmungen bloß eine Urkunde vorgelegt wird, in der Ausführungen einer anonymen Person beurkundet werden, oder Zeugen (»vom Hörensagen«) aussagen sollen, was ein Dritter ihnen gegenüber behauptet hat. Von dieser Problematik, ob mittelbare Beweise unmittelbare Beweise ersetzen können, ist freilich zunächst die Frage zu trennen, ob nach dem Zivilprozess mittelbare Beweise überhaupt zulässig sind. Ein solcher mittelbarer Beweis ist nicht *per se* verboten,²⁹¹⁰ ein striktes Beweisverbot eines jeglichen mittelbaren Beweises ist aus der ZPO nicht abzuleiten.²⁹¹¹ Sowohl bei einer Urkunde als auch bei einem Zeugen vom Hörensagen liegen jeweils vom Gesetz vorgesehene Beweismittel vor. Abgesehen davon, dass im Zivilprozess nach der zutreffenden Ansicht von *Rechberger* als Beweismittel ohnedies grundsätzlich »alles in Betracht kommt, was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts geeignet und nach Lage des einzelnen Falls zweckdienlich ist«,²⁹¹² lassen sich sowohl die Verwertung von schriftlich dargelegten Wahrnehmungen als auch die Zeugenaussage eines Beweismittlers in den Kanon der vom Gesetz vorgesehenen Beweismittel einordnen.

961

2908 Die dafür als Beleg angeführte Entscheidung des BGH I ZR 126/93 – *Anonymisierte Mitgliederliste* spricht allerdings nicht generell gegen die Einschränkung des rechtlichen Gehörs bei einem anerkannten Geheimhaltungsinteresse. Vgl Rz 848.

2909 *Walker* in FS-Schneider 173.

2910 In diese Richtung gehen freilich die Entscheidungen zum Rechtssatz RIS-Justiz RS0036711, die etwa davon sprechen, dass schriftliche Zeugenaussagen dem österreichischen Recht fremd seien und ihre Zulassung und Verwertung einen erheblichen Verfahrensmangel begründet.

2911 Er kann vielmehr etwa als Kontrollbeweis (dazu RIS-Justiz RS0040246) eine sinnvolle Funktion ausüben.

2912 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 100 mwN unter Bezugnahme auf § 46 AVG; 1 Ob 39/15i.

962

Die Verwertung derartiger Beweismittel muss dem *Unmittelbarkeitsgrundsatz* in der Ausprägung der sachlichen Unmittelbarkeit nicht zwingend widersprechen. Unter dem Gesichtspunkt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes geht es in erster Linie darum, ob der mittelbare Beweis einen möglichen unmittelbaren Beweis *ersetzen* soll,²⁹¹³ unproblematisch erscheint aber die Verwendung mittelbarer Quellen *neben* unmittelbaren Beweisaufnahmen.²⁹¹⁴ Im Zusammenhang mit der Aufnahme mittelbarer Beweise kann eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens daher dann vorliegen, wenn der mittelbare Beweis *statt* eines möglichen unmittelbaren Beweises aufgenommen wird.²⁹¹⁵ Durch das aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und

2913 Auf die diesbezügliche Problematik weisen mit guten Gründen *Oberhammer*, 19. ÖJT II/1, 98 ff und *Pimmer*, *ecolex* 2015, 286 hin.

2914 Ein plastisches Beispiel ist der in FN 2921 erwähnte Kontrollbeweis. Folgendes Beispiel soll dies veranschaulichen. Die einzige Zeugin eines Verkehrsunfalls erzählt einem Dritten ihre Version, die diametral von ihrer Zeugenaussage im Prozess abweicht. Der Vertreter des Prozessgegners erfährt davon und beantragt die Einvernahme des Dritten. Es lässt sich schwer begründen, dass die Vernehmung des Dritten als »Zeuge vom Hörensagen« unter Hinweis auf die Unmittelbarkeit unzulässig sein soll. Nach richtiger Auffassung ist der Dritte (*neben* der Unfallszeugin) zu vernehmen, seine Aussage kann den Beweiswert der Aussage der Zeugin erschüttern, was dazu führen kann, dass sich die Feststellungen zum Unfallgeschehen nicht mehr auf die Zeugin stützen können.

Vgl auch die Ausführungen von *Rechberger* (in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 88 ff), der grundsätzlich auf die Bedeutung der unmittelbaren Beweisaufnahme verweist und die zutreffende Ansicht vertritt, dass die Verletzung der Unmittelbarkeit einen wesentlichen Verfahrensmangel (im Extremfall auch eine Nichtigkeit) bedeutet. Ein solcher Fall wäre dann gegeben, wenn der Richter *statt* der möglichen Vernehmung eines unmittelbaren Zeugen einen »Beweis vom Hörensagen« oder eine »schriftliche Aussage« zulässt.

Auch *Oberhammer* (19. ÖJT II/1, 100 ff) kritisiert »*Abkürzungen bei der Stoffsammlung*«, wonach sich die Gerichte durch die Bezugnahme auf einen Bericht einer Verwaltungsbehörde »den Sachverständigenbeweis sparen wollen«, indem sie den Inhalt eines ÖNB-Prüfberichts an Stelle des Sachverständigengutachtens setzen. Ein solcher Prüfbericht sei als »*Abkürzer vorbei an einem rechtsstaatlichen Beweisverfahren*« nicht geeignet, ein im Zivilprozess aufzunehmendes Gutachten »zu ersetzen« (*Oberhammer*, 19. ÖJT II/1, 104). Er kritisiert Teile der Ziviljustiz dahingehend, dass diese »ihre ureigenen Aufgaben nicht erfüllt, und anstelle dessen »*Berichte*« aus *Verwaltungsverfahren als irgendwie taugliche Grundlage für die Faktenfeststellung oder gar die rechtliche Beurteilung heranziehen möchte*« (*Oberhammer*, 19. ÖJT II/1, 105). Auch aus seinen Ausführungen ist aber nicht abzuleiten, dass mittelbare Beweise stets unzulässig seien, erwähnt er etwa auch den Fall, dass eine Aussage eines Zeugen in einem früheren Verfahren verlesen werden dürfe, um zu zeigen, dass der Zeuge früher anders ausgesagt hat (*Oberhammer*, 19. ÖJT II/1, 106). Auch bei der von ihm kritisierten Verwertung eines früheren Gutachtens zielt er darauf ab, dass damit *statt* einem beweiskräftigen (unmittelbaren) Beweismittel ein mittelbarer Beweis aufgenommen werden soll (*Oberhammer*, 19. ÖJT II/1, 110).

Ähnlich auch *Pimmer*, *ecolex* 2015, 289 [»*Die Verwertung von Vorakten ist ein Urkundenbeweis, mit dem gem § 292 Abs 1 ZPO nur bewiesen wird, dass etwa ein Zeuge eine bestimmte Aussage gemacht oder ein Sachverständiger ein bestimmtes Gutachten erstattet hat. Diese in früheren Gerichtsakten bereits vorliegenden Protokolle oder Sachverständigengutachten können zwar insofern verwendet werden, als sie im Zuge des Beweisverfahrens vorgehalten werden, niemals aber die unmittelbare Beweisaufnahme durch den erkennenden Richter ersetzen.*«].

2915 Richtig etwa *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 92, der es als unzulässig erachtet, wenn *statt* der möglichen Vernehmung eines unmittelbaren Zeugen der Beweis vom Hörensagen oder *statt* der Vernehmung eine schriftliche Aussage zugelassen wird.

dem Mündlichkeitsprinzip abgeleitete sinnvolle Gebot, dass Zeugen im Verfahren mündlich zu vernehmen sind, weshalb »schriftliche Zeugenaussagen« als Beweismittel unzulässig sind,²⁹¹⁶ soll die *materielle Wahrheitsfindung* gefördert werden. Das Gericht soll sich nicht der Einfachheit halber mit schriftlichen Erklärungen zufriedengeben, sondern in der Lage sein, die Aussagen des Zeugen kritisch zu hinterfragen, Lücken und Widersprüche aufzuzeigen, um damit die Wahrheit bestmöglich aufzuklären. In diesem Zusammenhang ist der an der gerichtlichen Praxis in Anlagerprozessen von *Oberhammer* geäußerten Kritik, dass die Einholung eines möglichen Sachverständigengutachtens nicht einfach durch die Zugrundelegung eines in einem Verwaltungsverfahren erstellten ÖNB-Prüfberichts ersetzt werden darf, zuzustimmen.²⁹¹⁷ Auch *Pimmer* kritisiert zu Recht, dass allein die Prozessökonomie kein hinreichender Grund ist, den Unmittelbarkeitsgrundsatz einzuschränken.²⁹¹⁸ Somit ist stets zu prüfen, ob die unmittelbare Beweisaufnahme möglich und dem Beweisführer zumutbar ist.

Ungeachtet der zentralen Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes²⁹¹⁹ kann das aus diesem Prinzip abgeleitete Postulat, auf das »sachnächste« Beweismittel zurückzugreifen, in vielen Bereichen aber nicht ohne Abstriche umgesetzt werden. Die Unmittelbarkeit ist kein Selbstzweck,²⁹²⁰ in begründeten Ausnahmefällen können mittelbare Beweisaufnahmen *ohne* unmittelbare Beweisaufnahme zulässig sein, wenn sie der Ermittlung der Wahrheit eher förderlich sind.²⁹²¹ Das ist im Gesetz ausdrücklich im Bereich der Rechtshilfe anerkannt (vgl etwa § 328 Abs 1 Z 1 ZPO). Auch der bei immunen Zeugen ausdrücklich zugelassenen schriftlichen Zeugenaussage (§ 341 Abs 2 ZPO) liegt die Überlegung zugrunde, dass eine mittelbare Zeugenaussage der Wahrheitsfindung eher dient als eine unterlassene Aussage. Auch § 281a Z 1 lit b ZPO »*bestätigt nur eine Selbstverständlichkeit*«,²⁹²² wonach es im Interesse der Wahrheitsfindung jedenfalls dann unproblematisch ist, nur²⁹²³ mittelbare Beweise aufzunehmen, wenn dies die einzig und noch denkbare Beweisaufnahme ist. Der mittelbare Beweis ist somit dann zulässig, wenn die unmittelbare Beweisaufnahme keinen höheren Beweiswert verspricht oder gar ausgeschlossen ist.²⁹²⁴ Demgemäß werden in der gerichtlichen Praxis polizeiliche Unfallberichte,

963

2916 RIS-Justiz RS0036711.

2917 *Oberhammer*, 19. ÖJT II/1, 100 ff; ähnlich *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 281a ZPO Rz 2.

2918 *Pimmer*, *ecolex* 2015, 286.

2919 RIS-Justiz RS0041365.

2920 1 Ob 39/15i; RIS-Justiz RS0056185.

2921 In diesem Zusammenhang verweist der OGH zu 1 Ob 39/15i zutreffend darauf, dass der offene Zugang gegenüber allen in Betracht kommenden Erkenntnisquellen in gewisser Weise das Korrelat zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist.

2922 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 281a ZPO Rz 3.

2923 § 281a ZPO regelt nach richtiger Auffassung nur den Fall, wann nur mittelbare Beweisaufnahmen reichen, sagt aber nicht, dass neben unmittelbaren keine mittelbaren Quellen verwendbar sind.

2924 Vgl *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 281a ZPO Rz 5.

schriftlich bekanntgegebene Auskünfte über Wetterzustände der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik oder schriftliche Beantwortungen von Anfragen an Behörden oder Unternehmen im Verfahren verwertet und nicht aus der Erwägung für unzulässig betrachtet, dass die Verfasser theoretisch als Zeugen vernommen werden könnten,²⁹²⁵ zumal sie in der Regel nur das bestätigen könnten, was sich ohnedies aus dem Schreiben ergibt. Entsprechendes gilt für Feststellungen von Handelsbräuchen durch sachkundige Institutionen (zB Handelskammer).²⁹²⁶

964 Davon abgesehen ist der Einsatz einer Mittelsperson wohl dann zulässig, wenn der Wahrnehmung durch das Gericht oder der Parteiöffentlichkeit Hindernisse entgegenstehen. Diese Hindernisse können eine tatsächliche oder eine rechtliche Grundlage haben.²⁹²⁷ Intime körperliche Untersuchungen bleiben Ärzten vorbehalten (vgl oben Rz 799 ff), weil die Anwesenheit sonstiger Personen das Recht auf Privatleben nach Art 8 EMRK verletzen könnte (rechtliches Hindernis) bzw mangels Fachwissens zur Wahrheitsermittlung nichts beitragen kann (tatsächliches Hindernis). Auch der Einsatz eines Augenscheinsgehilfen ist anerkannt, wenn dem Gericht und den Parteien aus faktischen Gründen der Zugang zum unmittelbaren Beweismittel verschlossen ist (tatsächliches Hindernis).²⁹²⁸ Es liegt daher nahe, berechnete und verfassungsrechtlich abgesicherte Geheimhaltungsinteressen in die Kategorie der rechtlichen Hindernisse einzuordnen, sodass in solchen Fällen eine mittelbare Beweisaufnahme auch unter dem Gesichtspunkt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht unzulässig sein muss.²⁹²⁹ Die Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes kann somit durch Geheimhaltungsinteressen gerechtfertigt sein.

965 Problematischer erscheint bei der mittelbaren Aufnahme die Berücksichtigung der sich aus dem Gebot des fairen Verfahrens (bzw aus dem Recht auf Gehör) ergebenden Parteienrechte, den Beweiswert der Beweismittel zu überprüfen oder an Zeugen Fragen zu stellen. Auch hier könnten verfassungsgesetzlich geschützte Interessen einen derartigen Eingriff in Art 6 EMRK freilich rechtfertigen. Ob das bei der vom BAG zu prüfenden Frage des Vertretenseins einer Gewerkschaft der Fall war,²⁹³⁰ muss hier nicht geprüft werden. Im hier interessierenden Fall der Unternehmensgeheimnisse lässt sich durchaus argumentieren, dass der verfassungsgesetzlich gebotene Schutz von Unternehmensgeheimnissen – im Zusammenhang

2925 1 Ob 39/15i.

2926 Dabei werden von der Kammer Mitglieder befragt, wobei ein Handelsbrauch bei einer qualifizierten Zustimmung festgestellt wird. Derartige »Handelsbrauchgutachten« werden in der sog »Handelsbrauch-Liste« veröffentlicht. Vgl *Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter*⁴ § 346 UGB Rz 50.

2927 *Werner in FS-Pfeiffer* 835.

2928 Ein berühmtes Beispiel ist der Taucher, der ein gesunkenes Schiff begutachtet. Vgl *Ch. Berger in Stein/Jonas*, ZPO³³ § 357 Rz 10; *Werner in FS-Pfeiffer* 835; *Walter Zimmermann in MünchKomm*⁵ § 372 ZPO Rz 3.

2929 Vgl etwa BVerfG 2 BvR 215/81 NJW 1981, 1719. Zeugenaussagen über Angaben eines Gewährsmanns wurden zugelassen, wenn dieser selber aus Sicherheitsgründen nicht gehört werden kann.

2930 Nach *Walker in FS-E. Schneider* 173 kann dies in bestimmten Konstellationen bejaht werden.

mit dem ebenfalls grundrechtlich abgesicherten Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung – Einschränkungen des rechtlichen Gehörs dahingehend rechtfertigen kann,²⁹³¹ dass in Ausnahmefällen Wahrnehmungen dem Gericht gegenüber nur »gefiltert« wiedergeben müssen, wodurch das Fragerecht der Parteien und die gebotene Beweiserörterung eingeschränkt wird.

Ein mittelbares Beweismittel kann freilich nicht das erforderliche substantiierte Vorbringen ersetzen,²⁹³² etwa wenn es im Fall des BAG zur rechtlichen Klärung der Vertretungsbefugnis der Gewerkschaft notwendig gewesen wäre, die Namen des Gewerkschaftsmitglieds festzustellen. Das wurde im Anlassfall aber ebenso verneint²⁹³³ wie in einem vom OGH zu klärenden Fall die Frage, ob es für die Aktivlegitimation eines nach § 13 UWG klagenden Vereins erforderlich ist, dass dessen Mitglieder namentlich bekannt sind.²⁹³⁴ Anderes gilt für die Prozessführungsbefugnis eines Verbandes nach § 13 Abs 2 Z 2 dUWG idF der UWG-Novelle 1994 (nunmehr § 8 Abs 3 Z 1 dUWG), die die Bekanntgabe der Namen der Mitglieder des Verbands erfordert.²⁹³⁵ Wenn die namentliche Nennung nun Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung einer entscheidungsrelevanten Norm ist, muss ein mittelbarer Beweis, aus dem sich nur ergibt, dass anonyme Mitglieder einer Partei bestimmte Eigenschaften aufweisen, scheitern.

966

Grundsätzlich überzeugt aber der vom BAG vorgezeichnete Weg auch für das österreichische Verfahrensrecht: Mittelbare Beweismittel sind demnach nicht bereits vorweg als unzulässig zu betrachten. Vielmehr können sie verwertet werden, wobei ihr notwendigerweise beschränkter Beweiswert in der richterlichen Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist.²⁹³⁶ Gerade bei der nach § 272 ZPO gebotenen »sorgfältigen Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung« muss der Wert der Beweismittel einfließen, weshalb insb darauf Bedacht zu nehmen ist, dass nur eine gefilterte Beweisaufnahme vorliegt, bei der es einer der Parteien erschwert wurde, das daraus (allenfalls) abzuleitende Beweisergebnis zu widerlegen.

967

2931 Vgl auch Walker in FS-E. Schneider 173.

2932 Walker in FS-E. Schneider 155 f.

2933 Walker in FS-E. Schneider 155 ff. Walker problematisiert beim BAG-Fall die Anforderungen an einen substantiierten Vortrag, der ausreichen muss, um alle erheblichen Rechtsfragen zu klären, wodurch wiederum eine Identifizierung des anonymisierten Arbeitnehmers möglich sein könnte. Nach seinen Ausführungen muss die vom BAG gebilligte Vorgangsweise daran nicht scheitern.

2934 Vgl zB 4 Ob 31/88.

2935 BGH I ZR 126/93 GRUR 1996, 217 – *Anonymisierte Mitgliederliste*.

2936 Die Behinderung der Parteirechte durch die fehlende Möglichkeit einer Befragung bzw Hinterfragung der Beweismittel wird durch eine vorsichtige Bewertung im Rahmen der Beweiswürdigung und auch dadurch kompensiert, dass sich das Gericht auf mehrere Beweisergebnisse stützt (*in casu* eben auch auf die Vernehmung des Gewerkschaftssekretärs). Das entspricht auch den Wertungen, die im Strafprozess zu anonymen Zeugen vertreten werden (vgl BGH 3 StR 377/99 NJW 2000, 1661).

968

Hier wird die Komplementärfunktion der Unmittelbarkeit zum Prinzip der freien Beweiswürdigung²⁹³⁷ nicht verkannt. Zutreffend betont die Lehre, dass die freie Beweiswürdigung »ihre volle Bedeutung nur im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit erlangen kann.«²⁹³⁸ Der Unmittelbarkeitsgrundsatz entfaltet demnach bei der Beweisaufnahme »seine Hauptbedeutung, um für die richterliche Beweiswürdigung möglichst verlässliche Grundlagen zu bieten.«²⁹³⁹ »Die durch den Richter persönlich durchgeführte Beweisaufnahme ist geradezu die Voraussetzung dafür, dass er die Beweise auch tatsächlich frei zu würdigen im Stande ist.«²⁹⁴⁰ Das Prinzip der freien Beweiswürdigung wird erst durch die Überzeugungsbildung auf Grund eigener Wahrnehmung gerechtfertigt.²⁹⁴¹ Die freie Beweiswürdigung kann ihre volle Bedeutung deshalb nur im Zusammenhang mit der Unmittelbarkeit erlangen,²⁹⁴² weil erst in der Überzeugungsbildung auf Grund eigener Wahrnehmung die innere Rechtfertigung für das Prinzip der freien Beweiswürdigung liegt.²⁹⁴³ Gerade dessen muss sich das Gericht aber besonders bewusst sein, wenn es eine gefilterte Beweisaufnahme zu beurteilen hat. Mittelbare Beweisaufnahmen stellen daher besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung, weil sich die jedem Beweis anhaftenden Fehlerquellen dadurch erheblich verstärken, zumal die Qualität des Beweisergebnisses zusätzlich von der Zuverlässigkeit des Beweismittlers abhängt.²⁹⁴⁴ Auch diese Schwierigkeiten sprechen aber nicht gegen die Zulässigkeit derartiger Beweise! In vielen Fällen wird der Beweiswert der Beweismittel wegen der damit verbundenen Zweifel, die in der Einschränkung der vollen Wahrnehmbarkeit begründet sind, nicht ausreichen, um gesicherte Feststellungen zu treffen. Das zeigen die Fälle der vom Gesetz eindeutig als zulässig erachteten mittelbaren Beweisaufnahme. Muss das Gericht sich wegen Ablebens eines Zeugen mit der Verlesung seiner Aussage in einem anderen Verfahren begnügen, eine schriftliche Zeugenaussage eines Diplomaten verwenden oder eine Rechtshilfevernehmung berücksichtigen, bedeutet das nicht, dass die freie Beweiswürdigung deshalb ausgeschlossen ist. Im Gegenteil. Die Einschränkung der Unmittelbarkeit muss ebenso sorgfältig berücksichtigt werden, wie der Beweiswert des mittelbaren Beweismittels.

969

Aus dem Gesagten folgt, dass mittelbare Beweismittel durchaus insoweit nutzbar gemacht werden können, um damit Unternehmensgeheimnisse zur Wahrung des Anspruchs auf effektive Rechtsdurchsetzung in ein Verfahren »geschützt« ein-

2937 Dazu *Bajons* in FS-Fasching 27 ff; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 88 mwN.

2938 *Fasching*⁴ III, 277 f; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 272 ZPO Rz 5.

2939 *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 912.

2940 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 272 ZPO Rz 5.

2941 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ § 272 ZPO Rz 5.

2942 *Fasching*⁴ III, 277 f.

2943 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 88 und § 272 ZPO Rz 5.

2944 In diesem Sinn für den Zeugen vom Hörensagen zB BVerfG 2 BvR 215/81 NJW 1981, 1719. Zeugenaussagen über Angaben eines Gewährsmanns wurden zugelassen, wenn dieser selber aus Sicherheitsgründen nicht gehört werden kann.

zuführen.²⁹⁴⁵ Wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes würde sich hier eine entsprechende gesetzliche Regelung empfehlen. Einer solchen Lösung sind freilich aus der Sicht des Art 6 EMRK Grenzen gesetzt, die dann überschritten sind, wenn in einem mittelbaren Beweismittel eine dem Gericht vorbehaltene Schlussfolgerung oder ein Werturteil enthalten ist, was vom Richter nicht mehr überprüft werden kann.²⁹⁴⁶ Der damit verbundene materielle Ausschluss des Gerichts wäre aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht gedeckt (siehe oben Rz 414 und Rz 950 f).

E. Resümee

Art 6 EMRK verbietet die Auslagerung genuin richterlicher Tätigkeiten zu einem Dritten, dessen Grundlagen für seine Schlussfolgerung weder den Parteien noch dem Richter offenstehen. Der Anspruch auf ein faires Verfahren setzt eine Entscheidung durch ein Gericht voraus, dem volle Kognitionsbefugnis zur Wahrheitsforschung zukommt. Der mit dem Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts verbundene Ausschluss des Gerichts zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen ist daher *de lege ferenda* nicht geeignet, der nicht beweisbelasteten Partei die Erfüllung ihrer Kooperationspflicht zumutbar zu machen. Allerdings können die dazu entwickelten Ideen insoweit nutzbar gemacht werden, dass mit einer sinnvollen Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes jene Tatsachen in das Verfahren gefiltert und damit geschützt eingeführt werden können, die ein Unternehmensgeheimnis tangieren.

970

III. Vertreterlösung

A. Einleitung

Ein denkbarer Lösungsansatz, der die Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei trotz eines Unternehmensgeheimnisses zumutbar machen soll, liegt im Einsatz eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertreters des Beweisführers, während die Naturalpartei von den vertraulichen Teilen des Verfahrens ausgeschlossen ist. Der Vertreter soll die Rechte der ausgeschlossenen Naturalpartei wahrnehmen und es dadurch ermöglichen, dass der Gegner des Beweisführers die von einem Geheimnis

971

²⁹⁴⁵ Ähnlich wohl auch *Götz* (Schutz 394), wonach die Beiziehung eines neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten nur in Gestalt des Einsatzes mittelbarer Beweismittel zulässig sei.

²⁹⁴⁶ In diesem Sinn auch *Werner* in FS-Pfeiffer 832.

umfassten Tatsachen in das Verfahren geschützt einführen kann. Damit wird eine ungebührliche Einschränkung des rechtlichen Gehörs des Beweisführers verhindert und gleichzeitig gewährleistet, dass das Gericht volle Kognitionsbefugnis hat. Die Problematik eines derartigen Modells liegt zum einen in seiner praktischen Ausgestaltung, weil es eine *Zweiteilung* des Prozessstoffes erforderlich macht. Neben dem *offenen* Teil des Verfahrens, der der Naturalpartei unbeschränkt zur Verfügung steht, liegen vertraulich zu behandelnde Aktenbestandteile (Urkunden, Protokolle, Schriftsätze etc) vor, deren Einsicht dem Beweisführer – nicht aber seinem Vertreter – verschlossen bleibt oder bei denen mit einer »Schwärzung« vorzugehen sein wird. In weiterer Folge wird es in der Regel wohl notwendig sein, eine vertrauliche und eine nicht vertrauliche Fassung der Sachentscheidung herzustellen. Auch die Rechtsmittel des Vertreters werden dem Beweisführer nötigenfalls nur in »zensurierter Fassung« vorzulegen sein. Schließlich erscheint die Gestaltung des Verhältnisses zwischen der ausgeschlossenen Partei und einem ihr gegenüber (!) zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertreter eine Herausforderung. Ungeachtet dieser eher technischen und praktischen Probleme ist der Ansatz, die effektive Rechtsdurchsetzung von berechtigten Ansprüchen bei *gleichzeitiger* Einschränkung des rechtlichen Gehörs sicherzustellen, womit der Schutz anerkannter Geheimnisse (etwa ein Unternehmensgeheimnis) gewahrt bleiben kann, ein gangbarer Weg, um die grundrechtliche *praktische Konkordanz* herzustellen, wenn ein Vertreter als ausgleichende Maßnahme agieren kann, um die Rechte der ausgeschlossenen Partei zu wahren.

972 Denkbar sind im Wesentlichen zwei Varianten dieses Modells: Zum einen ist vorstellbar, dass die nicht beweisbelastete Partei die vertraulichen Informationen nur gegenüber dem Gericht und dem *frei gewählten* Vertreter des Gegners offenbaren muss, während die gegnerische Naturalpartei insoweit vom Verfahren ausgeschlossen wird. Zum anderen ist zu überlegen, ob der Vertreter (etwa ein Sachwalter, Kurator, Pfleger etc), der Zugang zum vertraulichen Teil des Verfahrens hat, *gerichtlich bestellt* wird, und dort die Rechte der Naturalpartei wahrnimmt, während die Naturalpartei und ein allfälliger gewillkürter Vertreter (zB ihr Rechtsanwalt) insoweit ausgeschlossen sind.

B. Ein zur Verschwiegenheit verpflichteter gewillkürter Vertreter?

973 Teile des Schrifttums schlagen vor, dass die ausgeschlossene Naturalpartei durch ihren frei gewählten Rechtsanwalt (oder Patentanwalt) vertreten werden soll, der sich verpflichtet, über bestimmte Wahrnehmungen selbst seinem Mandaten gegenüber Stillschweigen zu bewahren.²⁹⁴⁷ Auch die Vertreter der (deutschen) An-

2947 Vgl etwa Ahrens, Beweis, Kap 7 Rz 75 [»gerichtlich anzuordnende Informationssperre (chinese wall) zwischen anwaltlichem Prozessvertreter und einer Naturalpartei«], dies allerdings im Gegensatz zu

waltschaft erachten (im Zusammenhang mit der Umsetzung der *Know-how-RL*) die Durchsetzung der gebotenen Geheimhaltung bezüglich relevanter Umstände ausschließlich dadurch umsetzbar, den anwaltlichen Vertretern Zugang zu allen vertraulichen Umständen zu verschaffen und »*diese bis auf weiteres zur Geheimhaltung gegenüber ihrer Partei zu verpflichten.*« Dabei wird mit den Erfahrungen in Patentverletzungsprozessen nach dem *Düsseldorfer Modell* argumentiert (vgl FN 1641), das geeignet sei, das Spannungsverhältnis zwischen Aufklärungsinteresse und Geheimnisschutz praktikabel aufzulösen.²⁹⁴⁸

Abgesehen davon, dass sich eine Partei nicht in jedem Zivilprozess zwingend vertreten lassen muss, gibt es schon grundsätzlich Bedenken, der nicht beweisbelasteten Partei die Offenbarung ihres Geheimnisses gegenüber dem gegnerischen Vertreter zuzumuten.²⁹⁴⁹ Das betrifft insb (aber nicht nur) Rechtsanwältinnen. Der Anwalt hat die Rechte seiner Partei gegen jedermann »mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit« zu vertreten (§ 9 Abs 1 RAO). Dieses Vollmachtsverhältnis gründet sich auf ein schützenswertes,²⁹⁵⁰ persönliches,²⁹⁵¹ notwendiges und besonderes²⁹⁵² Vertrauensverhältnis zwischen dem Anwalt und dem Mandanten.²⁹⁵³ Das Vertrauensverhältnis ist standesrechtlich vor Störungen des Gegenanwalts geschützt.²⁹⁵⁴ Auch die gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflichten der Rechtsanwältinnen schützen das »*besondere Vertrauensverhältnis mit ihren Klienten*«²⁹⁵⁵ als »*spezifisches Vertrauensverhältnis im Bereich der Dienstleistungserbringung*«.²⁹⁵⁶ »Vornehmste Berufspflicht des Rechtsanwalts ist die Treue zu seiner Partei« (vgl § 10 der RL-BA 1977).²⁹⁵⁷ Der Umstand, dass das Mandat auf dem Vertrauen des Mandanten basiert,

974

seinem Vorschlag zu GRUR 2005, 839 [»*Parteiöffentlichkeit durch Ausschluss des Antragstellers und seines frei gewählten Rechtsvertreters einzuschränken*«]; Grabinski/Zülch in Benkard⁴¹ § 139 PatG 1970 Rz 123 [»*So könnte es im Einzelfall möglich und zumutbar sein, wenn der Kläger bei einer Betriebsbesichtigung nur durch Rechtsanwalt und/oder Patentanwalt vertreten ist, die sich verpflichten, über bestimmte Wahrnehmungen Stillschweigen zu bewahren.*«]; Kühnen, GRUR 2005, 191; Leppin, GRUR 1984, 697 f; tendenziell bejahend auch Rojahn in FS-Loewenheim 260, die allerdings ein »*Unbehagen an der Situation*« einräumt.

2948 Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 6.

2949 Vgl zB Melullis in FS-Tilmann 853 f; Schweikhardt, GRUR 1962, 124; Stürner, Aufklärungspflicht 224; Stürner, JZ 1985, 459.

2950 2 Ob 61/13d.

2951 RIS-Justiz RS0055793.

2952 2 Ob 543/86.

2953 20 Os 4/15m.

2954 20 Os 15/15d.

2955 10 Ob 91/00f; 14 Os 86/15a; 22 Os 8/15i [»*Wer sich einem Rechtsanwalt in der Absicht, von diesem vertreten zu werden, anvertraut oder ihm Unterlagen übergibt, hat einen Anspruch darauf, dass seine dem Rechtsanwalt gemachten Mitteilungen und überhaupt alles, was ihm in welcher Weise immer in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt wurde, durch das Berufsgeheimnis gedeckt ist; und zwar in jedem Fall, deshalb auch dann, wenn der Rechtsanwalt die Übernahme der ihm zgedachten Angelegenheit ablehnen sollte.*«].

2956 Frauenberger in Fasching/Konecny³ § 321 ZPO Rz 16 mwN; 4 Ob 228/04i.

2957 1 Ob 114/99t.

kommt auch insoweit zum Ausdruck, dass der Mandant nach eingehender Beratung und Belehrung die Entscheidung über die jeweils zu treffenden Einzelmaßnahmen dem Anwalt überlässt.²⁹⁵⁸ Den Äußerungen des Anwalts liegen Informationen des Mandanten zugrunde, die damit gefiltert in das Verfahren eingebracht werden. Oft passt zwischen dem Anwalt und seinen Mandanten kein Löschblatt; eine »chinese wall«²⁹⁵⁹ zwischen Anwalt und dem Vertretenen erscheint deshalb schwer vorstellbar.²⁹⁶⁰

975

Sollte der Vertreter nun gegenüber seinem Mandanten verpflichtet werden, die für den Verfahrensausgang relevanten Umstände zu verschweigen, wäre das Vertrauensverhältnis einer starken Belastungsprobe ausgesetzt,²⁹⁶¹ die Informationssperre wird einen Anwalt in vielen Fällen überfordern.²⁹⁶² *Schöberl*²⁹⁶³ hat dazu bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass der Anwalt in die schwierige Lage versetzt werde, seinen Mandanten *einerseits* umfassend aufzuklären und zu beraten, *andererseits* aber auch – teils rechtlich – relevante Details zu verschweigen.²⁹⁶⁴ Die Auferlegung einer Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem eigenen Mandanten widerspricht dem Berufs- und Tätigkeitsbild des Anwaltes.²⁹⁶⁵ Der Naturalpartei könnte die Rechtslage nicht mehr unbefangen dargelegt werden, diese wäre gezwungen, ihrem Anwalt »blind« zu vertrauen. Auch der Rechtsanwalt befände sich in vielen Fällen in einem Gewissenskonflikt, etwa bei einem Prozessverlust, den er der Partei wegen der Verschwiegenheitspflicht schwer(er) erklären kann. Zudem kann etwa bei einem Großkunden nicht ausgeschlossen werden, dass dieser Druck auf den Rechtsvertreter ausübt. Gegen das Gesagte könnte allerdings eingewandt werden, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts auch sonst gesetzlichen Vorgaben zu

2958 6 Ob 226/97x.

2959 *Ahrens*, Beweis, Kap 7 Rz 75.

2960 IdS auch *Mellullis* in FS-Tilmann 853f. Ebenso für das Verwaltungsverfahren: *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² § 312 Rz 198.

2961 Vgl die anwaltliche *Pflicht* zur Unterrichtung des Mandanten nach § 11 der deutschen Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA):

§ 11 Mandatsbearbeitung und Unterrichtung des Mandanten

(1) Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, das Mandat in angemessener Zeit zu bearbeiten und den Mandanten über alle für den Fortgang der Sache wesentlichen Vorgänge und Maßnahmen unverzüglich zu unterrichten. Dem Mandanten ist insb von allen wesentlichen erhaltenen oder versandten Schriftstücken Kenntnis zu geben.

(2) Anfragen des Mandanten sind unverzüglich zu beantworten.

2962 *Mellullis* in FS-Tilmann 853, aA *Beckhaus* (Bewältigung 382), der darauf verweist, dass die Erreichung des Prozessserfolgs vorrangige Aufgabe des Anwalts sei. Sei dieses Ziel nur im Wege des Verschweigens bestimmter Umstände möglich, trete die Unterrichtungspflicht insoweit zurück. Diese Argumentation übersieht, dass auch ein Bruch der Verschwiegenheitspflicht das Prozessziel nicht zwingend verhindert, zumal eine derartige Verletzung kaum nach außen dringen wird.

2963 ÖJZ 2005, 294.

2964 Vgl auch *Stadler*, NJW 1989, 1204; abl auch *Lachmann*, NJW 1987, 2209 und *Schlosser* in FS-Großfeld 1010.

2965 *Mellullis* in FS-Tilmann 853; ähnlich auch *Malmström*, Schutz 230, nach der dieser Widerspruch »aus Verhältnismäßigkeitserwägungen« jedoch hinzunehmen sei.

entsprechen hat, zB hat der Rechtsanwalt Regeln gegen Geldwäscherei entgegen den Interessen des Mandanten zu beachten. Es handelt sich hier freilich um gesetzliche Vorgaben, bei denen der Mandant wenig schützenswert erscheint. Eine solche Situation ist mit der hier zu diskutierenden Problematik nicht ganz zu vergleichen. Bei der Anwaltslösung ist zudem nicht nur isoliert die Sicht der vertretenen Partei, sondern – wie oben bereits erwähnt – vor allem auf die Situation des Gegners Bedacht zu nehmen. Hier erschiene die Anwaltslösung besonders problematisch. Es ist nicht auszuschließen, dass selbst ein seriös agierender Anwalt die Interessen seiner Partei in Einzelfällen höher bewertet als die Verschwiegenheitspflicht zugunsten des Prozessgegners und deshalb die Geheimnisse bewusst oder nur unbeabsichtigt weitergibt.²⁹⁶⁶ Selbst wenn Anwälte in vielen Fällen die Geheimnisse wahren, wird gerade der nicht beweisbelastete Prozessgegner diesbezüglich misstrauisch sein. Die psychologische Schwäche eines möglichen Modells, das vertrauliche Umstände zwar vor der Naturalpartei, nicht aber vor ihrem Vertreter schützt, kann es dem Prozessgegner demnach unzumutbar machen, umfassend zu kooperieren und zugunsten des Beweisführers Unternehmensgeheimnisse ins Verfahren einzuführen, die jedenfalls dem Gegenanwalt bekannt werden. Das beschriebene Modell ist daher nicht geeignet, die Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei durch eine geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen zu fördern.

C. Ein zur Verschwiegenheit verpflichteter gerichtlich bestellter Vertreter?

Schützt man im Zusammenhang mit relevanten Umständen die Unternehmensgeheimnisse einer Partei vor dem Gegner *und* dessen Vertreter, müssen die Interessen der ausgeschlossenen Partei anderwärtig gesichert werden. Eine solche anderwärtige Sicherung als Ausgleich zur Einschränkung der Parteiöffentlichkeit postuliert die Judikatur des EGMR zu Art 6 EMRK. *Stadler* hat in diesem Zusammenhang folgerichtig damit argumentiert, dass der Richter in weitem Maß gezwungen wäre, einseitig Hilfestellung zu leisten, wenn im Geheimverfahren (sonst) niemand die Interessen der ausgeschlossenen Partei wahren dürfe (Fragerecht, weiterführende Beweisangebote). Es bestehe die Gefahr, dass sich der Richter dann dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen müsse.²⁹⁶⁷ Die in der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit vertretene Ansicht, dass das Gericht die neutrale Person sei, die den Ausschluss einer Partei kompensieren könnte (vgl Rz 866), ist im Zivilprozess

976

²⁹⁶⁶ *Stadler*, Schutz 246. AA *Leppin* GRUR 1984, 697, der aber auch von der schwer einzuhaltenden Grenze zwischen strikter Geheimhaltung und unbewusster Verwertung spricht.

²⁹⁶⁷ *Stadler*, NJW 1989, 1204; ihr folgend *Malmström*, Schutz 231.

kein gangbarer Weg. Für die Befundaufnahme (bzw Besichtigung) durch einen Sachverständigen verweist wiederum *Rojahn* zu Recht darauf, dass die umfassende Feststellung des Sachverhalts die Teilnahme eines Vertreters der ausgeschlossenen Partei erfordert.²⁹⁶⁸

977 Zur erforderlichen Vertretung der ausgeschlossenen Naturalpartei bietet sich somit die Bestellung eines Vertreters *durch das Gericht* an. In diesem Zusammenhang spricht *Stadler* zutreffend davon, dass die Partei im Geheimverfahren »*durch einen anderen Anwalt vertreten werden muss.*« Um einen unerfreulichen Streit über die Seriosität eines von der Partei selbst ausgewählten Anwalts zu vermeiden, sei der »*anwesenheitsberechtigte Anwalt wie ein Sachverständiger vom Gericht auszuwählen.*«²⁹⁶⁹ Auch *Ploch-Kumpf* fordert die gerichtliche Bestellung eines Vertreters.²⁹⁷⁰ Ähnliches ist aus dem rechtspolitischen Vorschlag von *Ahrens* abzuleiten, der den Ausschluss der Naturalpartei *und* ihres gewählten Vertreters mit der gerichtlichen Bestellung eines zur Verschwiegenheit zu verpflichtenden Rechtsanwalts oder Patentanwalts ausgleichen will.²⁹⁷¹ Auch *Rojahn*, die zwar grundsätzlich die Anwesenheit des gewillkürten Vertreters befürwortet, zieht dem »*die Einschaltung eines neutralen Anwalts*« vor.²⁹⁷² Einen vermittelnden Ansatz vertritt *Beckhaus*. Er befürwortet an sich den Einsatz des gewählten Vertreters, der zur Verschwiegenheit gegenüber der Naturalpartei verpflichtet sei. Allerdings komme die gerichtliche Bestellung eines »kommissarischen« Prozessvertreters in Betracht, wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit des Anwalts der Naturalpartei sprechen. Der ausgeschlossenen Partei sei dabei ein Vorschlags- und Ablehnungsrecht einzuräumen. Nimmt sie dies nicht in Anspruch, sei ihr amtswegig ein Prozessvertreter beizuordnen.²⁹⁷³

978 Die Vorschläge der Lehre fielen in der deutschen Judikatur bereits auf fruchtbaren Boden. In einer Entscheidung des BGH wurde die Zulässigkeit eines solchen Modells für das deutsche Prozessrecht – und zwar bereits *de lege lata!* – bejaht. Demnach bestehe die Möglichkeit, dass das Gericht einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bei der Beweisaufnahme als Vertreter der (*in casu* bei einem Betriebsversuch) ausgeschlossenen Naturalpartei zum Schutz der gefährdeten Betriebsgeheimnisse des Gegners zulässt.²⁹⁷⁴ Der Sachverständige wurde dabei vom Gericht ausdrücklich zur Verschwiegenheit gegenüber der eigenen Partei

2968 *Rojahn* in FS-Loewenheim 261.

2969 *Stadler*, Schutz 247; ähnlich wohl (für den Fall, dass der Beweisführer eigene Geheimnisse geschützt einführen will) *Stürner* in FS-Vollkommer 215 [»*schweigepflichtiger Sachverständiger*«].

2970 *Ploch-Kumpf*, Schutz 210 f, 220.

2971 *Ahrens*, GRUR 2005, 839.

2972 *Rojahn* in FS-Loewenheim 261 (unter Bezugnahme auf den im britischen Recht zur Durchführung der Search Order bestellten Supervising Solicitor).

2973 *Beckhaus*, Bewältigung 380 ff.

2974 I ZR 230/12 GRUR 2014, 578.

verpflichtet. Nach Ansicht des BGH wäre die Weigerung des Gegners, den Betriebsversuch durchzuführen, gegebenenfalls als Beweisvereitelung anzusehen. Ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger, der vom Gericht ausdrücklich zur Verschwiegenheit gegenüber der eigenen Partei verpflichtet wird, handle grob pflichtwidrig, wenn er seiner Partei dennoch Betriebsgeheimnisse des Prozessgegners mitteilt. Ein derart grob pflichtwidriges Verhalten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen könne nicht unterstellt werden. Der Sachverständige befinde sich nicht in einem Konflikt zwischen gerichtlicher Anordnung und seinen Vertragspflichten gegenüber dem Auftraggeber, weil ihm der Auftrag von vornherein nur beschränkt durch die gerichtliche Anordnung erteilt werden kann.

Die Entscheidung ist aus *rechtspolitischer* Sicht auch für das österreichische Prozessrecht zu begrüßen, zumal sie sich mit der hier vertretenen Ansicht deckt, dass einer Partei die prozessuale Kooperation durch den Einsatz eines *gerichtlich bestellten* Funktionsträgers eher zuzumuten ist als bei Teilnahme des gewillkürten Vertreters des (ausgeschlossenen) Gegners. Allerdings erscheint die Anwendung eines solchen Modells *de lege lata* schwer denkbar. Vor der Naturalpartei müsste das Geheimnis nämlich nicht nur bei der eigentlichen Beweisaufnahme, sondern auch im weiteren Verfahrensverlauf geschützt werden, worauf umfassend Bedacht zu nehmen wäre. Das betrifft etwa die Akteneinsicht, die Fassung des Protokolls und der Entscheidung, das Zusammenspiel Kurator/gewillkürter Parteienvertreter oder das Rechtsmittelverfahren.

979

Die gerichtliche Bestellung eines Vertreters und sein Einsatz neben der zum Teil ausgeschlossenen Naturalpartei (bzw ihres gewählten Vertreters) klingen damit auf den ersten Blick kompliziert und technisch schwer umsetzbar. *De lege ferenda* ist der Einsatz eines gerichtlich bestellten Vertreters jedoch durchaus sinnvoll, um die grundrechtlichen Vorgaben und das Spannungsfeld Kooperation und Geheimnisschutz bestmöglich aufzulösen. Ein solches Modell wäre keine *gänzliche* Neuschöpfung, um widerstreitende Interessen im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör und effektivem Rechtsschutz zu berücksichtigen. Wohl sieht die ZPO keinen Einsatz eines gerichtlich bestellten Vertreters vor, um damit einen teilweisen rechtlichen Ausschluss einer (Natural-)Partei vom Verfahren zu rechtfertigen. Die ZPO kennt allerdings mit dem *prozessualen Abwesenheitskurator* schon seit ihrer Stammfassung ein Institut, mit dem die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche gegen Personen ermöglicht wird, die sich (wegen unbekanntem Aufenthalts) am Verfahren nicht beteiligen (können). Im Hinblick auf den zu wahren Anspruch auf Justizgewährung und effektive Rechtsdurchsetzung wird das rechtliche Gehör des Abwesenden beschränkt, wobei diese Beschränkung durch den Kurator ausgeglichen wird. Der Einsatz des Kurators ermöglicht daher *einerseits* die effektive Rechtsdurchsetzung und wahrt *andererseits* das rechtliche Gehör des Abwesenden.

980

- 981** Es wird hier nicht verkannt, dass die Institution des Abwesenheitskurators nicht 1:1 mit der Idee eines Geheimhaltungskurators verglichen werden kann. Wenn der durch den Kurator vertretene Kurand wiederauftaucht, kann dieser jederzeit voll in das Verfahren einsteigen. Der Kurator ist ihm voll auskunftspflichtig. Gerade das soll zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen des Prozessgegners aber bei einem zur Verschwiegenheit verpflichteten gerichtlich bestellten Vertreter vermieden werden. Dessen ungeachtet liegen bei der Abwesenheitskuratel wegen des von widerstreitenden Grundrechten (rechtliches Gehör/effektive Rechtsdurchsetzung) geprägten Spannungsfelds Parallelen zur hier vertretenen Idee eines »Geheimniskurators« vor. In beiden Fällen soll durch den Einsatz eines Vertreters einer (faktisch bzw rechtlich) ausgeschlossenen Naturalpartei das rechtliche Gehör *und* gleichzeitig der Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung gewährleistet werden. Das Modell des prozessualen Abwesenheitskurators erscheint als gelungenes Beispiel für einen Ausgleich widerstreitender Interessen im Bereich des Art 6 EMRK (Art 47 GRC). Ein solcher Ausgleich durch eine harmonische Auflösung eines Spannungsfelds wäre für die hier zu untersuchende Problematik widerstreitender Interessen auf Geheimhaltung, Gehör und effektive Rechtsdurchsetzung anzustreben. Ungeachtet der sich aufdrängenden Unterschiede zwischen der Abwesenheitskuratel und einem »Geheimniskurator« ist die dem § 116 ZPO zugrundeliegende Grundrechtskollision zwischen rechtlichem Gehör und effektivem Rechtsschutz mit der hier untersuchten Frage nach der praktischen Konkordanz der betroffenen Grundrechtspositionen durch geschützte Verwertung von Geheimnissen wertungsmäßig vergleichbar.
- 982** Zusätzlich zu den oben dargelegten Argumenten (Rz 979) spricht aber das bestehende Regelwerk über die Kuratel dagegen, eine Art Geheimhaltungskurator bereits *de lege lata* zu bejahen. Mit dem gesetzlich vorgesehenen Einsatz von Kuratoren sind Beschränkungen der Rechtsstellung des Kuranden verbunden, die einer extensiven Auslegung oder einer analogen Anwendung vergleichbarer Regelungen Einhalt gebieten. Hier wird nicht übersehen, dass es umfassender Regelungen für die Gestaltung des weiteren Verfahrens bedarf, um die geschützte Verwertung von Geheimnissen zu ermöglichen. Dabei müsste auf jene Aspekte Rücksicht genommen werden, die nach heutiger *einfachgesetzlicher* Rechtslage einem derartigen Geheimverfahren im Wege stehen.²⁹⁷⁵ Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, darauf näher einzugehen, zumal – auch im Zusammenhang mit der Umsetzung der *Know-how*-RL – keinerlei Hinweise vorliegen, dass der Gesetzgeber ein Vertretermodell in Betracht zieht.
- 983** Aufgrund der Entscheidung des EuGH zu C-112/13, *Aliyev*, soll hier (ausdrücklich) als *Exkurs* für den Bereich des Abwesenheitskurators geprüft werden, ob die Vertretung durch einen Kurator aus grund- und verfassungsrechtlicher Sicht

²⁹⁷⁵ Vgl zB *Beckhaus*, Bewältigung 382 f mwN und die im 5. Teil dargelegten Einwände.

Bedenken begegnet. Gerade die jüngst im Zusammenhang mit dem österreichischen prozessualen Abwesenheitskurator ergangene Entscheidung des EuGH könnte Anlass bieten, eine Kuratorlösung zum Schutz von Geheimnissen abzulehnen. Der EuGH hat in dem von der (Un-)Zuständigkeit geprägten Urteil missverständlich ausgesprochen, dass der abwesende Kurand, der vom Verfahren (naturgemäß) keine Kenntnis hatte, durch den Kurator *nicht wirksam verteidigt* werden könne, wobei ua auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art 47 GRC) hingewiesen wurde. Dieser Themenkomplex soll im Folgenden näher untersucht werden, zumal aus der Entscheidung abgeleitet werden könnte, dass ein Abwesenheitskurator die Rechte des abwesenden Kuranden nach Art 6 EMRK nicht ausreichend wahrt. Es ist nicht auszuschließen, dass sich derartige Aussagen abseits des eigentlichen Anlassfalls verselbständigen, weshalb aufgezeigt werden soll, dass das Institut des prozessualen Abwesenheitskurators ungeachtet des fehlenden Kontakts nach wie vor geeignet ist, widerstreitende Interessen in Einklang zu bringen. Daraus lässt sich für das hier bevorzugte Modell eines zur Verschwiegenheit verpflichteten gerichtlich bestellten Vertreters quasi im Größenschluss ableiten, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs bei einer Vertretung durch einen solchen »Geheimhaltungskurator« nicht zwingend verletzt werden muss. Wenn sogar ein Abwesenheitskurator – wie hier behauptet – die abwesende Partei wirksam vertreten kann, obwohl *keinerlei* Kontakt besteht und der Kurator die Rechtssache mit dem Kuranden wegen dessen Abwesenheit nicht erörtern kann, muss eine wirksame Vertretung umso mehr bei einem Vertreter bejaht werden können, der eine nur partiell ausgeschlossene Partei unter dem Gebot der Verschwiegenheit vertritt, wobei es der Partei aber sonst möglich ist, sich im Verfahren zu beteiligen. Würde hingegen der Einsatz eines Abwesenheitskurators die prozessualen Rechte des Kuranden verletzen, könnte es allenfalls problematisch sein, den (partiellen) Ausschluss des Beweisführers zugunsten von Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei mit dem Einsatz eines »Geheimniskurators« zu rechtfertigen, der die Rechte der ausgeschlossenen Partei im vertraulichen Teil des Verfahrens wahren soll und ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

D. Exkurs: Vorbild prozessualer Abwesenheitskurator unter dem Lichte der Aliyev-Entscheidung?

1. Allgemeines zum Kurator

Im materiellen und formellen Recht werden Kuratoren mannigfaltig eingesetzt.²⁹⁷⁶ Dabei sind im Wesentlichen zwei Gruppen zu unterscheiden. Zum einen soll der

984

²⁹⁷⁶ Dazu umfassend *Mondel*, Kuratoren² passim.

Kurator handlungs- oder *prozessunfähige* (auch abwesende) Personen vertreten und damit die Interessen dieser Personen wahren bzw *gleichzeitig* auch Dritte schützen, die gegenüber diesen Personen wirksam Rechts- oder Prozesshandlungen setzen wollen.²⁹⁷⁷ Zum anderen kommt der Kurator bei möglichen *Interessenskollisionen* mehrerer Personen zum Einsatz.²⁹⁷⁸ Beim Kollisionskurator bilden sich beide Aspekte ab: Hier darf der eigentliche Vertreter einer handlungsunfähigen Person diese deshalb nicht vertreten, weil sonst seine Interessen mit jenen des Vertretenen kollidieren würden (§ 277 Abs 2 1. Fall ABGB) oder der Vertreter mehrere Personen vertritt, deren Interessen kollidieren könnten (§ 277 Abs 2 2. Fall ABGB).

985

Die Bestimmungen zur Kuratel haben den Entzug von Individualberechtigungen durch den Einsatz eines Dritten (nämlich des Kurators) zur Folge, wobei der Kurator die Interessen des Kuranden wahrnimmt, ohne dass es darauf ankommen kann, ob die vertretene Person dem zustimmt. Die Abwesenheitskuratel ist besonders davon geprägt, dass eine nach außen wirksame Interessenswahrung durch einen Kurator zulässig ist, obwohl der Kurand »an sich« eine handlungs- bzw prozessfähige Person ist. Wie auch die Kuratorbestellung bei einer Interessenskollision mehrerer (handlungsfähiger) Personen²⁹⁷⁹ unterscheidet sich damit die Situation des Abwesenheitskurators vom sonstigen Bereich der Kuratel iwS, bei dem eine Willenserklärung des Vertretenen kategorisch oder zumindest weitgehend ausgeschlossen ist (zB bei der noch nicht geborenen Nachkommenschaft, der Leibesfrucht, der nicht vertretenen Verlassenschaft, bei einem Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen etc) und er der vom Gericht angeordneten Vertretung schon deshalb gar nicht (bzw nicht wirksam) widersprechen könnte. Der schmale Grat

²⁹⁷⁷ Zu denken ist dabei an den Prozesskurator für eine prozessunfähige Partei nach § 8 ZPO (ähnlich auch § 5 Abs 2 AußStrG), den prozessualen Abwesenheitskurator nach § 116 ZPO (ähnlich auch § 5 Abs 2 AußStrG), den Kurator des unbekanntem Gegners bei der Beweissicherung nach § 386 Abs 3 ZPO, den Kurator für die ungeborene Nachkommenschaft oder für die Leibesfrucht (Posteritätskurator oder Substitutionskurator nach § 277 Abs 1 Z 1 und 2 ABGB; ähnlich auch § 5 Abs 2 AußStrG), den allgemeinen Abwesenheitskurator (§§ 277 Abs 1 Z 3 iVm Abs 3 ABGB, vgl auch § 230 EO für Gläubiger unbekanntem Aufenthalts), den Verlassenschaftskurator (§ 690 ABGB, § 811 ABGB, vgl auch § 156 AußStrG), den Separationskurator (§ 812 ABGB, vgl auch § 175 AußStrG), den Saumsalkurator (§ 79 Abs 2 Z 5 AußStrG), den Kurator für Personen, denen das Versteigerungsedikt nicht rechtzeitig zugestellt werden kann (§ 174 EO) oder den Kurator, der Rechte aus bei Gericht erliegenden Papieren geltend macht (§ 297 Abs 3 EO).

Ähnliche Institute sind auch außerhalb des Kuratorenrechts zu beobachten. Hier sind vor allem der Gerichtliche Erwachsenenvertreter für bestimmte beeinträchtigte Personen (§ 271 ABGB) oder der Notgeschäftsführer nach § 15a GmbH zu nennen.

²⁹⁷⁸ Zu erwähnen sind hier der Kurator nach § 310 Abs 4 und § 314 EO zur Einziehung einer für mehrere Gläubiger gepfändeten Forderung und vor allem der Kurator nach dem TSchVG 1874 (Kuratorengesetz) zur Geltendmachung der gemeinsamen Rechte der Besitzer von Teilschuldverschreibungen (vgl jüngst 4 Ob 176/15h). Ähnliches gilt für vergleichbare Einrichtungen. Erwähnt sei der gemeinschaftliche Zustellbevollmächtigte, wenn eine Prozesshandlung durch oder gegen mehrere Personen vorzunehmen ist, die keinen gemeinschaftlichen Vertreter haben (§ 97 ZPO).

²⁹⁷⁹ ZB beim Kurator nach § 310 Abs 4 und § 314 EO zur Einziehung einer für mehrere Gläubiger gepfändeten Forderung und vor allem beim Kurator nach dem TSchVG 1874.

zwischen wirksamer und unwirksamer Vertretung wird deshalb besonders bei der Abwesenheitskuratel deutlich; eine zu Unrecht erfolgte Bestellung eines Abwesenheitskurators tangiert stets die Rechte des Kuranden auf Privatautonomie (im Zivilrecht) bzw auf rechtliches Gehör (im Verfahren).

2. Funktion der Abwesenheitskuratel im Spannungsfeld des Art 6 EMRK

Der Umstand, dass sich die aus Art 6 EMRK (bzw Art 47 GRC²⁹⁸⁰) abzuleitenden prozessualen Grundrechte, insb das *Recht auf ein faires Verfahren* und das *Recht auf Justizgewährung* (bzw effektive Rechtsdurchsetzung) gleichrangig gegenüberstehen,²⁹⁸¹ erfordert in vielen Fällen²⁹⁸² eine Abwägung widerstreitender Interessen der Prozessparteien.²⁹⁸³ Ein derartiges Spannungsfeld, das aus den widerstreitenden Interessen auf rechtliches Gehör und auf effektive Rechtsdurchsetzung resultiert, wird bei der Frage deutlich, inwieweit es einer Partei möglich sein soll, Ansprüche gegen ihren abwesenden Schuldner auf prozessualen Wege durchzusetzen. Hier kollidiert der Anspruch auf Justizgewährung des Gläubigers mit dem Recht auf ein faires Verfahren und Gehör des Abwesenden. Die Bestellung des prozessualen Abwesenheitskurators nach § 116 ZPO²⁹⁸⁴ hat das Ziel, das Spannungsfeld dieser beiden zentralen prozessualen Grundrechte des Art 6 EMRK (bzw Art 47 GRC) unter Berücksichtigung widerstreitender Interessen harmonisch aufzulösen.²⁹⁸⁵ Mit seinem Urteil vom 11.9.2014 zu C-112/13, *Aliyev* greift der EuGH in dieses Gefüge freilich ein. Diese Entscheidung stärkt das rechtliche Gehör der abwesenden Partei zulasten des Justizgewährungsanspruchs ihres Gegners und relativiert die Vertretungsmacht des Kurators stark. Im Folgenden soll analysiert werden, inwieweit das österreichische Kuratorensystem unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben (noch) geeignet ist, das geschilderte Spannungsfeld aufzulösen.

986

3. Justizgewährung bei abwesendem Gegner

§ 116 ZPO ermöglicht zum einen dem Gegner des Abwesenden in Umsetzung des Justizgewährungsanspruchs bzw des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz, seine

987

2980 Beide Normen entsprechen einander inhaltlich. Fällt ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, ist – nach Ansicht des EuGH – die GRC anzuwenden, sonst die EMRK (vgl EuGH 15.11.2011, C-256/11, *Dereci* ua Rz 72 zum Verhältnis Art 7 GRC und Art 8 EMRK).

2981 ZB EuGH 17.11.2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner* Rz 49 ff.

2982 Eben auch im hier zu untersuchenden Umgang mit den Geheimhaltungsinteressen von Parteien, die den effektiven Rechtsschutz und/oder das rechtliche Gehör anderer Parteien tangieren.

2983 Vgl etwa EGMR 10.4.2003, 69829/01, *Nunes Dias/Portugal*.

2984 Ein prozessualer Abwesenheitskurator ist ein Spezialfall eines materiellrechtlichen Abwesenheitskurators nach § 277 Abs 1 Z 3, Abs 3 ABGB, dessen Vertretungsmacht sich auf das jeweilige Verfahren bezieht, vgl RIS-Justiz RS0049230 (T1) und zuletzt etwa 7 Ob 51/16z.

2985 *Trenker*, ZfRV 2013, 214 [»Ausfluss einer legislativen Interessensabwägung«].

zivilrechtlichen Ansprüche in einem Verfahren geltend zu machen und diese dort effektiv durchzusetzen. Die *Durchsetzung eines zivilrechtlichen Anspruchs* darf nämlich nicht daran scheitern, dass der Verpflichtete unbekanntem Aufenthalts oder sonst nicht erreichbar ist. Das Verfahren kann somit »nicht einfach stillstehen, weil dies an Rechtsverweigerung zulasten des Klägers grenzen würde.«²⁹⁸⁶ Dies ungeachtet dessen, ob die abwesende Partei bewusst »untertaucht« und sich damit der gegen sie gerichteten Geltendmachung von Ansprüchen absichtlich entzieht.²⁹⁸⁷ Erst die Bestellung des Kurators macht eine Prozessführung gegen den von ihm vertretenen Abwesenden möglich. Wohl um die Vertretungsmacht des prozessualen Abwesenheitskurators im Zivilverfahren dogmatisch zu rechtfertigen, qualifiziert die hA eine zu Prozessbeginn *abwesende Partei* nämlich als *prozessunfähig*.²⁹⁸⁸ Wegen ihrer Abwesenheit (bzw postalischen Unerreichbarkeit)²⁹⁸⁹ ist es faktisch unmöglich, dass sie wirksame Prozesshandlungen setzt bzw dass solche des Gerichts oder des Gegners ihr gegenüber vorgenommen werden. Der Abwesende ist damit nicht fähig, selbständig vor Gericht zu handeln (§ 1 Abs 1 ZPO). Wegen der Kuratorbestellung kann nun über die vom Gegner geltend gemachten Ansprüche nach Durchführung eines Verfahrens in einer Sachentscheidung abgesprochen werden. Eine derartige Entscheidung ist letztendlich exekutierbar (sofern Vermögen des Abwesenden greifbar ist). Auch dann, wenn der Gegner ein exekutionsfähiges Leistungsurteil nicht anstrebt, sondern eine urteilsgemäße Rechtsgestaltung begehrt, erweist sich die Einrichtung des Prozesskurators als erforderlich, weil die angestrebte Gestaltungswirkung (etwa die Scheidung²⁹⁹⁰) an die Erlassung eines Urteils geknüpft wird, dem wiederum ein Verfahren vorausgehen muss. Auch die Erlangung eines Feststellungsurteils kann im rechtlichen Interesse der anwesenden Partei liegen.

2986 *Trenker*, ZfRV 2013, 214.

2987 Vgl zu einer solchen Konstellation 7 Ob 61/05d [»Entzieht sich eine Partei dem Verfahren bewusst und ist unbekanntem Aufenthaltes, so liegt in der Bestellung eines [...] Prozesskurators nach §§ 116ff ZPO, grundsätzlich noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs [...], wenn diese Voraussetzungen bis zur Bestellung weiter vorlagen.«].

2988 *Nunner-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 1 ZPO Rz 11; *Rassi*, RZ 1996, 215; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² [Vorauslage] II/1 § 1 ZPO Rz 8.

2989 Das Gesetz spricht in § 116 ZPO nur von der Unbekanntheit des Aufenthalts. Aus verfahrensrechtlicher Sicht macht es aber keinen Unterschied, ob eine Partei an einem Verfahren deshalb nicht beteiligt werden kann, weil ihr Aufenthaltsort unbekannt ist oder ihr trotz des bekannten Aufenthalts nicht zugestellt werden kann (vgl RIS-Justiz RS0049435). Der Abwesenheitsbegriff geht damit über die bloße Unbekanntheit des Aufenthalts hinaus und umfasst jeden Fall der postalischen Nichterreichbarkeit, die zur Folge hat, dass eine Partei nicht ins Verfahren einbezogen werden kann.

2990 Vgl RIS-Justiz RS0036486 oder RS0035289.

4. Rechtliches Gehör des Abwesenden

Im Hinblick auf das Gebot eines fairen Verfahrens müssen aber die entsprechenden Rechte des Abwesenden angemessen geschützt werden. Das geschieht in mehrfacher Hinsicht, wobei die Kuratel das rechtliche Gehör positiv oder negativ beeinflussen kann. Wenngleich das Gesetz für Personen, deren Abgabestelle unbekannt ist, eine bloße Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung vorsieht (§ 25 ZustG, § 115 ZPO), ist eine Kuratorbestellung nach § 116 ZPO immer dann zwingend,²⁹⁹¹ wenn der Abwesende eine Prozesshandlung vorzunehmen hätte, er insb geladen werden soll.²⁹⁹² Soll somit ein Prozess gegen den Abwesenden geführt werden, wird dieser durch den Kurator geführt,²⁹⁹³ der den rechtlichen Standpunkt des Kuranden im Prozess zu vertreten hat (*Gehörs-gewährung durch Kuratel*).²⁹⁹⁴ Verfahrensrechtlich entspricht die Position des Kurators jener der von ihr vertretenen Partei, die Handlungen des Kurators sind dem Abwesenden zuzurechnen.²⁹⁹⁵ Der nach § 116 ZPO bestellte Kurator ist dazu berufen, den Abwesenden bis zu dessen Auftreten im Verfahren zu vertreten.²⁹⁹⁶ Der Kurator hat sämtliche Anträge zu stellen, die die Rechtsposition des Abwesenden wahren. Er muss daher jene Prozesshandlungen setzen, die geeignet sind, das Prozessziel zu erreichen und im

988

2991 Es besteht somit kein Ermessen. *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ § 116 ZPO Rz 19.

2992 Daneben ist vor allem an befristete Prozesshandlungen zu denken, die eine Partei vornehmen muss, um ihre Rechtsposition zu bewahren (vor allem Rechtsmittel, Rechtsbehelfe, Äußerungen). Ausführlich *Trenker*, ZfRV 2013, 216.

2993 Die Materialien zur ZPO (I 240) weisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass der vielleicht schuldlos Abwesende vor Nachteilen soweit als möglich bewahrt werden müsse. Der historische Gesetzgeber knüpfte an die schon vor 1895 übliche Praxis bei der Anbringung einer Klage gegen abwesende Parteien an und dehnte den Anwendungsbereich für die Kuratel auch für den Fall aus, dass sich eine Partei bei sonstiger Gefahr eines materiellrechtlichen Präjudizes über das zuzustellende Schriftstück zu äußern oder sonst eine Prozesshandlung abzugeben hat.

2994 3 Ob 121/13k.

2995 *Knell*, Kuratoren 80; *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ § 116 ZPO Rz 7: »[...] alle Prozesshandlungen mit Wirkung für den Abwesenden (Vertretenen)«; *Trenker*, ZfRV 2013, 223 [»die Zurechnung der Prozesshandlungen eines zwar nicht vom Abwesenden, aber vom Gericht bestellten Abwesenheitskurator ist gerade Sinn und Zweck dieses Prozessrechtsinstituts.«]; 4 Ob 2351/96f; 8 Ob 184/02w: »Er ist gesetzlicher Vertreter des Abwesenden mit einem auf die Vertretung im Prozess umfänglich beschränkten Wirkungsbereich und darf daher in diesem Rahmen rechtswirksam alle Handlungen mit unmittelbarer Wirkung für den Abwesenden setzen.« 8 Ob 33/05v; 10 Ob 77/07g; RIS-Justiz RS0107115.

In diesem Sinn auch das Vorabentscheidungsersuchen des OGH zu 9 Ob 15/12i, das der Entscheidung EuGH 11. 9. 2014, C-112/13, *Aliyev*, zugrunde lag und in dem auf das Spannungsfeld des Justizgewährungsanspruch des Anwesenden zum Gehörsanspruch des Abwesenden plastisch hingewiesen wurde: »§ 116 ZPO sieht insoweit eine umfassende Vertretungsbefugnis vor. Dies kann zur Wahrung des Grundrechts der Kläger zur Gewährung eines angemessenen und effektiven Rechtsbehelfs (Art 47 GRC; Art 6 EMRK) geboten, aber auch zur Wahrung des Grundrechts des Beklagten auf rechtliches Gehör (ebenfalls Art 47 GRC; Art 6 EMRK) unzulässig sein.«

2996 Die Vertretungsmacht umfasst nach der zutreffenden Ansicht von *Trenker* auch doppel funktionelle Handlungen, die den Prozessgegenstand nicht überschreiten; *Trenker*, ZfRV 2013, 220.

Interesse des Vertretenen liegen. Der Kurator ist verpflichtet, alle rechtlichen Möglichkeiten auch bei nicht optimalen Erfolgsaussichten auszuschöpfen.²⁹⁹⁷

989

Auf der anderen Seite ist mit der Bestellung des Kurators ein Eingriff in das rechtliche Gehör des Abwesenden verbunden, weil sich dieser die Handlungen des Kurators zurechnen lassen muss, ohne auf die Bestellung Einfluss nehmen und mit dem Kurator in Kontrakt treten zu können (*Gehörsentzug durch Kuratel*). Der Umstand, dass der Kurator die Vertretung des Kuranden mangels persönlicher Kontaktaufnahme nur in einem beschränkten Ausmaß effektiv durchführen kann, zumal ihm selbst detaillierte Kenntnisse über den Gegenstand des Streits und die erheblichen Beweismittel fehlen werden, begründet *per se* noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Vielmehr ist eine solche Vertretung »mit angezogener Handbremse« dem System der Abwesenheitskuratel wesensimmanent. Ein Verfahren gegen einen durch einen Kurator vertretenen Abwesenden soll gerade deshalb geführt werden, weil dieser weder für das Gericht noch für den Gegner und damit auch nicht für den Kurator erreichbar ist.²⁹⁹⁸ Dieses Manko im Bereich der Gewährung des Gehörs muss im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gleichrangigen Justizgewährungsanspruch in Kauf genommen werden.²⁹⁹⁹ Eine Alternative zur Abwesenheitskuratel dahingehend, dass das Verfahren bis zum Auftauchen des Abwesenden stillstehen muss, ist wohl aus der Sicht des Abwesenden gehörfreundlicher, hätte aber einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das Recht auf Justizgewährung bzw auf effektive Rechtsdurchsetzung zur Folge. Im Sinne des gebotenen Ausgleichs widerstreitender Interessen sichert demgegenüber die Einrichtung der Abwesenheitskuratel die Interessen auf effektive Rechtsdurchsetzung *und* rechtliches Gehör. Der Kurator schützt im Verfahren die Interessen des Abwesenden und ermöglicht dem Anwesenden damit eine Klagsführung und die Erlangung eines Titels.³⁰⁰⁰

2997 Vgl *Rassi*, RZ 1997, 236. Gleichzeitig wurde in diesem Aufsatz bereits darauf verwiesen, dass der Kurator (auch im Interesse des Kuranden!) dann kein Rechtsmittel einlegen muss, wenn bei Würdigung aller Umstände dem Kuranden unterstellt werden kann, dass er keinesfalls ein Rechtsmittel eingelegt hätte (idS auch LG Feldkirch 3 R 186/13w). Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die zu bekämpfende Entscheidung einer absolut herrschenden Rechtsprechung und Lehre folgt und nur ältere, vereinzelt gebliebene Entscheidungen davon abweichen. Niemandem ist geholfen, wenn der Kurator »auch die kleinste Chance eines Erfolgs« wahrnimmt (idS aber LGZ Wien MietSlg 33.604, 40.740, 47.578, 59.546, 63.614 = WR 1096; *Nunner-Krautgasser in Fasching/Konecny*³ II/1 § 10 ZPO Rz 7), obwohl absehbar ist, dass das Rechtsmittel erfolglos bleiben wird (vgl LGZ Wien MietSlg 41.534, 49.597).

2998 Vgl etwa *Dokalik/Trauner*, RZ 2005, 216 [»[...] der Sinn der Kuratorenbestellung [liegt gerade] darin [...], dem Prozessgegner zur Durchsetzbarkeit seines Rechtsanspruches zu verhelfen, auch wenn die Gegenpartei abwesend ist.«].

2999 Aus unionsrechtlicher Sicht kann auch mit dem damit verwandten Effektivitätsgrundsatz argumentiert werden. Gerade der Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung erfordert eine Einrichtung wie die des Kurators, um dem Gegner des Kuranden die Durchsetzung der aus dem Unionsrecht abzuleitenden Rechte zu ermöglichen.

3000 Für den Fall, dass bei einer im Firmenbuch eingetragenen juristischen Person die Zustellung der Klage an der im Firmenbuch als für Zustellungen maßgeblich eingetragenen Geschäftsan-

5. Rechtsschutz bei Beststellungsfehler

Der Grat zwischen dem gerechtfertigten Eingriff in das rechtliche Gehör und der Verletzung von Art 6 EMRK ist durchaus schmal. Ein Gehörsentzug ist nur dann gerechtfertigt, wenn die dafür vorgesehenen Voraussetzungen eingehalten werden und entsprechende Sanktionen vorgesehen sind, wenn das nicht der Fall ist. Einer Gehörsverletzung im Zusammenhang mit der Kuratorbestellung wird nach der ZPO dabei präventiv und repressiv begegnet. Der *Verfasser* hat bereits an anderer Stelle³⁰⁰¹ umfassend herausgearbeitet, dass die Handlungen eines verfahrensrechtlichen Kurators den Abwesenden nur dann nicht (endgültig) binden, wenn die Bestellung erschlichen wurde oder der Bestellvorgang zu Unrecht erfolgt ist. Der im Zusammenhang mit der Kuratorbestellung vorgesehene Rechtsschutz (Bekämpfung des Bestellungsbeschlusses und der Sachentscheidung, allenfalls Nichtigkeitsklage) korreliert somit mit der (endgültigen) Vertretungsmacht des Kurators und stellt sicher, dass der mit der Bestellung verbundene Eingriff nur dann gerechtfertigt ist, wenn die gesetzlichen Vorgaben erfüllt sind. Dieser *Rechtsschutz* stärkt die Legitimation des Kurators, für den Kuranden *wirksame Prozesshandlungen* vorzunehmen, weshalb auch Sachentscheidungen gegen den durch den Kurator vertretenen Kuranden in *Rechtskraft* erwachsen und damit dauerhaft Bestand haben. Dies ungeachtet des Umstands, dass eine zu Unrecht erfolgte Bestellung noch nach Rechtskraft der Sachentscheidung mit Nichtigkeitsklage aufgegriffen werden kann bzw die neuerliche Zustellung der Sachentscheidung erreicht werden kann. Sieht man von den Fällen ab, bei denen der Kurator zu Unrecht bestellt wurde, bedeutet das, dass die vom Kurator vorgenommenen Prozesshandlungen gegenüber dem Kuranden und Dritten *endgültig wirksam* sind und nicht etwa vom Kuranden genehmigt werden müssen, wenn er später in das Verfahren eintritt.

schrift nicht bewirkt werden kann, weil dort keine Abgabestelle besteht, sieht § 92 ZPO sogar vor, dass die Zustellung ohne Bestellung eines Kurators durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen hat, sofern dem Gericht keine andere Abgabestelle bekannt ist. Alle weiteren zuzustellenden Schriftstücke sind bei Gericht zu hinterlegen bis eine Abgabestelle bekannt ist (vgl auch § 258 IO). Diese Vorgangsweise stellt zweifellos einen noch größeren Eingriff in das rechtliche Gehör der »abwesenden« juristischen Person als eine Kuratorbestellung dar, weil der Prozess ohne jegliche Vertretung auf ihrer Seite geführt wird. Diese Norm ist freilich auch aus der Sicht des rechtlichen Gehörs vertretbar. Ein im Firmenbuch genannter Rechtsträger muss die für Zustellungen maßgebliche Geschäftsanschrift (bzw entsprechende Änderungen) bekanntgeben (vgl § 3 Abs 1 Z 4, § 11 und § 21 Abs 3 FBG). Ein Rechtsträger, der diesen gesetzlichen Obliegenheiten nicht nachkommt, erscheint auch in einem gegen ihn angestregten Zivilprozess nicht schutzwürdig, zumal hier wohl ein strengerer Maßstab als bei Nichtunternehmern gesetzt werden muss (vgl bereits *Beran et al*, RZ 2002, 12), die nur nach den Meldegesetzen verpflichtet sind, sich an der tatsächlichen Wohnadresse anzumelden. In diesem Sinn zuletzt auch 6 Ob 205/15p zu einer ähnlichen Regelung im tschechischen Recht und unter Hinweis, dass eine fiktive Zustellung nach § 92 ZPO wegen qualifizierter Umstände gerechtfertigt ist (so auch bereits *Rassi in Fasching/Konecny*² Art 34 EuGVVO Rz 59).

3001 *Rassi*, RZ 2017, 6 ff.

991 Bezüglich der Frage nach der Wirksamkeit der von einem *materiellrechtlichen* Abwesenheitskurator gesetzten Handlungen betont *Mondel*, dass die nach Rechtskraft des Bestellungsbeschlusses gesetzten Handlungen des Abwesenheitskurators jedenfalls wirksam seien,³⁰⁰² auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Bestellung nicht vorlagen und/oder die Bestellung erschlichen wurde. Der Autor geht davon aus, dass das Prinzip der Gültigkeit der Rechtshandlungen im Bereich des (nun) § 277 Abs 3 ABGB noch strenger verfolgt werden müsse als beim Kurator nach § 116 ZPO, stellt aber klar, dass ein mit dem gesetzwidrig bestellten Prozesskurator geführtes Verfahren *nichtig* (*»im Sinne von zwar rechtswirksam, aber vernichtbar«*) sei.³⁰⁰³ Der OGH folgte *Mondel* zu 7 Ob 51/16z. Zu beurteilen war die Wirksamkeit der Bestellung eines materiellrechtlichen Kurators, wobei sich erst nachträglich herausstellte, dass der vermeintlich Abwesende zum Bestellungszeitpunkt bereits (seit fast vierzig Jahren) tot war. Dessen ungeachtet sei das mit dem Kurator geschlossene Rechtsgeschäft gültig. Der OGH nahm dabei wegen der zu wahrenen Rechtssicherheit eine *Interessensabwägung* zwischen einer Einschränkung der Privatautonomie (der Erben) und der Enttäuschung des Vertrauens des Dritten auf die Wirksamkeit des Bestellungsbeschlusses und die daraus resultierende Vertretungsbefugnis des Kurators vor, wobei er zugunsten des Dritten entschied. Selbst dann, wenn das der Bestellung vorausgehende Verfahren – sei es wegen unzureichender Nachforschungen des Gerichts über den Aufenthalt des Kuranden, sei es wegen des Fehlens einer sonstigen Voraussetzung – zum Zeitpunkt der Bestellung mangelhaft gewesen sei und die Bestellung zu Unrecht erfolgt sein sollte, sei von der Gültigkeit eines vom Abwesenheitskurator abgeschlossenen Rechtsgeschäfts auszugehen. Dabei hob der OGH ausdrücklich die Unterschiede zum *verfahrensrechtlichen Kurator* hervor, wonach die Kuratorbestellung und das in der Folge mit ihm durchgeführte Verfahren – wie im Fall einer erschlichenen Kuratorbestellung – nichtig sei, wenn ein Prozesskurator bestellt werde, ohne dass die Voraussetzungen hierfür tatsächlich vorgelegen sind.

6. EGMR und EuGH

a. *Bisherige Rechtsprechung*

992 Lässt sich das traditionelle System der österreichischen prozessualen Abwesenheitskuratel mit der EMRK und dem Unionsrecht vereinbaren? Sowohl die Rechtsprechung des EGMR als auch die Rechtsprechung des EuGH decken die Einrichtung des prozessualen Abwesenheitskurators. Das österreichische System der Abwesenheitskuratel entspricht dem System der EMRK und den entsprechenden Vorgaben von EGMR und EuGH, wie der nachfolgende Überblick zeigt.

3002 *Mondel*, Kuratoren² Rz 4/15.

3003 *Mondel*, Kuratoren² Rz 4/144.

In einem vom EGMR zu entscheidenden Fall betreffend eine Beschwerde gegen Portugal war die Zulässigkeit eines Verfahrens gegen eine Person unbekanntem Aufenthalts zu klären, die nach erfolgloser Nachforschung einer Abgabestelle durch öffentlichen Aushang geladen und im Verfahren durch einen Staatsanwalt vertreten wurde.³⁰⁰⁴ Der EGMR erachtete die Beschwerde nicht für zulässig und erinnerte daran, dass der *Justizgewährungsanspruch* nach Art 6 EMRK zwar nicht absolut zu gewähren sei, dessen Wesen aber nicht beeinträchtigt werden dürfe.³⁰⁰⁵ In der gebotenen Interessensabwägung zum rechtlichen Gehör sei eine »Ladung durch Aushang« und eine Vertretung im Prozess durch einen Staatsanwalt zulässig, »sofern die Rechte der Betroffenen gebührend geschützt sind.«³⁰⁰⁶ Insb müssten dem faktischen Ausschluss des Abwesenden Erhebungen über seinen Aufenthaltsort vorangehen. Ins Kalkül werden auch die Rechtsschutzmaßnahmen einer Partei gezogen, die diese nach Abschluss des in ihrer Abwesenheit geführten Verfahrens erheben kann.

993

Auch in der Judikatur des EuGH wird der aus § 116 ZPO abzuleitende Grundsatz, dass die Bestellung eines *Abwesenheitskurators* insb deshalb geboten ist, damit die *Verfahrenseinleitung* und der weitere *Prozessverlauf* dadurch ermöglicht wird,³⁰⁰⁷ im Zusammenhang mit jenen Verfahren anerkannt, bei denen der Aufenthaltsort einer der Parteien unbekannt ist. Im Anwendungsbereich der EuGVVO wird es vom EuGH grundsätzlich als zulässig erachtet, Verfahren gegen Personen zu führen, deren Aufenthalt unbekannt ist.

994

Der Entscheidung C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner* lag eine Prozessführung gegen einen Beklagten unbekanntem Aufenthalts zugrunde, zu dessen Gunsten ein (mit dem österreichischen Abwesenheitskurator durchaus vergleichbarer) Prozesspfleger nach tschechischem Recht bestellt wurde. Die Klagsführung bei jenem Gericht, in dessen Sprengel der Beklagte zuletzt aufhältig war, sei zulässig, wenn es nicht gelingt, den aktuellen Wohnsitz des Beklagten festzustellen. Die Möglichkeit, das Verfahren ohne Wissen des Beklagten mittels der Zustellung der Klage an einen vom angerufenen Gericht bestellten Prozesspfleger fortzusetzen, beeinträchtigt zwar die Verteidigungsrechte des Beklagten, diese Beeinträchtigung sei jedoch im Hinblick auf das Recht des Klägers auf einen effektiven Rechtsschutz gerechtfertigt,³⁰⁰⁸ weil dieses Recht ohne ein solches Verfahren lediglich auf dem

995

3004 EGMR 10.4.2003, 69829/01, *Nunes Dias/Portugal*.

3005 »[...] it may be subject to limitations, but these must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired«.

3006 »[...] provided that the rights of those concerned are properly protected«.

3007 *Rassi*, RZ 1996, 215; *Knell*, Kuratoren 78 ff.

3008 Der Anlassfall war davon geprägt, dass der beklagte Kreditnehmer gegenüber der klagenden Bank gegen die vertragliche Pflicht zur Bekanntgabe der Adressänderung verstoßen hat. Aus der Entscheidung und der Nachfolgejudikatur ist aber abzuleiten, dass es darauf nicht ankommt. Nach der Entscheidung C-292/10, *G/de Visser* reicht es bei einem mutmaßlichen Unionsbürger, dessen Aufenthaltsort jedoch unbekannt ist, aus, dass das angerufene Gericht nicht

Papier bestünde.³⁰⁰⁹ Einmal mehr weist der EuGH treffend darauf hin, dass prozessuale Grundrechte (wie die Wahrung der Verteidigungsrechte) keine absoluten Rechte sind, sondern Beschränkungen unterliegen können.³⁰¹⁰

- 996 In der Entscheidung C-292/10, *G/de Visser* hatte der EuGH zu prüfen, ob Art 47 GRC durch die Erlassung eines Versäumnungsurteils verletzt wird, wenn dem Beklagten die Klage mangels Ermittelbarkeit seines Aufenthalts nach nationalem Recht nur öffentlich zugestellt wurde. Das wurde vom EuGH mit der Begründung verneint, dass dem Gebot der Wahrung der Verteidigungsrechte unter Beachtung des Rechts des Klägers nachzukommen sei, ein Gericht zur Entscheidung über die Begründetheit seiner Ansprüche anzurufen (Rn 48), »*sofern sich das angerufene Gericht vorher vergewissert hat, dass alle Nachforschungen, die der Sorgfaltsgrundsatz und der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten, vorgenommen worden sind, um den Beklagten ausfindig zu machen*« (Rn 55).³⁰¹¹ Ebenso wie in der Entscheidung *Hypoteční banka/Lindner* erachtete der EuGH die Beeinträchtigung der Verteidigerrechte des Beklagten im Hinblick auf das Recht des Klägers auf einen effektiven Rechtsschutz für gerechtfertigt (Rn 56).

b. *Aliyev-Entscheidung*

- 997 Das Gesagte zeigt, dass das österreichische System der prozessualen Abwesenheitskuratel aus der Sicht des *rechtlichen Gehörs* und des *Justizgewährungsanspruchs* (Art 47 GRC) Deckung in der Judikatur des EGMR und des EuGH findet, zumal diese sogar die öffentliche Zustellung der Klage an einen Abwesenden im Einklang mit Art 47 GRC sieht. Die in der europäischen Judikatur gestellten Anforderungen zum Schutz des Abwesenden entsprechen den in den letzten Jahrzehnten in Österreich von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.
- 998 Es ist fraglich, ob nun die Entscheidung C-112/13, *Aliyev* einen Wendepunkt bedeutet. In diesem Fall musste der EuGH klären, ob die rügelose Einlassung des prozessualen Abwesenheitskurators in das Verfahren die Einlassung der Partei im Sinne von Art 24 EuGVVO 2000 (nunmehr Art 26 Abs 1 EuGVVO 2012) zur Folge hat und damit die internationale Zuständigkeit des innerstaatlichen Gerichts begründet.³⁰¹²

über beweiskräftige Indizien verfügt, die den Schluss zulassen, dass dieser Beklagte seinen Wohnsitz tatsächlich außerhalb des Unionsgebiets hat (Rn 42).

3009 EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner* Rn 53.

3010 EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner*, Rn 50; vgl bereits C-394/07, *Gambazzi/DaimlerChrysler ua* Rn 29 (für den Fall eines Prozessausschlusses einer Partei, die einen Vorlageauftrag missachtet).

3011 In diesem Sinn bereits EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner*, Rn 52.

3012 Die Analyse des *Aliyev*-Urteils beschränkt sich auf die geschilderte Frage. Die für die Praxis wohl noch bedeutendere Klarstellung des EuGH, dass die ordentlichen Gerichte den Verfassungsgerichtshof nicht (zuerst) anrufen müssen, wenn sie Bedenken haben, dass eine nationale Re-

Der Entscheidung lag eine *Schadenersatzklage* zugrunde, wobei der Beklagte an der in der Klage angeführten Adresse in Österreich nicht mehr wohnhaft war, sondern bereits zum Zeitpunkt der Klageeinbringung seinen Wohnsitz in Malta begründet hatte, was den Klägern und dem Gericht zum Zeitpunkt der Gerichtsanhängigkeit nicht bekannt war. Die Klage konnte an der in ihr angeführten bzw an einer weiteren von den Klägern bekannt gegebenen Adresse nicht zugestellt werden. Mangels einer bekannten Abgabestelle bestellte das Gericht auf Antrag der Kläger einen prozessualen Abwesenheitskurator nach § 116 ZPO, der in der Klagebeantwortung das Fehlen der inländischen Gerichtsbarkeit nicht einwendete. Wenig später trat der vom Beklagten bevollmächtigte Rechtsanwalt im Verfahren auf und wendete die inländische Unzuständigkeit ein, worauf das Erstgericht die Klage zurückwies. Das Rekursgericht gab dem dagegen erhobenen Rekurs der Kläger Folge und verwarf die Einrede der mangelnden inländischen Gerichtsbarkeit. Es ging davon aus, dass der prozessuale Abwesenheitskurator »umfassende Vertretungsvollmacht genießt« und daher die mit einer Klagebeantwortung verbundenen prozessrechtlichen Folgen (in casu eben: das rügelose Einlassen nach Art 24 EuGVVO 2000) mit Wirkung für den Abwesenden herbeiführen könne. Art 24 EuGVVO 2000 solle unzumutbare Schwebezustände hinsichtlich der Zuständigkeit weitgehend vermeiden und nachträgliche Zuständigkeitsstreitigkeiten abschneiden. Dem laufe aber die Ansicht zuwider, dass die rügelose Einlassung durch den Kurator die internationale Unzuständigkeit nicht heile. Der vom Beklagten angerufene OGH ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung zur Frage, ob es Art 47 GRC widerspricht, wenn ein international unzuständiges Gericht einen Abwesenheitskurator bestellt und dieser *durch seine Einlassung* die internationale Zuständigkeit bewirken kann. Weiters wollte der Senat wissen, ob eine Einlassung im Sinne des Art 24 EuGVVO 2000 bei einem Abwesenheitskurator vorliegt.

OGH und EuGH (vgl Rn 48) gingen (ex post betrachtet) zutreffend davon aus,³⁰¹³ dass die österreichischen Gerichte ohne Einlassung im Sinn des Art 24 EuGVVO 2000 für den Streit *international unzuständig* waren, weil der Beklagte bereits bei Einleitung des Verfahrens in Österreich keinen Wohnsitz nicht mehr³⁰¹⁴ und der

999

1000

gelung der GRC widerspricht, wird hier nicht behandelt (dazu etwa *Öhlinger*, EuZW 2014, 955 [Entscheidungsanm]).

3013 Vgl die Rn 48 der EuGH-Entscheidung.

Die Rechtsansicht des OGH ergibt sich aus einer der Fragen [*»Ist Art 47 GRC dahin auszulegen, dass er einer Verfahrensbestimmung entgegensteht, wonach ein international unzuständiges Gericht einen Abwesenheitskurator für eine Partei, deren Aufenthalt nicht festgestellt werden kann, bestellt und dieser dann durch seine »Einlassung« verbindlich die internationale Zuständigkeit bewirken kann?«*].

3014 Zur Anknüpfung an den letzten Wohnsitz vgl für den Gerichtsstand des Verbrauchers: EuGH 17.11.2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner*, Rn 42 ff. Nach der vom EuGH in Abwesenheitsfällen zur EuGVVO vertretenen Rechtsansicht, könne durch die Anknüpfung an den letzten Wohnsitz vermieden werden, »dass die Unmöglichkeit, den aktuellen Wohnsitz des Beklagten ausfindig

Rechtsstreit sonst keinen Bezug zum österreichischen Hoheitsgebiet hatte.³⁰¹⁵ Das entspricht durchaus der vom EuGH in Abwesenheitsfällen zur EuGVVO vertretenen Rechtsansicht, wonach durch die Anknüpfung an den letzten Wohnsitz vermieden werden könne, »dass die Unmöglichkeit, den aktuellen Wohnsitz des Beklagten ausfindig zu machen, die Bestimmung eines zuständigen Gerichts verhindert und dem Kläger damit sein Recht auf ein gerichtliches Verfahren nimmt.«³⁰¹⁶ Die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte wäre daher nur bei wirksamer Einlassung iSd Art 24 EuGVVO 2000 zu bejahen.

- 1001** Der EuGH beantwortete die ihm vom OGH zur Kuratel gestellten Fragen dahingehend, dass die *Einlassung* durch einen nach den innerstaatlichen Vorschriften bestellten *Abwesenheitskurator* nicht der die internationale Zuständigkeit begründenden Einlassung des Beklagten im Sinne des Art 24 EuGVVO 2000 gleichkommt. Eine Einlassung sei eine stillschweigende Anerkennung (Vereinbarung) der Zuständigkeit und setze eine *bewusste Entscheidung* voraus (Rn 54), die aber nicht möglich sei, wenn der Kurand vom Verfahren *keine Kenntnis* habe, zumal der Kurator dem Kuranden die *erforderlichen Informationen* nicht mitteilen könne (Rn 55). Mangels Informationen habe der Kurator nicht die Möglichkeit, den Beklagten *wirksam zu verteidigen* (Rn 56), wobei auf die Rechtsprechung zu den Anerkennungsverweigerungsgründen Bezug genommen wird. Zudem wäre ein auf solche Weise begründeter Gerichtsstand für den Beklagten *nicht vorhersehbar*, der seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des angerufenen Gerichts hatte und dem das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht zugestellt wurde (Rn 57).

c. Zum Ergebnis der Aliyev-Entscheidung

- 1002** Ungeachtet der nicht unbedenklichen Begründung (dazu unten) erscheint das Ergebnis der Entscheidung im Anlassfall grundsätzlich vertretbar bzw richtig.³⁰¹⁷ Die österreichischen Gerichte waren – wie im Anlassfall eben *ex post* erwiesen – für den Rechtsstreit international unzuständig. Den österreichischen Gerichten

zu machen, die Bestimmung eines zuständigen Gerichts verhindert und dem Kläger damit sein Recht auf ein gerichtliches Verfahren nimmt.«

Entsprechendes gilt für das österreichische Zivilverfahren aufgrund § 67 JN.

3015 Allein der Umstand, dass der Beklagte im Ausland aufhältig ist, reicht allerdings noch nicht aus, um schon deshalb die internationale Zuständigkeit zu verneinen bzw die Bestellung eines Kurators als unzulässig zu qualifizieren, vgl RIS-Justiz RS0049435. § 116 ZPO ist nicht auf Binnenfälle beschränkt (*Trenker*, ZFRV 2013, 216).

3016 EuGH 17.11.2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner*, Rn 45.

3017 *Haidmayer*, EvBl 2015, 365 [Entscheidungsanm]. *Haidmayer* begrüßte die Entscheidung und argumentiert damit, dass Art 24 EuGVVO 2000 bei anderer Auslegung dem Kläger in solchen Fällen sonst stets die Möglichkeit böte, über ein Abwesenheitsverfahren ein beliebiges (grundsätzlich unzuständiges) Gericht anzurufen und letztlich den Gerichtsstand frei zu wählen, ohne dass dieser für den Beklagten in irgendeiner Weise vorhersehbar wäre.

fehle daher die internationale Zuständigkeit zur Kuratorbestellung, weil es sich diesbezüglich um eine Annexmaterie handelt, die sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache richtet.³⁰¹⁸ Wie oben ausgeführt, kann der Kurand aber das *Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen* der Kuratorbestellung nachträglich dann geltend machen, wenn ein *unzuständiges* Gericht entschieden hat.³⁰¹⁹ Daraus folgt, dass der Beurteilung des EuGH im Ergebnis zuzustimmen ist, weil der vom (international) unzuständigen Gericht (also fehlerhaft) bestellte Kurator das rechtliche Gehör des Kuranden nicht wahren und sich für ihn somit in die Streitsache nicht wirksam einlassen kann.

d. Kritik an der Begründung der Aliyev-Entscheidung

Gegen die allgemein gehaltenen Begründungen des Gerichtshofs in der *Aliyev*-Entscheidung drängen sich grundlegende Bedenken auf. Das trifft insb insoweit zu, als der EuGH eine wirksame Vertretung einer abwesenden Partei implizit nur dann für möglich hält, wenn diese Kontakt mit dem Vertreter (Kurator) aufnehmen kann. Sollte für die wirksame Streiteinlassung tatsächlich aber eine persönliche Kontaktaufnahme des Kuranden mit dem Kurator notwendig sein, stünde das schon deshalb mit dem (vom EuGH in den Vorentscheidungen gebilligten!) System im Widerspruch, wonach gegen Abwesende Zivilprozesse geführt werden können. Die Folgerung des EuGH, eine ausreichende Verteidigung durch den Kurator sei mangels Kenntnis des Kuranden vom Verfahren nicht möglich (weil die Partei ihren Vertreter nicht unterrichten kann), geht am Kern des Problems vorbei, weil eine Kontaktaufnahme des Kuranden mit dem Kurator ohnedies zur Beendigung der Kuratel führt und sich das Problem der nur eingeschränkten Information des Kurators dann gar nicht stellt (vgl § 117 Abs 1 ZPO).³⁰²⁰ Der Kurator soll aber gerade in jenen Fälle agieren, bei dem eine Kontaktaufnahme mit dem Abwesenden ausgeschlossen ist. Es liegt insoweit ein *Wertungswiderspruch* vor, weil der EuGH die Führung von Prozessen und damit rechtskräftige Entscheidungen gegen Abwesende sonst grundsätzlich für zulässig erachtet, bei der Frage der rügelosen Streiteinlassung im Zusammenhang mit Art 24 EuGVVO 2000 jedoch den Anspruch auf rechtliches Gehör überbetont. Damit wird durch den EuGH in das bisherige System des prozessualen Abwesenheitskurators gravierend eingegriffen. Solange der Kuratorbestellungsbeschluss aufrecht ist, ist der Kurator zum Einschreiten als

1003

3018 Vgl *Fucik* in *Fasching/Konecny*³ § 112 JN Rz 15, *L. Fuchs*, Internationale Zuständigkeit Rz 274 und *Mayr* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 112 JN Rz 2, wonach der Mangel der inländischen Gerichtsbarkeit für den durchzusetzenden Anspruch selbst auch den Mangel der inländischen Gerichtsbarkeit für den Antrag, einen Kurator zu bestellen, bewirkt.

3019 10 Ob 91/08t.

3020 *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ § 117 ZPO Rz 7.

Vertreter befugt.³⁰²¹ Der EuGH verneint nunmehr (ausdrücklich für den Bereich des Art 24 EuGVVO 2000), dass prozessuale Handlungen des Kurators dem Kuranden zuzurechnen sind, und hält es für erforderlich, dass die vertretene Partei Kenntnis vom Verfahren hat. Der EuGH verneint auch, dass durch das Einschreiten eines Kurators, der sich für den Beklagten auf das Verfahren einlässt, ein *gerechter Ausgleich* zwischen den Rechten auf einen *wirksamen Rechtsbehelf* und den *Verteidigungsrechten* hergestellt wird (Rn 60).

1004 Die bedenkliche Rechtsansicht, der Kurator sei (pauschal) nicht in der Lage, den Kuranden wirksam zu verteidigen, stützt der EuGH auf die Entscheidungen C-78/95, *Hendrikman* und C-327/10 *Hypoteční banka/Lindner*; demnach sei ein Beklagter, der von einem Verfahren keine Kenntnis hat und für den ein Prozesspfleger erscheint, außerstande, sich wirksam zu verteidigen (Rn 56). Aus beiden Entscheidungen kann eine mangelnde Vertretungsbefugnis eines Prozesskurators aber gerade nicht abgeleitet werden!

1005 In der Entscheidung *Hendrikman* wurde im Zusammenhang mit der Prüfung der transnationalen Anerkennung einer Entscheidung festgehalten, dass ein Beklagter, der von dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren keine Kenntnis hat und für den vor Gericht ein *Rechtsanwalt* erscheint, den er *nicht beauftragt* hat, völlig außerstande ist, sich zu verteidigen (Rn 18). Eine Einlassung im Sinne des Art 27 Z 2 EuGVÜ (entspricht weitgehend Art 34 Z 2 EuGVVO-2000 bzw Art 45 Abs 1 lit b EuGVVO 2012) liege demnach nicht vor. Erscheint ein »*nicht mandatierter Rechtsanwalt*« für eine Partei, schließe das die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines Urteils aus. Nichts anderes soll nach der Argumentation des EuGH nun auch für einen Prozesskurator gelten! Somit setzt der EuGH durch Bezugnahme auf die unzweifelhaft richtige Entscheidung *Hendrikman* eine Kuratorbestellung mit dem Fall eines vollmachtlosen Vertreters gleich (vgl Rn 56 arg »*nicht mandatierter Rechtsanwalt oder Prozesspfleger*«), selbst wenn der Kurator nach den Grundsätzen des EGMR und der innerstaatlichen Vorgaben *lege artis* bestellt wurde. Die zum Rechtsanwalt gezogene Parallele erscheint aber vom Ansatz verfehlt,³⁰²² bedenkt man, dass eine gesetzlich gedeckte Bestellung eines Kurators gerade dazu dient, die mit dem rechtlichen Gehör des Abwesenden widerstreitende Grundrechtsposition seines Gegners im Rahmen eines Interessenausgleichs aufzulösen, um beide Aspekte des Art 6 EMRK (Art 47 GRC) zu wahren, während das Auftreten eines vollmachtlosen Dritten das rechtliche Gehör ohne gesetzliche Grundlage verletzt.

1006 Die unpassende Anwendung der Entscheidung *Hendrikman* auf den Fall einer zu prüfenden Einlassung eines Prozesskurators (Prozesspflegers) nach Art 24 EuGVVO 2000 wurde von der Generalanwältin *Trstenjaka* bereits zur Causa C-327/10

³⁰²¹ Vgl Rz 988.

³⁰²² Ähnlich auch *Trenker*, ZfRV 2013, 222 f.

Hypoteční banka/Lindner (Rn 80) gefordert.³⁰²³ Wenngleich die Generalanwältin den Unterschied Kurator/Rechtsanwalt dort ausdrücklich hervorhob,³⁰²⁴ erachtete sie die Ratio dieser Judikatur auf für einen bestellten Prozesspfleger übertragbar. Im Urteil *Hypoteční banka/Lindner* (dazu unten) nahm der EuGH diesen Ball nicht auf und ging darauf nicht näher ein. Das Argument der Generalanwältin wurde erst im rezenten Urteil aufgegriffen. Auch in der Rechtssache C-112/13, *Aliyev* argumentierte der Generalanwalt Bot in seinen Schlussanträgen (Rn 45 f) mit der Entscheidung *Hendrikman*, wobei er den Abwesenheitskurator mit einem von der Partei nicht beauftragten Rechtsanwalt gleichsetzte (ohne auf die sich aufdrängenden Unterschiede hinzuweisen!). Dem schloss sich der EuGH im Ergebnis an.

Auch auf die Entscheidung *Hypoteční banka/Lindner* kann sich die im *Aliyev*-Urteil vertretene Rechtsmeinung des EuGH, dass ein Beklagter, der vom Verfahren keine Kenntnis hat und für den ein Prozesspfleger erscheint, »*außerstande ist, sich wirksam zu verteidigen*« nicht stützen. Im Gegenteil. Die mit der Bestellung eines Prozesspflegers bejahte Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte, die in der Führung eines Verfahrens *ohne Wissen des Beklagten* liegt, wird im Urteil *Hypoteční banka/Lindner* im Hinblick auf das Recht des Klägers auf einen effektiven Rechtsschutz als gerechtfertigt betrachtet (vgl dort Rn 53 f)! **1007**

Die vom EuGH in der Entscheidung C-112/13, *Aliyev* vertretene Ansicht, dass sich ein Kurand nicht wirksam verteidigen könne, weicht somit von seiner bisherigen Rechtsprechung ab. Der EuGH versucht den sich aufdrängenden Widerspruch zu seiner Vorjudikatur in Rn 60 dadurch zu entkräften, dass ein Kurand nach § 116 ZPO im Gegensatz zu den der Entscheidungen C-292/10, *G/de Visser* und C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner* zugrunde liegenden Konstellationen keinen Rechtsbehelf habe, um sich gegen die (spätere) Anerkennung des Urteils zu wehren. Auch dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. **1008**

Zunächst ist aus den beiden zuletzt erwähnten Entscheidungen nicht abzuleiten, dass eine Partei, gegen die ungeachtet ihres unbekanntes Aufenthalts ein Prozess geführt wurde, die Verweigerung der (transnationalen) *Anerkennung* oder *Vollstreckung* des entsprechenden Urteils immer schon mit dem Hinweis erreichen kann, dass sie sich nicht in das Verfahren eingelassen hat. Würde man eine derartige Möglichkeit nach jedem »Abwesenheitsprozess« bejahen, stünde – nach der Diktion des EuGH – das Recht des Klägers auf einen effektiven Rechtsschutz in der Tat »*lediglich auf dem Papier*«,³⁰²⁵ weil der Anspruch auf *effektiven Rechtsschutz* nicht nur die Gewährung eines Verfahrens erfordert, sondern auch die Schaffung und **1009**

3023 »[...] einlassen so auslegen [...] dass ein Prozesspfleger, der ohne Willen und Wissen eines beklagten Verbrauchers für diesen bestellt worden ist, sich nicht in seinem Namen einlassen kann.«

3024 »[...] zwar handelt es sich [...] nicht um einen nicht bevollmächtigten Rechtsanwalt[...]«

3025 EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner*, Rn 53 und C-292/10, *G/de Visser* Rz 56.

Durchsetzung einer rechtskraftfähigen Entscheidung.³⁰²⁶ Man kann den Entscheidungen *G/de Visser* und *Hypoteční banka/Lindner* nicht den Inhalt unterstellen, dass der Anwesende zwar Anspruch darauf hat, einen Titel zu erlangen, der jedoch letztendlich (transnational) nicht anzuerkennen und zu vollstrecken ist, wenn der Abwesende später seine Nichtbeteiligung im Titelverfahren geltend macht. Aus den Entscheidungen ist vielmehr abzuleiten, dass Abwesenheitsprozesse schon deshalb geboten sind, damit *kein strukturelles Ungleichgewicht* zwischen den aus Art 47 GRC (Art 6 EMRK) abzuleitenden (gleichrangigen) Rechten des Klägers (auf *Justizgewährung*) und des Beklagten (auf *rechtliches Gehör*) entsteht: Der Kläger hätte bei jeglicher Verweigerung eines Verfahrens keinerlei Möglichkeit, seine Rechte durchzusetzen, während dem Beklagten Abwehrmittel bis ins Stadium der Exekution zur Verfügung stehen. In den Entscheidungen *G/de Visser* und *Hypoteční banka/Lindner* wurde darauf abgestellt, ob sich der (abwesende) Beklagte »*wirksam verteidigen konnte*«.³⁰²⁷ Dass dies immer dann zu verneinen ist, wenn der Beklagte vom Verfahren keine Kenntnis hatte, kann aus beiden Entscheidungen nicht abgeleitet werden, zumal eine Führung des Verfahrens ungeachtet der fehlenden Kenntnis des Beklagten (unter bestimmten Umständen) ausdrücklich als gerechtfertigt angesehen wurde.

- 1010** Dabei macht es aus unionsrechtlicher Sicht einen Unterschied, ob »nur« eine *fiktive* Zustellung durchgeführt wurde³⁰²⁸ oder der Abwesende (auch) durch einen Kurator vertreten wird.³⁰²⁹ Zum anderen hat – wie oben dargelegt – ein durch einen Prozesskurator gemäß § 116 ZPO tretender Kurand mannigfaltige Möglichkeiten, seinen Gehörsanspruch nachträglich geltend zu machen, womit er eine Anerkennung verhindern kann. Aus der nunmehrigen Entscheidung könnte freilich ein gegenteiliges Verständnis abgeleitet werden.

e. Folgen der Aliyev-Entscheidung

- 1011** Die Folgen dieser neuen Judikatur erscheinen nur dann überschaubar, wenn sich dieser Schwenk auf die Frage der Einlassung im Sinne des Art 24 EuGVVO 2000 beschränkt. Es besteht freilich die Gefahr, dass die Stärkung der Verteidigungsrechte

3026 IdS auch *Trenker*, ZfRV 2013, 224, wonach die grundsätzliche Anerkennung des Rechtsinstituts des Prozesskurators über die Hintertür der mangelnden zwischenstaatlichen Anerkennung völlig entwertet wäre.

3027 EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypoteční banka/Lindner*, Rn 54 und C-292/10, *G/de Visser* Rz 57.

3028 Vgl etwa die Konstellation zur Entscheidung des EuGH 11. 6. 1985, Rs 49/84, *Debaecker u Plouvier/Bouwman*, Rn 11.

3029 *Rassi* in *Fasching/Konecny*² Art 34 EuGVVO Rz 59, wonach die in Art 34 Z 2 EuGVVO-2000 gebotene Verteidigungsmöglichkeit bei Zustellung an einen bestellten Abwesenheitskurator dann gegeben ist, wenn das Gericht die entsprechenden Voraussetzungen geprüft hat und diese die Interessen des Abwesenden wahren.

von Parteien unbekanntem Aufenthalts³⁰³⁰ weit über die von der Entscheidung erfasste Konstellation hinaus Konsequenzen hat, zumal der EuGH die Kernaussage in der rezenten Entscheidung gerade auf die Rechtsprechung zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung stützt (Rn 56). Damit erscheint es schwer(er) argumentierbar, den Begriff der Einlassung für die Zuständigkeitsprüfung und die Anerkennung unterschiedlich auszulegen.³⁰³¹ Aufgrund der allgemein gehaltenen Begründung besteht daher durchaus die Gefahr von »Folgewirkungen« dieser Entscheidung dahingehend, dass damit der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz potentieller Kläger *empfindlich* eingeschränkt wird.³⁰³² Dies vor allem dann, wenn die Vertretung eines Abwesenden schon deshalb Art 47 GRC (Art 6 EMRK) widersprechen soll, weil der Kurand keine Kenntnis vom Verfahren hat. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass die Entscheidung über die Konstellation im Anlassfall (Art 24 EuGVVO 2000) Wellen schlagen wird. Aus der Entscheidung kann abgeleitet werden, dass es dem Kuranden nach seinem Auftreten nicht nur unbenommen bleiben muss, die internationale Unzuständigkeit, sondern auch die Unrichtigkeit der Sachentscheidung einzuwenden, widrigenfalls die Entscheidung im EU-Ausland nicht vollstreckt werden könnte. Dies ungeachtet dessen, ob der Kurator gesetzsmäßig bestellt wurde oder nicht. Im Ergebnis würde das zur empfindlichen Aushöhlung des Instituts Prozesskuratel führen. Wenngleich davon nur Fälle mit Unionsrechtsbezug erfasst wären, könnte ein solcher im Fall einer Abwesenheitskuratel wegen des unbekanntem Aufenthaltsorts einer der Parteien ex ante nicht erkannt werden.

Daneben sind mit der Entscheidung im Bereich der Zuständigkeitsprüfung erhebliche *systematische* und *praktische* Probleme verbunden, die gleichzeitig die Unrichtigkeit der vom EuGH vertretenen Ansicht nahelegen. Auch Art 28 Abs 1 EuGVVO 2012 (bzw Art 26 Abs 1 EuGVVO 2000) knüpft daran an, ob sich der Beklagte in das Verfahren (nicht) eingelassen hat. Im Gegensatz zum innerstaatlichen System verlagert die EuGVVO die amtswegige Zuständigkeitsprüfung (idR) auf den Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass sich der Beklagte nicht auf das Verfahren einlässt.

1012

3030 Der Hinweis des Generalanwalts *Bot* in der Rz 50 seiner Schlussanträge, dass der Wohnsitz des Beklagten – im Gegensatz zur Konstellation in der Entscheidung *Hypoteční banka/Lindner* – bekannt sei und in einem Mitgliedsstaat (Malta) liege, in dem die Kläger ihre Klage einbringen könnten, kann nicht überzeugen. Das übersieht, dass der aktuelle Wohnsitz zu Verfahrensbeginn eben nicht bekannt war, weshalb der Abwesenheitskurator bestellt wurde. Ein späteres Auftreten macht die vom Kurator gesetzten Handlungen nicht unwirksam, weil dieser den Kuranden bis zu diesem Zeitpunkt vertritt (vgl § 117 Abs 1 Satz 2 ZPO).

3031 Diesen Weg hält *Trenker*, ZfRV 2013, 222 f, für nicht ausgeschlossen.

3032 Vgl ähnlich *Trenker*, ZfRV 2013, 223, der bereits vor der Entscheidung des EuGH den Systembruch einer fehlenden Zurechnung von Prozesshandlungen des Kurators aufzeigte [*»widerspricht aber dem Interesse des Klägers nach effektivem Rechtsschutz eklatant«*] und auf die damit verbundenen weiteren Probleme (amtswegige Prüfpflicht, Frage der Urteilsanerkennung) hinwies. Die besseren Gründe würden daher dafür sprechen, dass die rügelose Einlassung durch den Abwesenheitskurator dem Kuranden zuzurechnen ist.

Das ist natürlich dann schwierig zu handhaben, wenn die Vertretung durch den Kurator, mit dem das weitere Verfahren zu führen ist, keinen Einfluss auf eine Einlassung haben soll. Eine Aussage des EuGH zu dieser Problematik vermisst man.

1013 *Haidmayer* leitet aus der EuGH-Entscheidung ab, dass das Gericht *nach* der Bestellung des Kurators und nach Ablauf der Frist, die ihm für die vorgeschriebene Prozesshandlung zur Verfügung steht, die Zuständigkeit zu prüfen habe (*»sofern der Beklagte nicht innerhalb dieses Zeitraums in Erscheinung getreten ist«*). Die Bestellung des Kurators gehöre zu den nach Art 26 Abs 2 EuGVVO 2000 gebotenen Maßnahmen und könne dazu führen, dass der Abwesende vom Verfahren erfährt, was wiederum die Möglichkeit einer Einlassung durch den Kuranden eröffne.³⁰³³ Eine solche Vorgangsweise lässt sich freilich weder aus Art 26 EuGVVO 2000 (bzw Art 28 EuGVVO 2012) noch aus der Entscheidung ableiten. Die EuGVVO erlaubt die amtswegige Zuständigkeitsprüfung eben (nur) dann, wenn sich der Beklagte nicht einlässt, wobei aber feststehen muss, dass er sich verteidigen konnte oder alle dazu erforderlichen Maßnahmen ergriffen worden sind. Gerade das ist aber nach Ansicht der Entscheidung bei einem Abwesenden, der vom Verfahren eben keine Kenntnis hat, nicht gegeben. Schließt man sich dem EuGH an, dass der Kurator den Abwesenden nicht wirksam verteidigen kann, wird man schwerlich argumentieren können, mit der Bestellung seien alle erforderlichen Maßnahmen getroffen, damit sich der Beklagte verteidigen kann.

1014 Nach *Trenker* soll es möglich sein, dass das Gericht wegen § 42 JN mangels verdrängender Norm in der EuGVVO bereits *vor* der Bestellung des Kurators seine Zuständigkeit überprüft.³⁰³⁴ Dem könnte hier Art 26 EuGVVO 2000 (bzw Art 28 EuGVVO 2012) entgegengehalten werden, der eine amtswegige Zuständigkeitsprüfung vor Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Beklagten ausschließt und insoweit die JN verdrängt. Steht allerdings (wie wohl in den meisten Fällen) der Unionsrechtsbezug und damit die Anwendbarkeit der EuGVVO wegen des unbekanntes Aufenthalts gar nicht fest, scheint der Ansatz von *Trenker* aber jedenfalls vertretbar und korreliert mit der Systematik, dass die Kuratorbestellung das Vorliegen der inländischen Gerichtsbarkeit voraussetzt. Eine solche Vorgangsweise wird freilich dann nicht möglich sein, wenn die Anwendung der EuGVVO zu bejahen ist, ohne dass es dabei auf den Wohnsitz des Abwesenden ankommt. Die unbefriedigende Konsequenz aus der EuGH-Entscheidung kann dann nur sein, das Verfahren mit dem Kurator fortzuführen, ohne dass eine amtswegige Prüfung der Zuständigkeit vor dem Einschreiten des Kuranden möglich wäre. Dass das Verfahren nach seinem Abschluss damit in der Schwebe bleibt, weil es dem Kuranden nach seinem Erscheinen möglich sein muss, die Unzuständigkeit einzuwenden,

3033 *Haidmayer*, EvBl 2015, 366 [Entscheidungsanm].

3034 *Trenker*, ZfRV 2013, 223.

ist zwar schwer mit der Systematik der EuGVVO zu vereinbaren.³⁰³⁵ Dieser Systembruch folgt aber aus der vom EuGH vertretenen Ansicht, wonach eine bindende Einlassung durch einen Kurator nicht möglich sein soll.

Die Praxis sollte danach trachten, die Aussagen der Entscheidung auf den davon direkt betroffenen Bereich (nämlich auf die Frage der Einlassung nach Art 24 EuGVVO 2000) zu *beschränken*. Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH in zukünftigen Entscheidungen die hier kritisierte Begründung relativiert und sich weiterhin zur Möglichkeit bekennt, dass die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche nicht am unbekanntem Aufenthalt einer Partei scheitern darf.

1015

E. Folgen für einen Kurator zur Wahrung von Geheimhaltungsinteressen

Es ist gezeigt worden, dass das Institut des prozessualen Abwesenheitskurators ungeachtet des Umstands, dass der Kurator mit dem Vertretenen keinen Kontakt aufnehmen kann, (nach wie vor) geeignet ist, widerstreitende Interessen, die mit der EMRK (GRC) abgesichert sind, in Einklang zu bringen. Der Gesetzgeber anerkennt hier, dass das Recht auf persönliche Teilnahme einer Partei keine absolute Geltung in Anspruch nehmen kann, weil sonst die effektive Rechtsverfolgung des Gegners zwingend scheitern müsste.

1016

Diese Wertung muss umso mehr (vgl. Rz 983) für den hier vertretenen (rechtspolitischen) Vorschlag gelten, Unternehmensgeheimnisse dadurch geschützt zu verwerten, dass sich der Beweisführer dazu nur über einen Vertreter äußern kann, der ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Durch die Zwischenschaltung eines Vertreters wird es der nicht beweisbelasteten Partei überhaupt erst zumutbar, die von einem Unternehmensgeheimnis umfassten Tatsachen in das Verfahren einzubringen. Das vom EuGH bei der Abwesenheitskuratel hervor gehobene Problem, dass sich der Abwesende mangels (jeglichen!) Kontakts zum Kurator nicht ausreichend verteidigen kann, wird im Bereich von Geheimhaltungsinteressen mit dem Einsatz eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertreters der ausgeschlossenen Naturalpartei mehrfach entschärft. Zum einen wäre die Naturalpartei vom Verfahren nicht zu Gänze, sondern nur in jenem Teilbereich ausgeschlossen, der die Geheimhaltungsinteressen betrifft. Im Übrigen sind ihre rechtlichen und faktischen Möglichkeiten zur Beteiligung nicht beschränkt. Es ist aber vor allem zu beachten, dass die mit ihrem Ausschluss verbundenen verfahrensrechtlichen Nachteile der Naturalpartei nicht nur durch die rechtsschutzwahrende Tätigkeit ihres Vertreters gemildert werden. Vielmehr sind diesen Nachteilen die

1017

3035 *Trenker*, ZfRV 2013, 222 f.

Vorteile gegenüberzustellen, die ein solches System für die beweisbelastete Naturalpartei zur Folge haben, nämlich die *Überwindung ihrer Beweisnot*. Eine strikte Beachtung der Beteiligungsrechte des Beweisführers hätte zur Folge, dass dieser den erforderlichen Nachweis nicht erbringen kann, weil dann der nicht beweisbelasteten Partei die dafür erforderliche Kooperation nicht zumutbar wäre.

IV. Zusammenfassung

1018 Durch den teilweisen Ausschluss der beweisbelasteten Naturalpartei kann der nicht beweisbelasteten Partei die prozessuale Kooperation wegen der damit verbundenen geschützten Verwertung des von ihr zu wahrenen Unternehmensgeheimnisses *de lege ferenda* zumutbar gemacht werden. Es bedarf jedoch ausgleichender Maßnahmen, damit das Verfahren insgesamt den Anforderungen an ein fair trial entspricht. Die Interessenswahrung durch eine dritte, sachverständige Person, die die Unternehmensgeheimnisse prüft und dem Gericht eine Zusammenfassung zur weiteren Verwertung erstattet, ist bei einem damit verbundenen Ausschluss des Gerichts (Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts) rechtspolitisch abzulehnen. Der Anspruch auf ein faires Verfahren setzt jedenfalls eine Entscheidung durch ein Gericht voraus, dem volle Kognitionsbefugnis zur Wahrheitsforschung zukommt. Genuin richterliche Tätigkeiten können daher nicht an einen Dritten ausgelagert werden, dessen Schlussfolgerungen weder den Parteien noch dem Richter offenstehen. Das Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts ist bei einem Ausschluss des Gerichts nicht geeignet, die gebotene Konkordanz widerstreitender Grundrechtspositionen herzustellen. Durch eine sinnvolle Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes kann freilich erreicht werden, dass vertrauliche Tatsachen, die etwa ein Unternehmensgeheimnis betreffen, in das Verfahren gefiltert und damit geschützt eingeführt werden können.

1019 Mit der Vertreterlösung kann die gebotene geschützte Verwertung aus grundrechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht umgesetzt werden. Als Vertreter der ausgeschlossenen Partei kann wegen des zu ihr bestehenden Vertrauensverhältnisses und der deshalb zu erwartenden Interessenskonflikte nicht deren gewillkürter Prozessvertreter agieren. Es wäre der nicht beweisbelasteten Partei nicht zumutbar, deren Geheimnisse dem Rechtsanwalt des Beweisführers zu offenbaren. Zu bevorzugen ist vielmehr der Einsatz eines gerichtlich bestellten Vertreters nach dem Modell des prozessualen Kurators, der die Naturalpartei im vertraulichen Teil des Verfahrens vertritt und ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Aus der zum prozessualen Abwesenheitskurator ergangenen *Aliyev*-Entscheidung des EuGH ist nicht abzuleiten, dass ein Geheimhaltungskurator nicht in der Lage wäre, die Interessen des Beweisführers umfassend zu vertreten. Vielmehr ist das

vorgeschlagene Modell geeignet, den bestehenden Grundrechtskonflikt zwischen dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör sowie der Wahrung von Geheimhaltungsinteressen in *praktischer Konkordanz* bestmöglich aufzulösen.

□

§ 7 Ergebnisse

1. Die Problematik der *prozessualen Kooperationspflicht* (Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht) liegt in aller Regel dann vor, wenn die an sich behauptungs- und beweisbelastete Partei an Substantiierungs- und Beweisschwierigkeiten zu scheitern droht, während ihrem Gegner eine Aufklärung bzw eine Mitwirkung relativ leicht möglich und zumutbar wäre (Ausgangssituation).
2. Die von der Rechtsprechung für die Ausgangssituation für möglich gehaltene Beweislastumkehr wegen der *Nähe zum Beweis* ist unabhängig davon abzulehnen, ob man auf das konkrete Verhalten der Parteien im Verfahren abstellt oder nicht. Dieser Ansatz übersieht, dass die Verteilung der objektiven Beweislast eine Form von gesetzlicher Risikozuteilung ist, mit der der Gesetzgeber das Risiko der tatsächlichen Unaufklärbarkeit verteilt. Diesem Grundsatz widerspricht aber eine vom Einzelfall geprägte Änderung dieser Risikozuweisung. Die Risikoverteilung der objektiven Beweislast bestimmt sich richtigerweise nicht durch die Nähe zur prozessualen Aufklärungsmöglichkeit, sondern vielmehr durch die Nähe zur materiellen Rechtsfolge.
3. Eine aus *Sphärengesichtspunkten* abgeleitete Kooperationspflicht der nicht beweisbelasteten Partei ist bei Zumutbarkeit zu bejahen. Verweigert die nicht beweisbelastete Partei die ihr mögliche und zumutbare Aufklärung oder Mitwirkung trotz Beweisnähe, kann sich das in der Beweiswürdigung auswirken.
4. Stoffsammlungsmaximen allein sind kein taugliches Kriterium für ein aufklärungs- oder mitwirkungsfreundliches Prozesskonzept. Die Frage der prozessualen Kooperationspflichten hängt davon ab, ob der Zweck des Prozesses darauf abzielt, die *materielle Wahrheit* zu erforschen, um eine möglichst richtige Entscheidungsgrundlage zu erlangen. Der österreichische Zivilprozess ist entscheidend vom Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung geprägt. Um das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Wahrheitsprüfung umzusetzen und das Prozessziel der materiellen Wahrheitsfindung zu erreichen, ist es erforderlich, dass die Parteien verpflichtet sind, zur wahrheitsgemäßen Stoffsammlung beizutragen und sich gegenseitig zu unterstützen.
5. Die Kooperationspflichten der Parteien fügen sich damit in den Prozess österreichischer Prägung ein, der sich mit dem Begriff der *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess* gut beschreiben lässt, die davon geprägt ist, dass die Stoffsammlung in Zusammenarbeit eines aktiven Richters *mit* den sich gegenseitig unterstützenden Parteien erfolgt.

6. Das Konzept von einer allgemeinen Kooperationspflicht zur Förderung der materiellen Wahrheitsforschung ist in der ZPO in zahlreichen Normen verwirklicht. Aus mehreren Bestimmungen der ZPO lässt sich zum einen eine von der konkreten Beweislast unabhängige *allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht* ableiten. Sie findet ihre Grundlage in § 184 ZPO und wird durch weitere Bestimmungen ergänzt. Daneben sind die Regeln des Beweisverfahrens, die nahezu alle Beweismittel abdecken, davon geprägt, dass die nicht beweisbelastete Partei zur *Mitwirkung* im Beweisverfahren *verpflichtet* ist. Die ZPO will damit eine Passivität der nicht beweisbelasteten Parteien unterbinden. Aufgrund einer Gesamtanalogie ist über die vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle hinaus von einer grundsätzlichen und umfassenden Pflicht zur Aufklärung und Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei auszugehen. Dem *nemo tenetur*-Prinzip wird damit eine Absage erteilt, wenngleich die Kooperation hier nicht grenzen- und bedingungslos zu erfolgen hat.
7. Die richterliche *Pflicht zur materiellen Wahrheitsforschung* dient der Vermeidung einer Beweisnot. Auch die Bejahung dieser Pflicht des Richters spricht dafür, dass die Parteien zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet sind, zumal sich beides auf den zentralen Zweck der Wahrheitsermittlung zurückführen lässt. Die Kooperationspflicht der Parteien und die richterliche Sachverhaltsaufklärung hängen eng miteinander zusammen und sind zwei Seiten derselben Medaille.
8. Ein absolutes Verbot von *ausforschenden Beweisaufnahmen* ist durch die ZPO nicht gedeckt. Das Ausforschungsverbot ist kein eigenständiges prozessuales Rechtsinstitut. Dahinter kann sich die notwendige Prüfung der Erheblichkeit von Beweisanträgen bzw die fehlende Schlüssigkeit des Vortrags verbergen. Beim Erfordernis, Beweisanträge mit hinreichend konkreten Beweisthemen zu verbinden bzw diese auf ein ausreichend substantiiertes und schlüssiges Vorbringen zu stützen, muss darauf Rücksicht genommen werden, ob der Beweisführer ausreichend Zugang zu den notwendigen Informationen hat. Im Rahmen eines schlüssigen Vortrags können Beweiserhebungen aufgrund derartiger ausforschender Beweisanträge aufgenommen werden, wenn diese geeignet sind, einen Beitrag zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des dem Streitgegenstand zugrunde liegenden Lebenssachverhalts zu leisten. Gerade die gebotene Wahrheitsforschung erfordert die (beschränkte) Zulässigkeit des Ausforschungsbeweises.
9. Damit lässt sich aber die hier vertretene Pflicht zur gegenseitigen Kooperation der Parteien besser begründen. Auch diese ist darauf gerichtet, dass es der beweisbelasteten Partei *durch den Prozess* ermöglicht wird, Kenntnis jener tatsächlichen Umstände zu erlangen, um damit ihre berechtigten Ansprüche durchzusetzen oder unberechtigte Ansprüche ihres Gegners abzuwehren.

10. Das *Verbot der Beweisvereitelung* innerhalb eines bereits anhängigen Verfahrens hat keine eigenständige Bedeutung. Es lässt sich bereits mit der prozessualen Kooperationspflicht erklären.
11. *Materiellrechtliche Ansprüche* schränken prozessuale Kooperationspflichten nicht ein. Es besteht kein derartiger Vorrang des materiellen Rechts bzw eine Subsidiarität der prozessualen Aufklärungspflicht. Vielmehr können die Parteien wählen, entweder den Weg über materiellrechtliche Ansprüche zu gehen oder sich auf prozessuale Kooperationspflichten zu stützen.
12. Jedenfalls gilt der verfassungsrechtlich abgesicherte Prozesszweck der materiellen *Wahrheitsforschung*, aus dem die prozessuale Kooperation abzuleiten ist, *nicht unbeschränkt*. Ist von einem höherrangigen Gut auszugehen, wird dadurch die Aufklärung und Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei und damit die Förderung der materiellen Wahrheit eingeschränkt. Das setzt eine Interessensabwägung voraus. Die Prozessordnung lässt dabei kein stimmiges Konzept erkennen, sondern nimmt diese Interessensabwägung teilweise selbst vor (etwa bei den sachlichen Beweismitteln), zum Teil bleibt es auch dem Rechtsanwender überlassen (etwa bei der Parteienvernehmung und der prozessualen Aufklärungspflicht), ob er von einem höherrangigen Gut auszugehen hat, das die Aufklärung oder Mitwirkung und damit die Förderung der materiellen Wahrheit einschränken kann.
13. Geheimhaltungsregeln rechtfertigen im Bereich der prozessualen Kooperationspflichten Einschränkungen in der Wahrheitserforschung. Kann der davon betroffenen Partei die Aufklärung oder Mitwirkung nicht zugemutet werden, sind der Kooperationspflicht Grenzen gesetzt. Die Regeln zum Schutz von Geheimhaltungsinteressen dokumentieren, dass das Prozessrecht »*keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis will*.« Weigerungsrechte zum Schutz geheimhaltungsbedürftiger Informationen sind das Korrelat zu prozessualen Kooperationspflichten.
14. Auch Unternehmensgeheimnisse sind geeignet, die gebotene Aufklärung und Mitwirkung im Prozess einzuschränken. Die ZPO und verfahrensrechtliche Bestimmungen in Sondernormen knüpfen beim Schutz von Unternehmensgeheimnissen an das allgemeine Verständnis vom Unternehmensgeheimnis an, das nunmehr mit leichten Modifikationen in § 26b UWG normiert wurde. Der verfahrensrechtliche (ausdrückliche) *Schutz von Unternehmensgeheimnissen* ist äußerst *lückenhaft*. Er umfasst nicht die Bestimmungen über das Vorbringen oder die Frage, inwieweit von einem Unternehmensgeheimnis geschützte Informationen in das Verfahren einfließen können, ohne dass das Geheimnis (umfassend) offenbart werden muss. § 26h UWG leitete diesbezüglich einen Paradigmenwechsel ein; die Bestimmung betrifft aber nicht die Frage der Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei.

15. Die Bedeutung des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen im Verfahren wird durch ihre mehrfache *grundrechtliche Absicherung* verstärkt. Ein Eingriff in ein derartiges Geheimnis kann das Eigentumsrecht, das Recht der Berufsfreiheit, das Recht auf Privatleben und das Grundrecht auf Datenschutz tangieren, wobei letzteres nicht schlechthin, sondern nur dann gilt, wenn das Unternehmensgeheimnis personenbezogene Daten betrifft. Der beschriebene Grundrechtsschutz ist in der EMRK, der GRC und im StGG normiert und findet Niederschlag in zahlreichen einfachgesetzlichen Normen bzw in sekundärrechtlichen Normen des Unionsrechts. Dabei genießt das Unternehmensgeheimnis keinen absoluten Schutz, weil dieser nur soweit reicht, als es sich um die unredliche Aneignung oder Verwertung handelt.
16. Der ausdrückliche Schutz von Unternehmensgeheimnissen beschränkt sich im Wesentlichen auf das Beweisverfahren. Beim Umfang der prozessualen Kooperationspflichten ist tunlichst nach *Kongruenz der verschiedenen Formen* zu trachten, was freilich nicht bedeutet, dass die Grenzen der Kooperation sich immer in ein einziges System pressen lassen. Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen kann somit entweder unter das standardisierte System der §§ 303ff ZPO oder unter den offenen Weigerungsgrund bei *genügenden Gründen* im Sinne des § 380 ZPO eingeordnet werden, wobei Letztere sich nicht mit den Zeugnisverweigerungsgründen decken müssen.
17. Aus der prozessualen Mitwirkungspflicht kann die Pflicht zur *Entbindung eines Zeugen* durch die nicht beweisbelastete Partei folgen. Die Tatsacheninstanzen haben im Rahmen einer Abwägung der widerstreitenden Interessen zu prüfen, ob die Weigerung im Einzelfall gerechtfertigt ist. Die Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei sind anhand des Zwecks der betroffenen Normen dem Recht der beweisbelasteten Partei auf effektive Rechtsdurchsetzung, dem die gegenseitige Mitwirkungspflicht zugrunde liegt, gegenüberzustellen und abzuwägen. Dabei ist zu prüfen, ob die Partei einen triftigen Grund zur Geheimhaltung plausibel machen kann oder ob sie Geheimhaltungsinteressen vortäuscht, um im Prozess zu obsiegen.
18. Auch die *prozessuale Aufklärungspflicht* außerhalb des Beweisverfahrens, die (auch) die nicht beweisbelastete Partei verpflichtet, Fragen ihres Gegners über streitgegenstandsrelevante Tatsachen oder Beweismittel zu beantworten, wird bei einem genügenden Grund im Sinne des § 380 ZPO eingeschränkt, wobei darunter der Schutz eines Unternehmensgeheimnisses fallen kann.
19. Verletzungen einer Kooperationspflicht können *negativ gewürdigt* werden. Das setzt aber voraus, dass die Pflicht zur Kooperation ungeachtet geltend gemachter Geheimhaltungsinteressen vom Gericht beschlussmäßig angeordnet wird. Eine derartige *klarstellende Zwischenentscheidung* außerhalb und innerhalb des Beweisverfahrens ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, fördert die Aufklärung und Mitwirkung der Parteien und verhindert, dass Geheimnisse nur des-

- halb in das Verfahren eingeführt werden, weil die nicht beweisbelastete Partei negative Konsequenzen fürchtet.
20. Das referierte geltende System ist von der grundlegenden Annahme geprägt, dass Unternehmensgeheimnisse *entweder* geschützt bleiben *oder* zugunsten der Wahrheitsfindung im Verfahren verwertet werden. Diese »*Entweder-oder*«-Situation ist schon im Hinblick auf mögliche Grundrechtskollisionen problematisch.
 21. Es berührt den Anspruch der beweisbelasteten Partei auf effektiven Rechtsschutz, wenn sie ihre materiellrechtlichen Ansprüche wegen einer Beweisnot nicht durchsetzen und sich wegen des zu schützenden Unternehmensgeheimnisses nicht auf die prozessuale Kooperationspflicht des Prozessgegners berufen kann, der diese Beweisnot beheben könnte. Andererseits wäre es ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die verfassungsrechtlich abgesicherte Geheimhaltungssphäre der nicht beweisbelasteten Partei, wenn diese gehalten wäre, voraussetzungslos und ohne Prüfung der Zumutbarkeit an der Aufklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts zugunsten des Beweisführers mitzuwirken. Ein alternatives Konzept, bei dem die Geheimhaltungsinteressen vor dem Gegner geschützt werden, um der nicht beweisbelasteten Partei die prozessuale Kooperation zumutbar zu machen, steht im Spannungsfeld zum Anspruch auf rechtliches Gehör.
 22. Steht der Schutz von Geheimhaltungsinteressen zum *Anspruch auf rechtliches Gehör* und zum *Recht auf effektive Rechtsdurchsetzung* bzw. zum *Justizgewährungsanspruch* in Spannung, bedarf es aus Sicht der EMRK und des Unionsrechts einer Lösung dieses »*verfassungsrechtlichen Trilemmas*« im Sinne der *praktischen Konkordanz*. Ungeachtet der grundrechtlichen Absicherung von Unternehmensgeheimnissen ist es aus verfassungs- und grundrechtlicher Sicht abzulehnen, dass diese Geheimnisse in einem Zivilprozess *absolut* (im Sinne von uneingeschränkt) geschützt werden müssen. Entsprechendes gilt auch für den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör. Entgegen der noch eher strengen Haltung der österreichischen Rechtsprechung und der wohl noch hL haben sowohl EGMR als auch EuGH Eingriffe in den Gehörsanspruch bereits dann als gerechtfertigt qualifiziert, wenn es gilt, effektiven Rechtsschutz *und* ausreichenden Geheimnisschutz zu gewähren.
 23. Der österreichische Gesetzgeber wird durch die EMRK und die primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts allerdings nicht zur Bereitstellung eines umfassenden »*Geheimverfahrens*« gezwungen. Geboten ist aber eine *praktische Konkordanz* zwischen den betroffenen grundrechtlichen Positionen. Diese besteht nicht in einem *entweder* geheim *oder* kooperativ, sondern muss eine *geschützte Verwertung* von vertraulichen Informationen zum Ziel haben. Die von Unternehmensgeheimnissen betroffenen Tatsachen sollen in einer Art 6 EMRK entsprechenden Form in das Verfahren fließen und

- vom Gericht in seiner Entscheidung nach Möglichkeit derart verwertet werden, *ohne* dass der vom Geheimnis auszuschließende Personenkreis davon erfährt.
24. Zur Förderung der Kooperation der nicht beweisbelasteten Partei sind Eingriffe in das rechtliche Gehör zum Schutz von Geheimhaltungsinteressen zulässig. Das kann dazu führen, dass die Parteiöffentlichkeit auch bei entscheidungsrelevanten Umständen eingeschränkt ist. Das setzt nach der Rechtsprechung des EGMR, an die der EuGH anknüpft, voraus, dass der Eingriff *unbedingt erforderlich* und *verhältnismäßig* ist, ihm eine *umfassende Interessensabwägung* vorausgeht und er schließlich durch *Maßnahmen ausgeglichen* wird, damit das Verfahren *insgesamt* fair ist. Dem Gericht müssen dabei stets die vollen Einsichts- und Überprüfungsmöglichkeiten aller in der Entscheidung zu verwendenden Grundlagen offenstehen.
 25. Die sekundärrechtlichen Regeln des Unionsrechts sind von diesem modernen Grundrechtsverständnis geprägt und trachten danach, widerstreitende, grundrechtlich geschützte Positionen im Dreieck effektive Rechtsdurchsetzung, faires Verfahren und Geheimnisschutz auszugleichen. Viele Regelungen wollen einer *Informationsasymmetrie* unabhängig von einer allfälligen Beweislast mit einer Offenlegungspflicht entgegenwirken, wobei *gleichzeitig* der Schutz vertraulicher Informationen berücksichtigt werden soll.
 26. Die Bezugnahme der Durchsetzungs-RL auf vertrauliche Informationen gibt den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit, von der Normierung von Informationsrechten bereits dann Abstand zu nehmen, wenn diese in Spannung zum nationalen Geheimhaltungsrecht steht. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber gehalten, beide Positionen zu vereinen. Ähnliches gilt etwa für die Kartellschadenersatz-RL und die *Know-how*-RL, wobei diese RL jeweils Maßnahmenkataloge enthalten, die die Herstellung der praktischen Konkordanz erleichtern. Damit sollen vertrauliche Informationen im Verfahren verwertet *und* geschützt werden. Dabei handelt es sich um Maßnahmen zur Einschränkung der Parteiöffentlichkeit. Während das österreichische Prozessrecht noch stark von der Überlegung geprägt ist, ein Geheimnis entweder zu schützen oder zu verwerten, ist das Unionsrecht davon bestimmt, dass die Problematik nur gelöst werden kann, wenn die grundrechtlich geschützten Positionen eben nicht absolut gesehen werden.
 27. Geht es um den Schutz eines Unternehmensgeheimnisses der nicht beweisbelasteten Partei vor einem *Dritten*, erweisen sich die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des österreichischen Prozessrechts als durchaus modern und flexibel genug, um damit sowohl die *Informationsinteressen* des Beweisführers als auch den *Geheimnisschutz* des kooperationspflichtigen Gegners ausreichend zu wahren. Die Auslegung der zur *Volksöffentlichkeit* unmittelbar anzuwendenden EMRK und der einschlägigen Bestimmungen der ZPO lassen einen Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen zu,

sofern der Ausschluss geeignet und erforderlich ist, von der Rechtsordnung anerkannte Ziele unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit zu erreichen. Der entsprechende Ausschlussgrund wurde durch die UWG-Novelle 2018 in § 172 Abs 2 ZPO ausdrücklich normiert. Auch die grundsätzliche Pflicht zur *öffentlichen Urteilsverkündung* oder zur *Veröffentlichung von Entscheidungen* steht weder einer geschützten Verwertung von vertraulichen Tatsachen noch der Erfüllung prozessualer Kooperationspflichten im Weg. Bei der *Akteneinsicht Dritter* werden berücksichtigungswürdige Geheimhaltungsinteressen und damit Unternehmensgeheimnisse der nicht beweisbelasteten Partei weitgehend geschützt, sodass dieser deshalb eine prozessuale Kooperation grundsätzlich zumutbar ist. Der Dritte muss eine zweistufige Interessensprüfung bestehen, zudem ist danach zu trachten, ihm die Einsicht nur im absolut notwendigen Umfang zu gewähren und dabei Unternehmensgeheimnisse tunlichst zu schützen. Bei der Gefahr eines *missbräuchlichen Beitritts* eines Dritten als Nebeninterventent bleiben Unternehmensgeheimnisse grundsätzlich bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zurückweisung des Beitritts geschützt. Auch bei der *Aktenübersendung* im Rahmen der *Rechtshilfe* können Unternehmensgeheimnisse weitgehend gewahrt bleiben, wenngleich darüber – mangels Sonderregelung – im Zweifel das ersuchende Gericht zu entscheiden hat.

28. Insgesamt ermöglicht das geltende Prozessrecht, gegen das nicht mit datenschutzrechtlichen Vorgaben argumentiert werden kann, gegenüber außenstehenden Dritten eine *geschützte Verwertung eines Unternehmensgeheimnisses* der nicht beweisbelasteten Partei. Damit wird den von der Rechtsprechung des EGMR und den im Unionsrecht geprägten Grundsätzen entsprochen und eine prozessuale Kooperation insoweit zumutbar gemacht.
29. Bezüglich des Schutzes eines Unternehmensgeheimnisses *vor dem Gegner* sind die entsprechenden grundrechtlichen Anforderungen im österreichischen Prozessrecht allerdings nur im Ansatz erfüllt. Wohl gibt es zahlreiche Bestimmungen, aus denen ableitbar ist, dass die Parteiöffentlichkeit bereits nach geltender Rechtslage nicht unbeschränkbar ist. Zugunsten als höherwertig angesehener Interessen nimmt das Gesetz durchaus Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit in Kauf. Widerstreitende Interessen können zum Teil durch einen temporären Ausschluss der Parteiöffentlichkeit entschärft werden. Daneben ist es dem Gericht vor allem im Beweisverfahren bei einem zu schützenden Unternehmensgeheimnis möglich, die in einem Zwischenverfahren gebotene Überprüfung von behaupteten Geheimhaltungsinteressen unter *Ausschluss der Parteiöffentlichkeit* vorzunehmen, um es einer aus einem Geheimnis berechtigten bzw verpflichteten Partei damit zu ermöglichen, die Voraussetzungen für die Geheimhaltung schlüssig darzulegen, zu bescheinigen und sich dabei auch auf das Geheimnis inhaltlich zu berufen. Mit diesem *in camera*-(Zwischen)Verfahren bei der Prüfung der prozessualen Kooperation

- kann auf die Geheimhaltungsinteressen der nicht beweisbelasteten Partei Bedacht genommen werden.
30. Einige Maßnahmen des geltenden Rechts zielen darauf ab, vertrauliche, aber *irrelevante* Umstände vor der Gegenpartei zu schützen, wodurch auch die Interessen des Beweisführers gefördert werden, weil erst dadurch der unbedenkliche Teil eines Beweismittels in das Verfahren einfließen und verwertbar gemacht werden kann. Das betrifft vor allem den Urkundenbeweis, aber auch beim Sachverständigenbeweis lässt die Prozessordnung Raum für eine derartige *Filterung*.
 31. Bisher schloss das geltende Prozessrecht – ungeachtet der gesetzlichen Anerkennung von Geheimhaltungsinteressen – ein Geheimverfahren auch bezüglich *entscheidungsrelevanter* Umstände im Verhältnis der Parteien zueinander aus. *De lege lata* scheiterte damit – insb wegen einer strikten Haltung des Gesetzgebers zum rechtlichen Gehör – das Konzept der (auch gegenüber der Gegenpartei) geschützten Verwertung von Geheimnissen.
 32. Mit der UWG-Novelle 2018 wurde ein solches Verfahren mit § 26h UWG für Verfahren ermöglicht, deren Gegenstand das Geheimnis bildet. Grundsätzlich ist es im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz von Geheimnissen zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit schafft, die ebenfalls grundrechtlich geschützte Parteiöffentlichkeit zugunsten des Schutzes von Geheimnissen einzuschränken. Zu kritisieren ist aber vor allem, dass keine ausgleichenden Maßnahmen zu Gunsten des Gegners vorgesehen sind, damit ein solches Verfahren trotz des Eingriffs in Art 6 EMRK insgesamt noch als fair qualifiziert werden könnte. Abgesehen davon betrifft § 26h die Möglichkeiten der geschützten Verwertung der vom *Beweisführer* eingeführten Geschäftsgeheimnisse, nicht aber die Frage der Kooperation der *nicht beweisbelasteten Partei*.
 33. *De lege ferenda* könnte der nicht beweisbelasteten Partei die prozessuale Kooperation wegen der damit verbundenen geschützten Verwertung des von ihr zu wahren Unternehmensgeheimnisses durch einen teilweisen Ausschluss der beweisbelasteten Naturalpartei zumutbar gemacht werden. Es bedarf jedoch ausgleichender Maßnahmen, damit das Verfahren insgesamt den Anforderungen an ein *fair trial* entspricht.
 34. Die Interessenswahrung durch eine dritte, sachverständige Person, die die Unternehmensgeheimnisse prüft und dem Gericht eine Zusammenfassung zur weiteren Verwertung erstattet, ist bei einem damit verbundenen Ausschluss des Gerichts (*Modell des Wirtschaftsprüfervorbehalts*) rechtspolitisch abzulehnen. Der Anspruch auf ein faires Verfahren setzt jedenfalls eine Entscheidung durch ein Gericht voraus, dem volle Kognitionsbefugnis zur Wahrheitsforschung zukommt. Genuin richterliche Tätigkeiten können daher nicht an einen Dritten ausgelagert werden, dessen Schlussfolgerung weder den Parteien noch dem Richter offen stehen. Durch eine sinnvolle Einschränkung des Un-

mittelbarkeitsgrundsatzes kann freilich erreicht werden, dass vertrauliche Tatsachen, die etwa ein Unternehmensgeheimnis betreffen, gefiltert und damit geschützt in das Verfahren eingeführt werden können.

35. Mit einer *Vertreterlösung* kann die gebotene geschützte Verwertung aus grundrechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht *de lege ferenda* umgesetzt werden, was insb für Unternehmensgeheimnisse gilt. Als Vertreter der ausgeschlossenen Partei kann (wegen des zu ihr bestehenden Vertrauensverhältnisses und der deshalb zu erwartenden Interessenskonflikte) nicht deren gewillkürter Prozessvertreter agieren. Es wäre der nicht beweisbelasteten Partei nicht zumutbar, deren Geheimnisse dem Rechtsanwalt des Beweisführers zu offenbaren. Zu bevorzugen ist vielmehr der Einsatz eines gerichtlich bestellten Vertreters nach dem Modell des prozessualen Kurators, der die Naturalpartei im vertraulichen Teil des Verfahrens vertritt und ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Aus der zum prozessualen Abwesenheitskurator ergangenen *Aliyev*-Entscheidung des EuGH ist nicht abzuleiten, dass ein Geheimhaltungskurator nicht in der Lage wäre, die Interessen des Beweisführers umfassend zu vertreten. Vielmehr ist das vorgeschlagene Modell geeignet, den bestehenden Grundrechtskonflikt zwischen dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör sowie der Wahrung von Geheimhaltungsinteressen in praktischer Konkordanz bestmöglich aufzulösen.

□

Literaturverzeichnis

- ▷ *Ablasser-Neuhuber/F.Neumayr*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Kartellsachen, *ecolex* 2011, 103
- ▷ *Adamovic*, Ausschluss der Öffentlichkeit im zivilgerichtlichen Verfahren durch Parteienantrag? *RZ* 2004, 165
- ▷ *Affolter*, Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess (1994)
- ▷ *Affolter*, Durchsetzung von Informationspflichten Seite
- ▷ *Ahrens*, Entscheidungsanmerkung zu BGH I ZR 126/93, *JZ* 1996, 738
- ▷ *Ahrens*, Gesetzgebungsvorschlag zur Beweisermittlung bei Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, *GRUR* 2005, 837
- ▷ *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess (2015)
 - ▷ zitiert *Ahrens*, Beweis, Kapitel Randzahl
- ▷ *Alber*, Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren (1974) 14
 - ▷ zitiert *Alber*, Öffentlichkeit Seite
- ▷ *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch Zivilprozess (2016)
 - ▷ zitiert *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² Seite
- ▷ *Amschewitz*, Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht (2008)
 - ▷ zitiert *Amschewitz*, Durchsetzungsrichtlinie Seite
- ▷ *Angst/Oberhammer*, Kommentar zur Exekutionsordnung³ (2015)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Angst/Oberhammer*³ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch und Geheimnisschutz im Verletzungsprozess (2011)
 - ▷ zitiert *Ann/Hauck/Maute*, Auskunftsanspruch Rz
- ▷ *Ann*, Know-how – Stiefkind des Geistigen Eigentums? *GRUR* 2007, 39
- ▷ *Ann*, EU-Richtlinie zum Schutz vertraulichen Know-hows, *GRUR-Prax* 2016, 465
- ▷ *Apathy*, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, *ÖBA* 2006, 33
- ▷ *Arens*, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, *ZZP* 96 (1983) 1
- ▷ *Arnold*, Berufsgeheimnis der freien Berufe in *Ruppe*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 225
 - ▷ zitiert *Arnold*, Berufsgeheimnis Seite
- ▷ *Arnold*, Einschränkungen des Berufsgeheimnisses – Ausnahmen vom Geheimnisschutz, *ÖJZ* 1982, 1
- ▷ *Arnold*, Entscheidungsanmerkung zu VwGH 82/17/0151, *AnwBl* 1983/1834, 540
- ▷ *Arnold*, Entscheidungsanmerkung zu VwGH 82/14/0027 und 82/14/0294, *AnwBl* 1983/1835, 543
- ▷ *Arnold*, Entscheidungsanmerkung zu VwGH 83/03/0202, *AnwBl* 1985/2289, 598

- ▷ *Arnold*, Entscheidungsanmerkung zu VwGH 86/05/0046, AnwBl 1987/2562, 144
- ▷ *Arnold*, Entscheidungsanmerkung zu VwGH 89/14/0115, AnwBl 1991/3922, 738
- ▷ *Auer*, Stufenklage im Anfechtungsprozess? AnwBl 1986, 120
- ▷ *Bajons*, Entscheidungsanmerkung zu OLG Linz 1 R 55/74, ZfRV 1975, 46
- ▷ *Bajons*, Beweiswiederholung und Verfahrensergänzung in der Berufungsinstanz, FS-Fasching (1988) 19
 - ▷ zitiert *Bajons* in FS-Fasching Seite
- ▷ *Bajons*, Die Beweisführung durch Handelsbücher. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen prozessualer Vorlagepflichten, NZ 1991, 51
- ▷ *Battenstein*, Instrumente zur Informationsbeschaffung im Vorfeld von Patent- und Urheberrechtsverletzungen (2006)
 - ▷ zitiert *Battenstein*, Instrumente zur Informationsbeschaffung Seite
- ▷ *Bahner*, Geheimnisschutz im Zivilprozess (2013)
 - ▷ zitiert *Bahner*, Geheimnisschutz Seite
- ▷ *Barfuß*, Verkauf unter dem Einstandspreis – Darf der Lieferant die Zeugenaussage unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis verweigern? WBl 1989, 139
- ▷ *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch³⁷ (2016)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch³⁷ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Baumgärtel*, Treu und Glaube, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69 (1956) 89
- ▷ *Baumgärtel*, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, FS-Kralik (1986) 63
 - ▷ zitiert *Baumgärtel* in FS-Kralik Seite
- ▷ *Baumgärtel*, »Geheimverfahren« im Zivilprozess zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweizer Vorbild?, FS-Habscheid (1989) 1
 - ▷ zitiert *Baumgärtel* in FS-Habscheid Seite
- ▷ *Baumgärtel*, Die Bedeutung der sog. »tatsächlichen Vermutung« im Zivilprozess – eine Analyse der Rechtsprechung, FS-Schwab (1990) 43
 - ▷ zitiert *Baumgärtel* in FS-Habscheid Seite
- ▷ *Baumgärtel*, Die Beweislastpraxis im Privatrecht (1996)
 - ▷ zitiert *Baumgärtel*, Beweislastpraxis Randzahl
- ▷ *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast³ (2007 bis 2016)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Beweislast³ § Rz
- ▷ *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung (2010)
 - ▷ zitiert *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten Seite
- ▷ *Benkard*, Patentgesetz¹¹ (2015)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Benkard*¹¹ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Benkendorff*, Treu und Glauben im Zivilprozessrecht, JW 1933, 2870
- ▷ *Beran/Klaus/Liebhart/Nigl/Pühringer/Rassi/Roch/Steinhauer*, (Franz) Klein, aber fein – Die Zivilverfahrensnovelle 2002 aus der Sicht des »Arbeitskreises Verfahrensvereinfachung« Teil 1, RZ 2002, 258 und Teil 2, RZ 2003, 2
- ▷ *Beran/Klaus/Nigl/Pühringer/Rassi/Schramm/Steinhauer*, Die ZPO im 21. Jahrhundert – Gedanken zur kommenden und zur übernächsten Zivilverfahrensnovelle, Teil I, RZ 2002, 8

- ▷ *Berg*, Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung im Kartellverwaltungs- und Beschwerdeverfahren (1984)
 - ▷ zitiert *Berg*, Geschäftsgeheimnisse Seite
- ▷ *M. Berger*, Die Wirkungen der Grundrechtscharta auf das Zivilverfahrensrecht in *Brenn*, EU-Recht der Praxis (2017) 15
 - ▷ zitiert *M. Berger* in *Brenn*, Grundrechtscharta Seite
- ▷ *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016)
 - ▷ zitiert *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Randzahl
- ▷ *Bernhardt*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, FS-Rosenberg (1949) 9
 - ▷ zitiert *Bernhardt* in FS-Rosenberg Seite
- ▷ *Bethmann-Hollweg*, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Zivilprozesses (1827)
 - ▷ zitiert *Bethmann-Hollweg*, Versuche Seite
- ▷ *Bienert-Nießl*, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess. Zugleich eine Untersuchung der prozessualen Mitwirkungspflichten der Parteien (2003)
 - ▷ zitiert *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten Seite
- ▷ *Binder*, Pflichten zur Offenlegung elektronisch gespeicherter Informationen im deutschen Zivilprozess am Beispiel der Unternehmensdokumentation, ZfP 122 (2009) 222
- ▷ *Birklbauer*, Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Ein Prozessgrundsatz im Spannungsfeld zwischen Beschuldigten-, Opfer- und Bevölkerungsinteresse, JSt 2009, 109
- ▷ *Böhm*, Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorien des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis, Ius commune VII (1978) 145
 - ▷ zitiert *Böhm*, Ius commune VII Seite
- ▷ *Böhm*, Bewegliches System und Prozesszwecke, in *F.Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 211
 - ▷ zitiert *Böhm*, Bewegliches System Seite
- ▷ *Bornkamm*, Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des Geistigen Eigentums – In-camera-Verfahren im Zivilprozess, FS-Ullmann (2006) 893 (898)
 - ▷ zitiert *Bornkamm* in FS-Ullmann Seite
- ▷ *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung (1982)
 - ▷ zitiert *Brehm*, Bindung Seite
- ▷ *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer*, Praktisches Zivilprozessrecht I⁶
 - ▷ zitiert Bearbeiter in Praktisches Zivilprozessrecht I⁶ Seite
- ▷ *Buchegger/Markowetz*, Grundriss des Zivilprozessrechts (2016)
 - ▷ zitiert *Buchegger/Markowetz*, ZPR Seite
- ▷ *Bülow*, Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen (1868)
 - ▷ zitiert *Bülow*, Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen Seite
- ▷ *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme Nr. 12/2014, Registernummer: 25412265365-88, zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (2014)
 - ▷ zitiert *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme Seite

- *M. Burgstaller*, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse in *Ruppe*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 5
 - zitiert *M. Burgstaller*, Geheimnisschutz Seite
- *A. Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (Stand 22. Lieferung, 2016)
 - zitiert Bearbeiter in *Burgstaller/Deixler-Hübner* Bestimmung Randzahl
- *Busch/Kopp/McGuire/M. Zimmermann*, Konvergenz und Diskrepanz nationaler und europäischer Methodik: Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das äußere System des deutschen Privatrechts, GPR 2009, 150.
- *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011)
 - zitiert *F. Bydlinski*, Methodenlehre² Seite
- *M. Bydlinski*, Zivilprozessordnung. Mit Kommentar zur ZVN 2002 (2002)
 - zitiert *M. Bydlinski*, ZPO Seite
- *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV³ (2016)
 - zitiert *Calliess/Ruffert/Kingreen* in EUV/AEUV³ Norm Randzahl
- *Coulon*, Der Missbrauch der Öffentlichkeit, Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter 1 (1908) Heft 7, 1
- *Cermak*, Entscheidungsanmerkung zu 2 Ob 194/14i, EvBl 2015/155, 1101
- *Csoklich/Scheuba*, Standesrecht der Rechtsanwälte² (2014)
 - zitiert *Csoklich/Scheuba*, Standesrecht² Seite
- *Czychowski*, Auskunftsansprüche gegenüber Internetzugangspvridern »vor« dem 2. Korb und »nach« der Enforcement-Richtlinie der EU, MMR 2004, 514
- *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVVO, Lugano Übereinkommen, VO Zuständigkeit in Ehesachen (»Brüssel IIa-VO«)³ (2009)
 - zitiert *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ [Vorauslage] Bestimmung Randzahl
- *Czernich/Kodek/Mayr*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, Brüssel Ia-Verordnung (EuGVVO 2012) und Übereinkommen von Lugano 2007⁴ (2015)
 - zitiert *Czernich/Kodek/Mayr*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ Bestimmung Randzahl
- *Danzl*, Geo. Kommentar zur Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz⁸ (online, Stand 31.1.2019)
 - zitiert *Danzl*, Geo⁸ Bestimmung Anm
- *Deichfuß*, Rechtsdurchsetzung unter Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen, GRUR 2015, 436
- *Deixler-Hübner*, Fortschreitender Einsatz von Sachverständigen (Teil I), RZ 1992, 251
- *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Das neue Kindschaftsrecht (2013)
 - Bearbeiter in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht Seite
- *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren. Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts⁹ (2015)
 - zitiert *Deixler-Hübner/Klicka*, ZVR⁹ Randzahl
- *Deixler-Hübner*, Beweisfragen im Zusammenhang mit der Geltendmachung des (nach)ehelichen Unterhalts, iFamZ 2016, 360

- ▷ *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, 10
- ▷ *Dienst*, Was erwarten sich Richter und Justizverwaltung vom Sachverständigen? SV 1984/1, 2
- ▷ *Dilcher*, Die prozessuale Verwendungsbefugnis, ein Beitrag zur Lehre vom »rechtswidrigen« Beweismittel, AcP 158 (1958), 469
- ▷ *D. Dirnbacher*, Zum Erkundungsbeweis im schadenersatzrechtlichen Kartellverfahren, ÖZK 2014, 180
- ▷ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Datenschutzrecht² (Stand 21. Lieferung, 2017)
 - ▷ zitiert *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² Bestimmung Anmerkung
- ▷ *Dokalik/Trauner*, Die Nichtigkeitsklage – vom Mauerblümchen zum Massenverfahren? Zur notwendigen Differenzierung zwischen Zustell- und Vertretungsmangel im zivilgerichtlichen Erkenntnisverfahren, RZ 2005, 206
- ▷ *Dolar*, Die freie richterliche Schadensschätzung nach § 273 ZPO als Instrument prozeßökonomischer Streiterledigung, FS-*Fasching* (1988) 139
 - ▷ zitiert *Dolar* in FS-*Fasching* Seite
- ▷ *Dreier*, TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR Int 1996, 205
- ▷ *Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBl 1998, 2
- ▷ *Eck/Dombrowski*, Rechtsschutz gegen Besichtigungsverfügungen im Patentrecht, GRUR 2008, 387
- ▷ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1 Allgemeiner Teil 2 (1951)
 - ▷ zitiert *Ehrenzweig*, System I/1 AT² Seite
- ▷ *Ehrlich/Graf*, Akteneinsicht nach der ZPO, Zak 2008/565, 326
- ▷ *Eisner/Schiffkorn*, Geheimhaltung von Beweisen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen? ZVB 2010/43, 143
- ▷ *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen¹ (ab 1959)
 - ▷ zitiert *Fasching*¹ [Erstauflage] Band Seite oder *Bearbeiter* in *Fasching*¹ [Erstauflage] Band Seite
- ▷ *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (ab 2000)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Fasching/Konecny*² Bestimmung Randzahl, unter Hinweis auf »[Vorauslage]« wenn bereits ein entsprechender Nachfolgebände der dritten Auflage besteht, Angabe des Bandes nur bei Einleitungsbeiträgen
- ▷ *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (ab 2013)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Fasching/Konecny*³ Bestimmung Randzahl; Angabe des Bandes nur bei Einleitungsbeiträgen
- ▷ *Fasching*, Sachverständiger und Richter, SV 1977/1, 14
- ▷ *Fasching*, Prozessprinzipien und Reform des Zivilprozesses, in: Verfahrensgrundsätze – Verfahrensreformen im österreichischen Recht, Vorträge auf der Festveranstaltung der ÖJK im Juni 1978 in Weißenbach (1980) 53
 - ▷ zitiert *Fasching*, Prozessprinzipien Seite

- ▷ *Fasching*, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozess, FS-Matscher (1993) 97
 - ▷ zitiert *Fasching* in FS-Matscher Seite
- ▷ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990)
 - ▷ zitiert *Fasching*, Lehrbuch² Randzahl
- ▷ *Fasching*, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozess, FS-Matscher (1993) 97
 - ▷ zitiert *Fasching* in FS-Matscher Seite
- ▷ *Feil*, Die Stufenklage im Wirtschaftsrecht, GesRZ 1986, 138
- ▷ *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁸ (2014)
 - ▷ zitiert *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁸ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Feil*, Exekutionsordnung⁴ (Loseblatt)
 - ▷ zitiert *Feil*⁴ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Feldner/Thalhammer*, Hausdurchsuchungen durch die BWB und die Bedeutung des Untersuchungsgegenstands, ecolex 2016, 892
- ▷ *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum ABGB (2006 bis 2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Klang*³ Bestimmung Randzahl
- ▷ *von Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege I (1821)
 - ▷ zitiert *von Feuerbach*, Öffentlichkeit und Mündlichkeit Seite
- ▷ *Fezer*, Markenrecht⁴ (2009)
 - ▷ zitiert *Fezer* MarkenR Bestimmung Randzahl
- ▷ *Ficht*, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess (1934)
 - ▷ zitiert *Ficht*, Wahrheitspflicht
- ▷ *Fichtenbauer*, Die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwaltes als Vertragsverfasser, AnwBl 1993, 69
- ▷ *Fischer/Fluck*, Informationsfreiheit versus Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, NVwZ 2013, 337
- ▷ *Fitz/G.Roth*, Verkauf unter dem Einstandpreis: Zur Auslegung und Kritik des § 3a Nahversorgungsgesetz, RdW 1989, 242
- ▷ *Fleck*, Die Redlichkeitspflichten der Parteien im Zivilprozess. Geltungsgrund und Funktion (2004)
 - ▷ zitiert *Fleck*, Redlichkeitspflichten Seite
- ▷ *Forgo-Feldner*, Der OGH und der Zugang zu seinen Entscheidungen in historischer Perspektive, in *Kodek*, Zugang zum OGH (2012) 1
 - ▷ zitiert *Forgo-Feldner* in Zugang zum OGH (2012) Seite
- ▷ *Frauenberger-Pfeiler*, Entscheidungsanmerkung zu EuGH 14.2.2008, *Varec SA/Belgien*, RPA 2008, 103
- ▷ *Franz*, TRIPS plus und der von Zwangsmaßnahmen Betroffene, ZUM 2005, 802
- ▷ *Friedmann*, Geheime Verhandlungen und Wahrung von Geheimnissen im gerichtlichen Verfahren (1895)
 - ▷ zitiert *Friedmann*, Geheime Verhandlungen Seite

- ▷ *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2009)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Frowein/Peukert*: Bestimmung Randzahl
- ▷ *H.Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung – StPO (Stand 262. Lieferung, 2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Fuchs/Ratz*, WK Bestimmung Randzahl
- ▷ *L.Fuchs*, Internationale Zuständigkeit in Außerstreitverfahren (2004)
 - ▷ zitiert *L. Fuchs*, Internationale Zuständigkeit Randzahl
- ▷ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz (2005)
 - ▷ zitiert *Fucik/Kloiber*, AußStrG Bestimmung Randzahl
- ▷ *Fucik*, Akteneinsicht beim Gerichtskommissär: Jenseits notarieller Verschwiegenheitspflichten, NZ 2008/18, 65
- ▷ *Fürstl*, Die neuen österreichischen Zivilprozessgesetze (3 Bände, 1897–1899)
 - ▷ zitiert *Fürstl*, Zivilprozessgesetze Band Bestimmung Anmerkung
- ▷ *Gänser/Harsdorf/Xeniadis*, Hausdurchsuchung Neu: Eine verpasste Chance zur Annäherung an das Europäische Vollzugsumfeld – Teil I, ÖJK 2013, 20
- ▷ *Garber*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Zivilprozess – ein Überblick, ÖJZ 2012/70 640
- ▷ *Gartner-Müller*, Informationsfreiheit, Transparenz und Open Government Data versus Geheimhaltungspflichten in der österreichischen Rechtsordnung, JRP 2015, 169
- ▷ *Gärtner*, Zum Richtlinienentwurf über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, NZG 2014, 650
- ▷ *Gassauer-Fleissner*, Neue EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, ecolex 2016, 707
- ▷ *Gebauer*, Dürfen Zuhörer öffentliche Gerichtsverhandlungen auf mechanische Schallträger aufnehmen? JBl 1959, 151
- ▷ *Gerhardt*, Beweisvereitelung im Zivilprozessrecht, AcP 1169 (1969) 289
- ▷ *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit (2017)
- ▷ *Gersdorf/Paal*, Informations- und Medienrecht (2014)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Gersdorf/Paal* Bestimmung Randzahl
- ▷ *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Bestimmung Randzahl
- ▷ *Giefing*, Der Schutz von Geschäftsräumlichkeiten und das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung: Unterschiedliche Standards in Fragen des Grundrechtsschutzes von Unternehmen vor EuGH und EGMR? JBl 2005, 85
- ▷ *Gniadek*, Die Beweisermittlung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (2011)
 - ▷ zitiert *Gniadek*, Beweisermittlung Seite
- ▷ *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht (2016)
 - ▷ zitiert *Gomille*, Informationsproblem Seite
- ▷ *Götting*, Die Entwicklung neuer Methoden der Beweisbeschaffung zur Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen. Die Anton-Piller-Order – Ein Modell für das deutsche Recht? GRUR Int 1988, 729;
- ▷ *Gottwald*, Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozeß, BB 1979, 1780

- ▷ *Gottwald*, Entscheidungsanmerkung zu BGH II ZR 30/77, ZZZ 92 (1979) 364
- ▷ *Gottwald*, Die prozessuale Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich, in *Buchegger* (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozess V (1995) 21
 - ▷ zitiert *Gottwald*, Aufklärungspflicht Seite
- ▷ *Gottwald*, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts, Gutachten A für den 61. Deutschen Juristenverband (1996)
 - ▷ zitiert *Gottwald*, Gutachten Seite
- ▷ *Gottwald*, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS-Stürner (2013) 301
 - ▷ zitiert *Gottwald* in FS-Stürner Seite
- ▷ *Götz*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren (2014)
 - ▷ zitiert *Götz*, Schutz Seite
- ▷ *Grabenwarter*, Großverfahren nach dem AVG, ZfV 2000, 718
- ▷ *Grabenwarter*, Die Umsetzung der zweiten Geldwäscherichtlinie in das Berufsrecht der Wirtschaftstreuhänder, RWZ 2004/34, 130
- ▷ *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997)
 - ▷ zitiert *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien Seite
- ▷ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016)
 - ▷ zitiert *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § Randzahl
- ▷ *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union EUV/AEUV (Stand 60. Lieferung, 2016)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Norm Randzahl
- ▷ *C.Graf*, Akteneinsicht im Außerstreitverfahren und § 141 AußStrG, Zak 2007/733, 427
- ▷ *C.Graf*, Auskunftspflichten im Unterhaltsrecht, Zak 2007/434, 243
- ▷ *J.-P. Graf*, Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra (Stand 27. Edition, 2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in BeckOK StPO Bestimmung Randzahl
- ▷ *Grasböck*, Entscheidungsanmerkung zu BVwG W187 2123993-2, ZVB 2016/94, 391
- ▷ *Greger*, Kooperation als Prozessmaxime in *Schwab*, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa (2000) 77
 - ▷ zitiert *Greger*, Kooperation Seite
- ▷ *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld³ (2013)
 - ▷ zitiert *Greifeneder/Liebhart*, Pflegegeld³ Randzahl
- ▷ *Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht⁷ (2015)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Groeben/Schwarze/Hatje* Bestimmung Randzahl
- ▷ *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts² (1982)
 - ▷ zitiert *Grunsky*, Grundlagen Seite
- ▷ *Grunsky*, Der Nachweis des Vertretenseins einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, AuR 1990, 105
- ▷ *Grunsky*, Entscheidungsanmerkung zu LAG Nürnberg 5 TaBV 41/89, AUR 1991, 223
- ▷ *Guckelberger*, Entscheidungsanmerkung zu EuGH 9.11.2010, *Volker und Markus Schecke GbR ua/Land Hessen*, EuZW 2010, 946

- ▷ *Habscheid*, Das Recht auf Beweis, ZZP 96 (1983) 306
- ▷ *Hacker*, Vertraulichkeitsschutz vs. Rechtsdurchsetzung: der Fall Davidoff Hot Water, GPR 2014, 143
- ▷ *Haedicke*, Informationsbefugnisse des Schutzrechtsinhabers im Spiegel der EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, FS-Schricker (2005) 19;
 - ▷ zitiert *Haedicke* in FS-Schricker Seite
- ▷ *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, 1. Abteilung [1880]
 - ▷ zitiert *Hahn*, Materialien I Seite
- ▷ *Haidmayer*, Entscheidungsanmerkung zu 9 Ob 70/14f, EvBl 2015/53, 363
- ▷ *Hanslik*, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren (2013)
 - ▷ zitiert *Hanslik*, Parteiengehör Seite
- ▷ *Harbich*, Einige Fragen der anwaltlichen Verschwiegenheit, AnwBl 1983, 671
- ▷ *Harbich*, Akteneinsicht, Amtshilfe und Auskunftspflicht, AnwBl 1988, 3
- ▷ *von Hartz*, Beweissicherung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (2004)
 - ▷ zitiert *von Hartz*, Beweissicherung Seite
- ▷ *von Hartz*, Beweissicherungsmöglichkeiten im Urheberrecht nach der Enforcement-Richtlinie im deutschen Recht, ZUM 2005, 376
- ▷ *Hauck*, Geheimnisschutz im Zivilprozess – was bringt die neue EU-Richtlinie für das deutsche Recht? NJW 2016, 2218
- ▷ *Heinze*, Europäisches Primärrecht und Zivilprozess, EuR 2008, 654
- ▷ *Hellbling*, Die Verschwiegenheitspflicht, JBl 1958, 254
- ▷ *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur Exekutionsordnung⁴ (1967–1976)
 - ▷ zitiert *Heller/Berger/Stix*⁴ Seite
- ▷ *Henckel*, Sanktionen bei Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör, ZZP 77 (1964) 321
- ▷ *Henckel*, Rezension zu Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, ZZP 92 (1979) 100
- ▷ *Herz*, Die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts im Honorarprozess, AnwBl 1957, 23
- ▷ *Herz*, Zur Zeugenpflicht des Rechtsanwalts, ÖJZ 1970, 92
- ▷ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (1999) Rz 72 und 317 ff
 - ▷ zitiert *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts²⁰ Randzahl
- ▷ *Heß*, Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess (2006)
 - ▷ zitiert *Heß*, Wahrheits- und Aufklärungspflicht Seite
- ▷ *Hiesel*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009/12, 111
- ▷ *Hiesel*, Entwicklungen der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2016/28, 207
- ▷ *von Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess (1939);
 - ▷ zitiert *von Hippel*, Wahrheitspflicht Seite
- ▷ *Höllwerth*, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002? ÖJZ 2004/17, 251

- ▷ *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht² (1976)
 - ▷ zitiert, *Holzhammer*, Zivilprozessrecht² Seite
- ▷ *H. Hopf*, Zugänglichkeit der Entscheidungen des Obersten Gerichtshof, FS-M. Schneider (2013) 497
 - ▷ zitiert *H. Hopf* in FS-M. Schneider Seite
- ▷ *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch – StGB² (Stand 174. Lieferung, 2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Höpfel/Ratz*, WK² Bestimmung Randzahl
- ▷ *Hoeren*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das IFG, in Jahrbuch Informationsfreiheit und Informationsrecht 2008 105
 - ▷ zitiert *Hoeren*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Seite
- ▷ *Honsell*, Der Geheimnisschutz im Zivilrecht, in *Ruppe*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 45
 - ▷ zitiert *Honsell*, Geheimnisschutz Seite
- ▷ *Horten*, Österreichische Zivilprozessordnung (1908)
 - ▷ zitiert *Horten* ZPO Seite
- ▷ *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Holoubek/Lienbacher*, Bestimmung Randzahl
- ▷ *von Hülsen*, Gebrauch und Mißbrauch US.-amerikanischer pre-trial *discovery* und die internationale Rechtshilfe, RIW 1982, 225.
- ▷ *Ibbeken*, Das TRIPs-Übereinkommen und die vorgerichtliche Beweishilfe im gewerblichen Rechtsschutz (2004)
 - ▷ zitiert *Ibbeken*, TRIPs-Übereinkommen Seite
- ▷ *Jabornegg*, Entscheidungsanmerkung zu 3 Ob 508/93, JBl 1996, 451
- ▷ *Jabornegg*, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 254/99f, JBl 2000, 662
- ▷ *Jaeger*, Gemeinschaftskompetenz »private enforcement«? JBl 2007, 349
- ▷ *Jahnel*, Begriff und Arten von personenbezogenen Daten, in *Jahnel*, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2008 (2008), 27
 - ▷ zitiert *Jahnel*, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2008 Seite
- ▷ *Jahnel*, OGH: Kein Schutz von Unternehmensdaten nach dem DSGVO? RdW 2005/244, 200
- ▷ *Jahoda*, Datenschutz und Öffentlichkeit, AnwBl 1980, 291
- ▷ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2016)
 - ▷ *Jarass*, GRCh³ Norm Randzahl
- ▷ *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozess, in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 45 (70).
 - ▷ zitiert *Jelinek*, Der Sachverständige Seite
- ▷ *Jelinek*, Befangenheit des Sachverständigen im Zivilprozess, FS-100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 319
 - ▷ zitiert *Jelinek* in FS-100 Jahre Hauptverband Seite
- ▷ *Kaan*, Die Verschwiegenheitspflicht berufsmäßiger Parteienvertreter im Abgabenverfahren, NBIRA 1965, 3
- ▷ *Kadecka*, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1942)
 - ▷ zitiert, *Kadecka*, UWG Seite

- ▷ *Kalbfus*, Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR 2016, 1009
- ▷ *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter in Kalss/Nowotny/Schauer* Randzahl
- ▷ *Kaps*, KaWeRÄG 2012: Auskunftsverlangen und Versiegelung – alles neu? wbl 2013, 369
- ▷ *Kaps*, Parteistellung und Akteneinsicht in Kartellsachen, ÖBl 2017/2, 6
- ▷ *Karger*, Beweisermittlung im deutschen und US-amerikanischen Softwareverletzungsprozess, 1996, 119
 - ▷ zitiert *Karger*, Beweisermittlung Seite
- ▷ *Katzenmeier*, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweiselasteten Partei im Zivilprozess, JZ 2002, 533
- ▷ *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess (1995)
 - ▷ zitiert *Kersting*, Wirtschaftsgeheimnis Seite
- ▷ *Kitz*, Rechtsdurchsetzung im geistigen Eigentum – die neuen Regeln, NJW 2008, 2374
- ▷ *Klein*, Die schuldhafte Parteihandlung (1885)
 - ▷ zitiert *Klein*, Die schuldhafte Parteihandlung Seite
- ▷ *Klein*, Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich (1891)
 - ▷ zitiert *Klein*, Pro futuro Seite
- ▷ *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses (1900)
 - ▷ zitiert *Klein*, Vorlesungen Seite
- ▷ *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse in Franz Klein – Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe, Band I (1927) 117
 - ▷ zitiert *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen Seite
- ▷ *Klein*, Zeit und Geistesströmungen im Prozesse² (1958)
 - ▷ zitiert *Klein*, Zeit und Geistesströmungen²
- ▷ *Klein/Engel*, Der Zivilprozess Österreichs (1927)
 - ▷ zitiert *Klein/Engel*, Zivilprozess Seite
- ▷ *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON (2010 mit laufender online Aktualisierung)
 - ▷ *Bearbeiter in ABGB-ON*^{1.0x} Bestimmung Randzahl
- ▷ *Klicka*, Aufklärungspflichten der Prozessparteien im österreichischen Zivilprozessrecht, JBl 1992, 231
- ▷ *Klicka*, Zum Umfang der Unterlassungsexekution nach § 355 EO – Aktuelle Abgrenzungsfragen zwischen Handlungs- und Unterlassungsexekution bei Beseitigungsansprüchen, wbl 2003, 260
- ▷ *Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1995)
 - ▷ zitiert *Klicka*, Beweislastverteilung Seite
- ▷ *Klicka*, Die Bindungswirkung bei Nebenintervention und Streitverkündung – Zur Einführung der §§ 68 und 74 dZPO in Österreich durch den OGH mittels des LGVÜ, JBl 1997, 611.
- ▷ *Klicka*, Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Zivilverfahrensrechts durch die verstärkten Senate des Obersten Gerichtshofs, FS-Schütze (1999) 367
 - ▷ zitiert *Klicka* in FS-Schütze Seite
- ▷ *Klicka*, Die österreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002, ZZPInt 7 (2002) 179

- ▷ *Kloepfer/Greve*, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 579
- ▷ *Kloepfel*, Konkurrenzklausele, Geschäftsgeheimnis und Öffentlichkeit des Zivilprozesses, JW 1914, 223.
- ▷ *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Stand 16. Lieferung, 2015)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in Rill-Schäffer-Kommentar Bestimmung Randzahl
- ▷ *Knell*, Die Kuratoren im österreichischen Recht (1974)
 - ▷ zitiert *Knell*, Kuratoren Seite
- ▷ *Köbl*, Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine unzeitgemäße Form? FS-Schnorr von Carolsfeld (1972) 235
 - ▷ zitiert Köbl in FS-Schnorr von Carolsfeld Seite
- ▷ *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013)
 - ▷ zitiert *Koch*, Mitwirkungsverantwortung Seite
- ▷ *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess (1987)
 - ▷ zitiert *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel Seite
- ▷ *Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, ÖJZ 2001, 281 und 334
- ▷ *Kodek*, Die Anwendbarkeit von Art 6 EMRK im Provisorialverfahren, Zak 2010/7, 8
- ▷ *Kodek*, Einstweilige Verfügungen im Familienrecht und Art 6 EMRK – Überlegungen aus Anlass der Entscheidung Micallef gegen Malta, EF-Z 2010/35, 58
- ▷ *Kodek*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Vertragsverfassers im Prozess zwischen den Vertragsparteien, in *Heidinger/Jud-Zöchling*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011 (2011) 87
 - ▷ zitiert *Kodek*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011 Seite
- ▷ *Kodek*, Einstweilige Verfügungen nach Micallef v Malta – eine Nachlese, FS-Delle Karth [2013] 539
 - ▷ zitiert *Kodek* in FS-Delle Karth Seite
- ▷ *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ (2018)
 - ▷ zitiert *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Randzahl
- ▷ *Kofler/Nadvornik/Pernsteiner*, Handbuch Bilanz- und Abschlussprüfung³ (Stand 4. Lieferung, 2001)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in HBA³ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Kohler*, Prozessrechtliche Forschungen (1989)
 - ▷ zitiert *Kohler*, Forschungen Seite
- ▷ *Koller*, Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess, in WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Sachverständigen im Wirtschaftsrecht (2013) 97
 - ▷ zitiert *Koller*, Sachverständigenbeweis Seite
- ▷ *Konecny*, Einstweilige Verfügungen zugunsten von Räumungsklagen, wobl 1991, 49
- ▷ *Konecny*, Einstweilige Verfügungen in Bestandstreitigkeiten, JBl 1994, 9
- ▷ *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Stand 56. Lieferung, 2016)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Konecny/Schubert*, Bestimmung Randzahl
- ▷ *Konecny*, Entscheidungsanmerkung zu 4 Ob 101/09w, EvBl 2010/18, 130
- ▷ *König*, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 61/10t, JBl 2010, 610

- ▷ *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁵ (2017)
 - ▷ zitiert *König*, Einstweilige Verfügungen⁵ Rz
- ▷ *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht (Stand 13. Lieferung, 2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Bestimmung Randzahl
- ▷ *Korn*, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 15/91, MR 1991, 235
- ▷ *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in KBB⁵ Bestimmung Norm
- ▷ *Kralik*, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953)
 - ▷ zitiert *Kralik*, Vorfrage Seite
- ▷ *Kralik*, Die Wirksamkeit der Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Österreich, in Atti del 3^o Congresso internazionale di diritto processuale civile (1969) 307
 - ▷ zitiert *Kralik*, Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Seite
- ▷ *Kralik*, Entscheidungsanmerkung zu 4 Ob 9, 10/79, ZAS 1980, 142
- ▷ *Kralik*, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der ZPO von 1895, in *Hofmeister*, Forschungsband Franz Klein (1988) 89
 - ▷ zitiert *Kralik* in FB Franz Klein Seite
- ▷ *Kramer*, Juristische Methodenlehre⁵ (2016)
 - ▷ zitiert *Kramer*, Methodenlehre⁵ Seite
- ▷ *Krammer*, Die »Allmacht« des Sachverständigen – Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit (1990)
 - ▷ zitiert *Krammer*, »Allmacht« Seite
- ▷ *Krammer/Schmidt*, Sachverständigen- und Dolmetschergesetz – Gebührenanspruchsgesetz³ (2001)
 - ▷ zitiert *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG³ Bestimmung Anmerkung
- ▷ *Krammer*, Zur Beweiskraft des Sachverständigenbeweises – Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Überprüfung, FS-100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 267
 - ▷ zitiert *Krammer* in FS-100 Jahre Hauptverband Seite
- ▷ *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten. Handbuch für die Praxis² (2015)
 - ▷ zitiert *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige² Seite
- ▷ *Kraßer*, Der Schutz des Know-how nach deutschem Recht, GRUR 1970, 587
- ▷ *Kriechbaumer*, Schadenersatz wegen Kartellverstößen: Auswirkungen der EU-Richtlinie 2014/104, RdW 2015/315, 353
- ▷ *Krüger/Rauscher*, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung⁵ Band 1 und 2 (2016)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in MünchKomm⁵ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Krüger/Rauscher*, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung⁴ Band 3 (2013)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in MünchKomm⁴ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz² (2013)
 - ▷ zitiert *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz²
- ▷ *Kuderna*, Die Verschwiegenheitspflicht der Betriebsratsmitglieder und deren Bindung an das Datengeheimnis, FS-Floretta, (1983) 577
 - ▷ zitiert *Kuderna* in FS-Floretta Seite

- ▷ *Kühne*, Ausschluss der Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 1971, 224
- ▷ *Kühnen*, Die Besichtigung im Patentrecht. Eine Bestandsaufnahme zwei Jahre nach »Faxkarte«, GRUR 2005, 185
- ▷ *Kürschner*, Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozess, NJW 1992,
- ▷ *Lachmann*, Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, dargestellt am Beispiel des EDV-Prozesses, NJW 1987, 2206
- ▷ *J. Lang*, Die Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess (1999)
 - ▷ zitiert *Lang*, Aufklärungspflicht Seite
- ▷ *S. Lang*, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs 1 Satz 1 ZPO (2007)
 - ▷ zitiert *S. Lang*, Urkundenvorlagepflichten Seite
- ▷ *Laumen*, Die »Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr« – ein beweisrechtliches Problem, NJW 2002, 3739
- ▷ *Laumen*, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beweisvereitelung, MDR 2009, 177
- ▷ *Leipold*, Entscheidungsanmerkung zu BGH 7 ABR 25/92, SAE 1996, 69
- ▷ *Lejeune*, Die neue EU Richtlinie zum Schutz von Know-How und Geschäftsgeheimnissen, CR 2016, 330
- ▷ *Lent*, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozessrecht, ZZP 67 (1954) 344
- ▷ *Leppin*, Besichtigungsanspruch und Betriebsgeheimnis, GRUR 1984, 552 und 696
- ▷ *Lieberknecht*, Die Behandlung von Geschäftsgeheimnissen im deutschen und EG-Recht, WuW 1988, 833
- ▷ *Liebscher*, Datenschutz bei der Datenübermittlung im Zivilverfahren (1994)
 - ▷ zitiert *Liebscher*, Datenschutz Seite
- ▷ *Lienbacher*, Der Öffentlichkeitsgrundsatz des Zivil- und Strafverfahrens im österreichischen Verfassungsrecht, ÖJZ 1990, 425 (Teil 1) und 515 (Teil 2)
- ▷ *Lienbacher*, Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessensabwägung und Abwägungsentscheidungen (2014), 85
 - ▷ zitiert *Lienbacher*, Abwägungsentscheidungen Seite
- ▷ *Lindinger/Öhlböck*, Drum prüfe, wer sich beziehe – Urkundenvorlagepflicht nach § 82 ZPO, AnwBl 2006, 9
- ▷ *Lorenz*, Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozessrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozess? ZZP 111 (1998) 42
- ▷ *Lüderitz*, Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte (1996)
 - ▷ zitiert *Lüderitz*, Ausforschungsverbot Seite
- ▷ *Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33
- ▷ *Lüke*, Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, 2
- ▷ *Makatsch/Mir*, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen – Angst vor der eigenen »Courage«? EuZW 2015, 7
- ▷ *Malmström*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess: Unter besonderer Berücksichtigung des Geheimnisschutzes inter partes (2013)
 - ▷ zitiert *Malmström*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Seite

- ▷ *Markfort*, Geistiges Eigentum im Zivilprozess (2001)
 - ▷ zitiert *Markfort*, Geistiges Eigentum Seite
- ▷ *Marshall*, Der Besichtigungsanspruch, FS-Preu (1988) 151
 - ▷ zitiert *Marshall* in FS-Preu Seite
- ▷ *Matscher*, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 31 (1980) 1
- ▷ *Matsumoto*, Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts in Japan, ZZP 121 (2008) 203
- ▷ *Manhart*, Verschwiegenheit und Doppelvertretung, AnwBl 2014, 161
- ▷ *Mayer/Kucsko-Stadlermayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015)
 - ▷ zitiert *Mayer/Kucsko-Stadlermayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz
- ▷ *Mayer/Stöger*, Kommentar zu EUV und AEUV (Stand 189.Lieferung, 2016)
- ▷ Bearbeiter in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV, Bestimmung Randzahl
- ▷ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, EMRK⁴ (2017)
 - ▷ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, Bestimmung Randzahl
- ▷ *McGuire*, Die neue Enforcement Directive 2004/48/EG und ihr Verhältnis zum TRIPS-Übereinkommen, ÖBl 2004/63, 255
- ▷ *McGuire*, Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums. Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, GRUR Int 2005, 15
- ▷ *McGuire*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Prozess: Eine verdeckte Lücke in der ZPO? (2013) (unveröffentlichte Vortragsunterlage)
 - ▷ zitiert *McGuire*, Schutz Seite
- ▷ *McGuire/Joachim/Künzel/Weber*, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des Geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs (Q215), GRUR Int 2010, 829
- ▷ *McGuire*, Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind? Lücken und Regelungsalternativen vor dem Hintergrund des RL-Vorschlags GRUR 2015, 424
- ▷ *McGuire*, Der Schutz von Know-how im System des Immaterialgüterrechts. Perspektiven für die Umsetzung der Richtlinie über Geschäftsgeheimnisse, GRUR 2016, 1000
- ▷ *Melullis*, Zum Besichtigungsanspruch im Vorfeld der Feststellung einer Verletzung von Schutzrechten, FS-Tilmann (2003) 843
- ▷ *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Meyer*, Charta der Grundrechte der EU⁴ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Mondel*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht² (2013)
 - ▷ zitiert *Mondel*, Kuratoren² Randzahl
- ▷ *Morhard*, Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen (1993)
 - ▷ zitiert *Morhard*, Erklärung Seite
- ▷ *Moritz*, Darf die Nichtentbindung von einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht der Beweiswürdigung unterzogen werden? ÖGZ 1986/11, 16
- ▷ *Morscher*, Öffentlichkeit und Verwaltung, ZÖR 31 (1980) 39
- ▷ *Morscher/Christ*, Grundrecht auf öffentliche Verhandlung gem. Art. 6 EMRK, EuGRZ 2010, 272

- ▷ *Musielak*, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, 193
 - ▷ zitiert *Musielak* in FG-BGH Seite
- ▷ *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung¹⁶ (2019)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Musielak/Voit*¹⁶ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen⁴ (1927–1928)
 - ▷ zitiert *Neumann*, Kommentar⁴ Band Seite
- ▷ *Neumayr*, Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren 1⁶ (2012)
 - ▷ zitiert *Neumayr*, Erkenntnisverfahren 1⁶, Seite
- ▷ *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *ZellKomm*² Bestimmung Randzahl
- ▷ *NN*, Bemerkungen zu der sogenannten »Beantwortung«, JBl 1898, 254
- ▷ *Novak*, Treu und Glauben im Zivilprozeß, ÖJZ 1949, 338
- ▷ *Nowak/Schwaighofer*, Das Recht auf öffentliche Urteilsverkündung in Österreich, EuGRZ 1985, 725
- ▷ *Oberhammer*, Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung. Gesichtspunkte der »Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess«, in *Kralik/Rechberger*, Konfliktvermeidung und Konfliktregelung (1993) 31
 - ▷ zitiert *Oberhammer*, Richtermacht Seite
- ▷ *Oberhammer*, Richterliche Gewalt, gegenseitige Unterstützung und anwaltliche Vertretung im österreichischen Zivilprozessrecht, in: *L'assistance dans la résolution des conflits*, 4^e partie: Europe médiéval et moderne, suite, Recueils de la Société Jean Bodin LXV (1998) 215
 - ▷ zitiert *Oberhammer*, Richterliche Gewalt Seite
- ▷ *Oberhammer*, Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZZP 113 (2000) 295
- ▷ *Obermaier*, Tarifpost 2, 3 und § 11 RATG, RZ 2008, 222
- ▷ *Obermaier*, Aufhebung von »ungeprüft« durch den VfGH – was nun? ÖJZ 2011, 1112
- ▷ *Obermaier*, Kostenhandbuch, Kostenersatz im Zivilprozess und im Verfahren außer Streit² (2013)
 - ▷ zitiert *Obermaier*, Kostenhandbuch² Randzahl
- ▷ *Öhlinger*, Entscheidungsanmerkung zu EuGH C-112/13, *Aliyev* EuZW 2014, 955
- ▷ *Olzen*, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, ZZP 98 (1985) 403
- ▷ *Oppel*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Vergaberechtsschutz, ZVB 2015/135, 490
- ▷ *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz und Informationsinteresse bei der Durchsetzung privater Rechte – vorbereitende Auskunftsansprüche und Aufklärung im Zivilprozess in *Schön*, Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht (2009) 9
 - ▷ zitiert *Osterloh-Konrad*, Geheimnisschutz Seite
- ▷ *Österreichische Notariatskammer*, Handbuch notarielle Verschwiegenheit (2015)
 - ▷ zitiert *Österreichische Notariatskammer*, Verschwiegenheit, Randzahl
- ▷ *Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Stand 17. Lieferung, 2014)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Pabel/Schmahl* IntKommEMRK Bestimmung Randzahl

- ▷ *Pagenberg*, Betrieblicher Know-How-Schutz in gerichtlichen Auseinandersetzungen, CR 1991, 65
- ▷ *Parker/Lewisch*, Materielle Wahrheitsfindung im Zivilprozess, in *Bundesministerium für Justiz/Lewisch/Rechberger*, 100 Jahre ZPO: Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 203
 - ▷ zitiert *Parker/Lewisch* in 100 Jahre ZPO Seite
- ▷ *Parzmayr*, Die Grenzen der Öffentlichkeit im Zivilprozess, ÖJZ 2016/86, 635
- ▷ *Paulus*, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses – rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Betrachtungen – AcP 197 (1997) 136
- ▷ *Peer*, Die Akteneinsicht, ÖJZ 2008/96, 915
- ▷ *Peters*, Ausforschungsbeweis im Zivilprozess (1966)
 - ▷ zitiert *Peters*, Ausforschungsbeweis Seite
- ▷ *Peters*, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 82 (1969) 200
- ▷ *Peters*, Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozessförderungspflicht? FS-Schwab (1990) 399
 - ▷ zitiert *Peters* in FS-Schwab Seite
- ▷ *Petschek/Stagel*, Der österreichische Zivilprozess (1963)
 - ▷ zitiert *Petschek/Stagel*, Zivilprozess 223
- ▷ *Pfersmann*, Bemerkenswertes aus der SZ 67/II, ÖJZ 1997, 364
- ▷ *Ploch-Kumpf*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung (1996)
 - ▷ zitiert *Ploch-Kumpf*, Schutz Seite
- ▷ *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozessrechts mit Einschluss des Exekutionsrechts² (1932)
 - ▷ zitiert *Pollak*, ZPR² Seite
- ▷ *Prankl/Seeber*, Der Sinn und Zweck des § 345 ZPO, ÖJZ 2017/18, 109
- ▷ *Probst*, Wirtschaftsverrat und Wirtschaftsspionage (1976)
 - ▷ zitiert *Probst*, Wirtschaftsverrat
- ▷ *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter. Berufsgeheimnisse und ihre Anerkennung im Zivilprozess, Strafprozess, Verwaltungsverfahren, Abgabeverfahren, Finanzstrafverfahren und Kartellverfahren der EU-Kommission (1998)
 - ▷ zitiert *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz Seite
- ▷ *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozess (1966)
 - ▷ zitiert *Prölss*, Beweiserleichterungen Seite
- ▷ *Prunbauer-Glaser*, »Legal Professional Privilege« vs Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit, FS-Benn-Ibler (2011) 289
 - ▷ zitiert *Prunbauer-Glaser* in FS-Benn-Ibler Seite
- ▷ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983)
 - ▷ zitiert *Prütting*, Gegenwartsprobleme Seite
- ▷ *Prütting/Weth*, Die Vertretung einer Gewerkschaft im Betrieb – Geheimverfahren zum Nachweis der Voraussetzungen« DB 1989, 2273
- ▷ *Prütting/Weth*, Zur Zulässigkeit beweisrechtlicher Geheimverfahren, AuR 1990, 269
- ▷ *Prütting*, Datenschutz und Zivilverfahrensrecht in Deutschland, ZZP 106 (1993), 427

- ▷ *Prütting/Weth*, Geheimnisschutz im Prozessrecht, NJW 1993, 576
- ▷ *Prütting*, Informationsbeschaffung durch neue Urkundenvorlagepflichten, FS-Nemeth (2003) 703
 - ▷ zitiert *Prütting* in FS-Nemeth Seite
- ▷ *Prütting*, Geistiges Eigentum und Verfahrensrecht, insbesondere beweisrechtliche Fragen, FS-Bartenbach (2005) 417
 - ▷ zitiert *Prütting* in FS-Bartenbach Seite
- ▷ *Prütting/Gehrlein*, ZPO Kommentar⁹ (2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Prütting/Gehrlein*⁹ Bestimmung Randzahl
- ▷ *C.Fuchs*, Grundrechte im Verwaltungsstrafrecht, in *Raschauer/Wessely*, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz² (2016)
 - ▷ zitiert C.Fuchs, Grundrechte im Verwaltungsstrafrecht Randzahl
- ▷ *Rassi*, Pflicht zur amtswegigen Beiladung Dritter im Zivilprozess, RZ 1996, 102
- ▷ *Rassi*, Der prozessuale Abwesenheitskurator, RZ 1996, 215
- ▷ *Rassi*, Die Kosten des Abwesenheitskurators im Zivilprozess, RZ 1997, 234
- ▷ *Rassi*, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891
- ▷ *Rassi*, Die Bestellung des Abwesenheitskurators, NZ 1998, 321
- ▷ *Rassi*, Fragen der Bucheinsicht im Gesellschaftsrecht, ecolex 1999, 546
- ▷ *Rassi*, Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 121 (2008) 165
- ▷ *Rassi*, Entscheidungsanmerkung zu 4 Ob 177/09x, EvBl 2010/57, 408
- ▷ *Rassi*, Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren (Teil I) Beweislast, Beweislastverschiebung und Mitwirkungspflicht, EF-Z 2010/149, 212
- ▷ *Rassi*, Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren (Teil II) Aufklärungspflicht und materiellrechtliche Auskunftspflichten, EF-Z 2011/4, 14
- ▷ *Rassi*, Das Dogma vom Verbot des Ausforschungsbeweises: Eine Analyse der österreichischen Rechtsprechung, FS-Simotta (2012) 443
 - ▷ zitiert *Rassi* in FS-Simotta Seite
- ▷ *Rassi*, Die richterliche Anleitungspflicht und das Verbot von Überraschungsentscheidungen in der österreichischen Rechtsprechung – Entwicklungen seit der Zivilverfahrensnovelle 2002, FS-Delle Karth (2013) 767
 - ▷ zitiert *Rassi* in FS-Delle Karth Seite
- ▷ *Rassi*, »Ungeprüft« verfassungswidrig! ecolex 2012, 313.
- ▷ *Rassi*, Fragen zum Datenschutz im Zivilverfahren, FS-M.Schneider (2013) 403
 - ▷ zitiert *Rassi* in FS-M.Schneider Seite
- ▷ *Rassi*, Intimes, Privates und Geheimes. Fragen zur Zulässigkeit und zum Umfang von selbständigen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen im Zivilprozess, SV 2014 H 1, 2
- ▷ *Rassi*, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 198/12d, GesRZ 2014, 126
- ▷ *Rassi*, Wenn das Gericht mehr sieht als die Parteien. Grundlagen, Einschränkungen und Ausschluss der Parteiöffentlichkeit im Zivilprozess, ÖJZ 2014/154, 1043
- ▷ *Rassi*, Geheimnisschutz bei der Akteneinsicht und Aktenübersendung im Zivilprozess, Zak 2014/583, 303

- ▷ *Rassi*, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, *Zak* 2016/758, 404
- ▷ *Rassi*, Die Nähe zum Beweis. Eine Analyse der Rechtsprechung, *ÖJZ* 2017/45, 297
- ▷ *Rassi*, Die Vertretungsmacht und der Rechtsschutz beim Abwesenheitskurator im Lichte der Aliyev-Entscheidung des EuGH, *RZ* 2017, 3
- ▷ *Rassi*, Die Beweislastverteilung im Bestandrecht (2018)
 - ▷ zitiert *Rassi*, Beweislastverteilung Randzahl
- ▷ *Rassi*, Geheimnisschutzverfahren nach der UWG-Novelle 2018, *ecolex* 2019, 142
- ▷ *Rassi*, Prozessualer Vertraulichkeitsschutz, Zur Umsetzung der GeschäftsgeheimnisRL im Verfahrensrecht, *ipCompetence* Vol. 21 (2019), 28
- ▷ *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs durch das arca-nigra-Verfahren (2009)
 - ▷ zitiert *Rausch*, Arca-nigra-Verfahren, Randzahl
- ▷ *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997)
 - ▷ zitiert *Rebhahn*, Staatshaftung Seite
- ▷ *Rechberger*, Das Dogma von der Bindung des Geständnisses, *NZ* 1991, 69
- ▷ *Rechberger/Oberhammer*, Mitwirkung im österreichischen Zivilverfahren im Lichte von Art 6 EMRK, *ZZP* 106 (1993) 347
- ▷ *Rechberger/Oberhammer*, Die Anforderungen der EMRK an ein »fair trial«, *Dike International* 1996, 287
- ▷ *Rechberger*, Rechtssicherheit, Entscheidungsharmonie und Bindung an Vorfrageentscheidungen: Überlegungen zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft im österreichischen Zivilprozessrecht in FS-Nakamura (1996) 477
 - ▷ zitiert *Rechberger* in FS-Nakamura Seite
- ▷ *Leipold*, Wahrheit und Beweis im Zivilprozess, FS-Nakamura (1996)
 - ▷ zitiert *Leipold* in FS-Nakamura Seite 301
- ▷ *Ludwig*, Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen, *EuR* 2011, 715
- ▷ *Lüpke/Müller*, »Pre-Trial discovery of Documents« und § 142 ZPO – ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht, *NZI* 2002, 588.
- ▷ *Rechberger*, Die österreichische Zivilprozessordnung an der Jahrtausendwende, *Festschrift 100 Jahre Zivilprozessordnung* (1998) 55
 - ▷ zitiert *Rechberger* in FS 100 Jahre ZPO Seite
- ▷ *Rechberger*, Der österreichische Oberste Gerichtshof als (Ersatz-)Gesetzgeber, *FS-Schütze* (1999) 711
 - ▷ zitiert *Rechberger* in FS-Schütze Seite
- ▷ *Rechberger*, Entscheidungsanmerkung zu 3 Ob 215/02t, *MR* 2003, 82
- ▷ *Rechberger*, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozesses in Europa, *Ritsumeikan Law Review (R.L.R.)* 2008, 101
- ▷ *Rechberger*, Die Methode im Zivilprozess – ein Stiefkind? *FS-Mayer* (2011) 595
 - ▷ zitiert *Rechberger* in FS-Mayer Seite
- ▷ *Rechberger*, Die Rechtsstellung der Beteiligten beim Sachverständigenbeweis, *SV Sonderausgabe* 2012, 24
- ▷ *Rechberger*, Außerstreitgesetz² (2013)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Rechberger*, AußStrG² Bestimmung Randzahl

- ▷ *Rechberger/Klicka*, Kommentar zur ZPO⁵ (2019)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Rechberger/Klicka*⁵ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Redeker/Pres/Gittinger*, Einheitlicher Geheimnisschutz in Europa (Teil 2), WRP 2015, 812
- ▷ *Reich-Rohrwig*, Zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, *ecolex* 1992, 334
- ▷ *Reischauer*, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 129
- ▷ *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB) (1976)
 - ▷ zitiert *Reischauer*, Entlastungsbeweis Seite
- ▷ *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union³ (2014)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Rengeling/Middeke/Gellermann*³ Kapitel Randzahl
- ▷ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2015)²
 - ▷ zitiert *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kapitel Randzahl
- ▷ *Riel*, Kommunikation und Öffentlichkeit im Insolvenzverfahren in *Konecny*, Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 189 ff
 - ▷ zitiert *Riel*, Öffentlichkeit im Insolvenzverfahren Seite
- ▷ *Riel*, (Keine) Akteneinsicht des Schuldners in Gläubigerausschussprotokolle, ZIK 2015/55, 53
- ▷ *Riss*, Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel (2016);
 - ▷ zitiert *Riss*, Gemeinschaftlichkeit Seite
- ▷ *Röhl*, Das rechtliche Gehör, NJW 1953, 1532s
- ▷ *Röhsner*, Aufkündigungsverfahren und Datenschutz, *immolex* 2000, 349
- ▷ *Rojahn*, Das geheime Know-how: Wie geheim darf/muss das Zivilverfahren sein? FS-Loewenheim (2009) 251.
 - ▷ zitiert *Rojahn* in FS- Loewenheim Seite
- ▷ *Rosenberg*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts¹ (1927)
 - ▷ zitiert *Rosenberg*, ZPR¹ Seite
- ▷ *Rosenberg*, Die Beweislast: Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung⁵ (1965)
 - ▷ zitiert *Rosenberg*, Beweislast⁵ Seite
- ▷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR¹⁷ (2010)
 - ▷ zitiert *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR¹⁷ Abschnitt Randzahl
- ▷ *H.Roth*, Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch – das Erkenntnisverfahren ZZP 109 (1996) 271
- ▷ *M. Roth/Egger*, Zweites Gewaltschutzgesetz, EF-Z 2009/93, 125
- ▷ *W.Roth*, Der Anspruch auf öffentliche Verhandlung nach Art. 6 I EMRK im verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelverfahren, EuGRZ 1998, 495
- ▷ *Rüffler*, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995)
 - ▷ zitiert *Rüffler*, Sachverständige Seite
- ▷ *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000 bis 2007)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Rummel*³ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Rummel/Lukas*, Kommentar zum ABGB⁴ (2014 bis 2015)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Rummel/Lukas*⁴ Bestimmung Randzahl

- ▷ *Säcker*, Berliner Kommentar zum TKG³ (2013)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Säcker* TKG³ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Saenger*, Zivilprozessordnung⁷ (2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Saenger*⁷ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre (1951)
 - ▷ zitiert *Sauer*, Prozessrechtslehre Seite
- ▷ *Sawang*, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht (2010)
 - ▷ zitiert *Sawang*, Geheimhaltung Seite
- ▷ *Schachter*, Umsetzung der Enforcement-Directive in Österreich, Verschärfte Sanktionen im Immaterialgüterrecht, *ecolex* 2006, 810
- ▷ *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung (1992)
 - ▷ zitiert *Schatz*, Beweisvereitelung Seite
- ▷ *Schilken*, Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb, *SAE* 1993, 308
- ▷ *Schiller*, Befundaufnahme – Beteiligtenbefragung und ihre Grenzen, *SV* 2001/1, 8
- ▷ *Schima*, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 69/56, *JBl* 1956, 412
- ▷ *Schlosser*, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, *JZ* 1991, 599
- ▷ *Schlosser*, Das Bundesverfassungsgericht und der Zugang zu den Informationsquellen im Zivilprozess, *NJW* 1992, 3275
- ▷ *Schlosser*, Wirtschaftsprüfervorbehalt und prozessuales Vertraulichkeitsinteresse der nicht primär beweis- und substantiierungsbelasteten Prozeßpartei, *FS-Großfeld* (1999) 997
 - ▷ zitiert *Schlosser* in *FS-Großfeld* Seite
- ▷ *Schmidt*, Sachverständige im Spannungsfeld, *SV* 2005/1, 11
- ▷ *Schmoller*, Beweisverwertungsverbote im Diskussionsentwurf zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, *RZ* 2000, 154
- ▷ *Schneider*, Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie, in *Aichberger-Beig/Leupold/Oelkers/Perner/Ramharter*, Vertrauen und Kontrolle im Privatrecht (2011) 165
 - ▷ zitiert *Schneider*, Geheimnisschutz Seite
- ▷ *Schneider*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, *ecolex* 2011, 96
- ▷ *Schneider*, Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch? *ÖJZ* 2013/18, 149
- ▷ *Schneider*, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 157/14b, *EvBl* 2015/61, 422
- ▷ *Schneider*, Die vorfrageweise Beurteilung der Vaterschaft beim Unterhaltsregress, *EF-Z* 2016/112, 251
- ▷ *G. Schneider*, Begutachtung zwischen Kulturwandel und Rechtsdogmatik, *DAG* 2014/27, 61
- ▷ *Schnitzler*, Vorwirkungen der Kartellschadenersatzrichtlinie, *WuW* 2015, 1003
- ▷ *Schöberl*, Beweis des Gegenteils und Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dargestellt am Beispiel des § 155 PatG, *ÖJZ* 2005/17, 287
- ▷ *Schoibl*, Die Zivilverfahrens-Novelle 2002, *JAP I* 2003/2004, 12

- ▷ *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (ab 2009)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² Bestimmung Randzahl
- ▷ *Schroeder*, Abwägungsentscheidungen im Unionsrecht in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessensabwägung und Abwägungsentscheidungen (2014), 67
 - ▷ zitiert *Schroeder*, Abwägungsentscheidungen Seite
- ▷ *Schrutka von Rechtenstamm*, Grundriss des Zivilprozessrechts² (1917)
 - ▷ zitiert *Schrutka von Rechtenstamm*, Grundriss² Seite
- ▷ *Schumacher*, Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 673
- ▷ *Schumacher*, Unternehmensgeheimnisse im Zivilprozess, ÖBl 1988, 89
- ▷ *Schumacher*, Beweislast und Geschäftsgeheimnis, ecolex 1990, 37
- ▷ *Schumacher*, Richterliche Anleitungspflichten (2000)
 - ▷ zitiert *Schumacher*, Anleitungspflichten Seite
- ▷ *Schumacher*, Urkundenvorlagepflichten der Banken im Prozess, ÖBA 2007, 197
- ▷ *Schumacher*, Keine Vollstreckbarkeit eines Beschlusses auf Urkundenvorlage, JBl 2007, 253
- ▷ *Schumacher*, Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 123 (2010) 283
- ▷ *Schumacher*, Entscheidungsanmerkung zu 8 ObA 9/15d, EvBl 2016/5, 40
- ▷ *M. Schweighofer*, Entscheidungsanmerkung zu 2 Ob 194/14i, ÖZPR 2015/96, 153
- ▷ *Schweikhardt*, Die Beweislast bei Verletzung von Schutzrechten auf Verfahren und Vorrichtungen, deren Verwendung am fertigen Erzeugnis nicht zu erkennen ist, GRUR 1962, 116
- ▷ *Schweitzer*, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen Aufsatz; NZKart 2014, 335
- ▷ *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar zum ABGB (2011 bis 2016)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Schwimmann/Kodek*⁴ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Seichter*, Der Auskunftsanspruch nach Artikel 8 der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (2006) FS-Ullmann, 983
 - ▷ zitiert *Seichter* in FS-Ullmann Seite
- ▷ *Seiler*, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre (1960)
 - ▷ zitiert *Seiler*, Schutz Seite
- ▷ *Seiler*, Die Verwendung des Tonbandes im Strafprozess, JBl 1963, 68
- ▷ *Seelos*, 14. Competition Talk: »The New Directive on Private Enforcement on EU Competition Law: the Way forward in its Implementation« [Diskussionsbericht], ÖZK 2015, 15
- ▷ *Siebert*, Geheimnisschutz und Auskunftsansprüche im Recht des Geistigen Eigentums (2011)
 - ▷ zitiert *Siebert*, Geheimnisschutz Seite
- ▷ *Siegert*, Die §§ 286 und 287 ZPO in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1958, 1025.
- ▷ *Sindelar*, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 157/14b, ÖBA 2015/2114, 44

- ▷ *Simotta*, Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht, ÖJZ 1993, 793 und 839
- ▷ *Simotta*, Die familienrechtlichen Entschlagungsgründe der ZPO, ÖJZ 1997, 486
- ▷ *Simotta*, Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozess, FS-Matscher (1993) 449
 - ▷ zitiert *Simotta* in FS-Matscher Seite
- ▷ *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht (2006)
 - ▷ zitiert *Solé*, Verfahren Randzahl
- ▷ *Spenling*, Datenschutz im Zivilrecht. Vortragsunterlage (2015)
 - ▷ zitiert *Spenling*, Datenschutz Seite
- ▷ *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege I (1930)
 - ▷ zitiert *Sperl*, Bürgerliche Rechtspflege I Seite
- ▷ *Spindler/Weber*, Der Geheimnisschutz nach Art. 7 der Enforcement-Richtlinie, MMR 2006, 711
- ▷ *Sprung*, Die Ausgangsposition österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Reich, ZZP 92 [1979] 4
- ▷ *Stadler*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, NJW 1989, 1202
- ▷ *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren (1989)
 - ▷ zitiert *Stadler*, Schutz des Unternehmensgeheimnisses Seite
- ▷ *Stadler*, Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung; erweiterbare Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessreform, FS-Beys (2003) 1625
 - ▷ zitiert *Stadler* in FS-Beys Seite
- ▷ *Stadler*, Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht, ZZP 123 (2010) 261
- ▷ *Stauder*, Überlegungen zur Schaffung eines besonderen Beweisverfahrens im europäischen Patentverletzungsrecht – Saisie-contrefaçon oder actio ad exhibendum als Beispiele? GRUR Int 1978, 230
- ▷ *Stauder*, Umfang und Grenzen der Auskunftspflicht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int 1982, 226
- ▷ *Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung²² (ab 2002)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Stein/Jonas*²² Bestimmung Randzahl
- ▷ *Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung²³ (ab 2013)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Stein/Jonas*²² Bestimmung Randzahl
- ▷ *Stenzl*, Datenschutzrechtliche Probleme im Zivilverfahren (2000) (Diss Wien)
 - ▷ zitiert *Stenzl*, Datenschutzrechtliche Probleme Seite
- ▷ *Störmer*, Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, JuS 1994, 238, 334
- ▷ *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch³ (2003)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Straube*, HGB online Bestimmung Randzahl
- ▷ *Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch – UGB II/RLG³ (2012)
 - ▷ zitiert in *Straube/Ratka/Rauter*³ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch – UGB⁴ (2016)
 - ▷ zitiert in *Straube/Ratka/Rauter*⁴ Bestimmung Randzahl

- ▷ *Streinz/Michl*, Die Drittwirkung des europäischen Datenschutzgrundrechts (Art 8 GRCh) im deutschen Privatrecht, *EuZW* 2011, 384
- ▷ *Stricker*, Der Berufsgeheimnisträger als Zeuge, *ÖJZ* 2015/44, 310
- ▷ *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976)
 - ▷ zitiert *Stürner*, Aufklärungspflicht Seite
- ▷ *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess (1982)
 - ▷ zitiert *Stürner*, Richterliche Aufklärung Seite
- ▷ *Stürner*, Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozess, *JZ* 1985, 453
- ▷ *Stürner*, Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess, *ZZP* 98 (1985), 237
- ▷ *Stürner/Stadler*, Entscheidungsanmerkung zu BGH X ZR 18/84, *JZ* 1985, 1101
- ▷ *Stürner*, Entscheidungsanmerkung zu BGH II ZR 159/89, *ZZP* 104 (1991), 203
- ▷ *Stürner*, Beweislastverteilung und Beweisführungslast in einem harmonisierten europäischen Zivilprozess, in *FS-Stoll* (2001) 699
 - ▷ zitiert *Stürner* in *FS-Stoll* Seite
- ▷ *Stürner*, Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, *ZZP* 123 (2010) 147
- ▷ *Stürner*, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, *FS-Vollkommer* (2006) 201
 - ▷ zitiert *Stürner* in *FS-Vollkommer* Seite
- ▷ *Stürner*, Liberalismus und Zivilprozess. Versuch einer rechtsvergleichenden Bilanz, *ÖJZ* 2014/95, 629
- ▷ *Sutter/Urtz*, Die mündliche Verhandlung im Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsgerichten nach der BAO sowie im Verfahren vor dem VwGH, *FS-Ritz* (2015) 309
 - ▷ zitiert *Sutter/Urtz* in *FS-Ritz* Seite
- ▷ *Thiele*, Aktuelle Entwicklungen und Judikatur im anwaltlichen Honorar- und Kostenrecht 2010, in *Heidinger/Jud-Zöchling*, *Jahrbuch Anwaltsrecht 2011* (2011) 43
 - ▷ zitiert *Thiele*, *Jahrbuch Anwaltsrecht 2011* Seite
- ▷ *Thiele*, Entscheidungsanmerkung zu 8 ObA 35/11x, *jusIT* 2012/32, 72
- ▷ *Thienel*, Vorbehalt zu Art 6 MRK ungültig, *AnwBl* 2001, 22
- ▷ *Thomas/Putzo*, *Zivilprozessordnung*³⁸ (2017)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Thomas/Putzo*³⁸ Bestimmung Randzahl
- ▷ *Tilmann/Schreibauer*, Beweissicherung vor und im Patentverletzungsprozess, *FS-Erdmann* (2002) 901
 - ▷ zitiert *Tilmann/Schreibauer* in *FS-Erdmann* Seite
- ▷ *Tilmann*, Beweissicherung nach Art. 7 der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, *GRUR* 2005, 737
- ▷ *Tilmann*, Beweissicherung nach europäischem und deutschem Recht, *FS-Ullmann* (2006) 1013
 - ▷ zitiert *Tilmann* in *FS-Ullmann* Seite
- ▷ *Treichel*, Die französische Saisie-contrefaçon im europäischen Patentverletzungsprozeß, *GRUR Int* 2001, 690
- ▷ *Trenker*, Der prozessuale Abwesenheitskurator, insbesondere im Kontext europäischen Zivilprozessrechts – zugleich eine Besprechung zu 9 Ob 15/12i, *ZfRV* 2013/28, 213

- ▷ *Trenker*, Rechtsschutz bei fehlerhafter Bestellung eines Abwesenheitskurators, ÖJZ 2014/139
- ▷ *Trenker*, Interventionswirkung bei Streitverkündung und Nebenintervention, ÖJZ 2015/18, 103
- ▷ *Trümner*, Der Nachweis des »Vertreten-Seins-im-Betrieb« durch die Gewerkschaft, BetrR 1989, 145
- ▷ *W. Tschugguel*, Entscheidungsanmerkung zu 3 Ob 17/10m, iFamZ 2010/209, 288
- ▷ *W. Tschugguel*, »Akteneinsicht« durch den Gerichtskommissär, iFamZ 2013, 155
- ▷ *Tubis*, Die Öffentlichkeit des Verfahrens nach Art 6 I EMRK, NJW 2010, 415
- ▷ *Ungerank*, Zur Zulassung des Nebenintervenienten, FS-Delle Karth (2013) 985
 - ▷ zitiert *Ungerank* in FS-Delle Karth 985
- ▷ *Véron*, Saisie-contrefaçon³ (2013)
- ▷ *Vözlmann-Stickelbrock*, Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses? ZJP 118 (2005), 359
- ▷ *Vorwerk/Wolf*, Beck'scher Online-Kommentar ZPO (Stand 24. Edition, 2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in BeckOK ZPO Bestimmung Randzahl
- ▷ *Wach*, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes I (1885)
 - ▷ *Wach*, Handbuch I Seite
- ▷ *Wach*, Vorträge über die Reichszivilprozessordnung² (1896)
 - ▷ zitiert *Wach*, Vorträge Seite
- ▷ *Wach*, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, ZJP 29 (1901) 359
- ▷ *G.Wagner*, Europäisches Beweisrecht – Prozessrechtsharmonisierung durch Schiedsgerichte, ZEuP 2001, 441
- ▷ *G.Wagner*, Datenschutz im Zivilprozess, ZJP 108 (1995) 193
- ▷ *G. Wagner*, Urkundenedition durch Prozessparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706
- ▷ *Wartenburger*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Geheimnisschutz von Unternehmen in *Schön*, Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht (2009) 49
 - ▷ zitiert *Wartenburger*, Verfassungsrechtliche Vorgaben Seite
- ▷ *Waterstraat*, Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess, ZJP 118 (2005) 459
- ▷ *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör² (2000)
 - ▷ zitiert *Waldner*, Rechtliches Gehör² Randzahl
- ▷ *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960)
 - ▷ zitiert *Walter*, Gerichtsbarkeit Seite
- ▷ *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in *Schambeck*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 476
 - ▷ zitiert *Walter* in *Schambeck* Seite
- ▷ *Walker*, Zur Problematik beweisrechtlicher Geheimverfahren an einem Beispiel aus dem Arbeitsgerichtsprozeß, FS-E. Schneider (1997) 147
 - ▷ zitiert *Walker* in FS-E.Schneider Seite

- ▷ *Wassermann*, Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat (1978)
 - ▷ zitiert *Wassermann*, Der soziale Zivilprozess Seite
- ▷ *Weh*, Die Bilanzoffenlegungsrichtlinien und die Grundrechte, *GesRZ* 2000, 114
- ▷ *Weitbrecht*, Die Umsetzung der EU-Schadenersatzrichtlinie, *WuW* 2015, 959
- ▷ *Weiss/Knyrim*, Datenschutz in der Justiz, *ecolex* 2006, 74
- ▷ *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994)
 - ▷ zitiert *Welser*, Schadenersatz Seite
- ▷ *Werner*, Der Konflikt zwischen Geheimnisschutz und Sachaufklärung im Kartellverfahren, *FS-Pfeiffer* (1988) 821
 - ▷ zitiert *Werner* in *FS-Pfeiffer* Seite
- ▷ *Wiebe/Kodek*, *UWG*² (2012) (Stand 49. Lieferung, 2016)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Wiebe/Kodek*² Bestimmung Randzahl
- ▷ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht³ (2016)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht³ Seite
- ▷ *Wiedemann*, Handbuch Kartellrecht³ (2016)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Kartellrecht*³ Abschnitt Randzahl
- ▷ *Willms*, Zur Verfassungsgarantie der richtigen Wahrheitsfindung, *FS-Dreher* (1977) 137
 - ▷ zitiert *Willms* in *FS-Dreher* Seite
- ▷ *Winkler von Mohrenfels*, Abgeleitete Informationspflichten im deutschen Zivilprozess (1986)
 - ▷ zitiert *Winkler von Mohrenfels*, Informationspflichten Seite
- ▷ *Wisleitner*, Die Akteneinsicht des Verpflichteten bei der Fahrnisexekution vor Beginn des Vollzugs, *RZ* 1991, 273
- ▷ *Witz*, Grenzen des Geheimnisschutzes in *FS-Bornkamm* (2014) 513
 - ▷ zitiert *Witz* in *FS-Bornkamm* Seite
- ▷ *Wolff*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts² (1947)
 - ▷ zitiert *Wolff*, Grundriss² Seite
- ▷ *Wollmann/Urlesberger*, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, *ecolex* 2013, 252
- ▷ *Zechner*, Sicherungsexekution und einstweilige Verfügung (2000)
 - ▷ zitiert *Zechner* eV Seite
- ▷ *Zekoll/Bolt*, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess: Amerikanische Verhältnisse in Deutschland? *NJW* 2002, 3129
- ▷ *Zeuner*, Gedanken zum Spannungsverhältnis zwischen Offenheit zivilgerichtlicher Rechts- und Wahrheitspflicht und Geheimhaltungsinteressen in der Beziehung der Beteiligten, *FS-Gaul* (1997) 845
 - ▷ zitiert *Zeuner* in *FS-Gaul* Seite
- ▷ *Zeuner*, Rechtliches Gehör, in-camera-Verfahren und Zivilprozess, *FS-Kollhosser* (2004) 811
 - ▷ zitiert *Zeuner* in *FS-Kollhosser* Seite
- ▷ *Zeuner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, *FS-Nipperdey* (1965) 1013
 - ▷ zitiert *Zeuner* in *FS-Nipperdey* Seite

-
- ▷ *Zib/Dellinger*, UGB (2010 bis 2017)
 - ▷ zitiert Bearbeiter in *Zib/Dellinger* Bestimmung Randzahl
 - ▷ *Wi. Zimmermann*, Staatlicher Zivilprozess – quo vadis? RZ 2015, 198
 - ▷ *Zöller*, Zivilprozessordnung³¹ (2016)
 - ▷ zitiert *Bearbeiter* in *Zöller*³¹ Bestimmung Randzahl

Sachverzeichnis

Die Zahlen beziehen sich auf die Randziffern. Fette Zahlen geben die jeweilige Hauptfundstelle des Stichworts an.

Abstimmungsgeheimnis	723 ff	<u>A</u>
Abwesenheitskurator	980 ff, 984	
Adresse geheime	729 ff	
Akteneinsicht	230, 460, 657 ff , 888 f	
—, Rechtsmittelakt	726	
Aktenübersendung	248, 662, 699 ff	
anonymer Zeuge	393, 961, FN 1954, FN 2936	
Anton Piller Order	441, FN 1426 , FN 1647, FN 2340	
Anwalt	s Rechtsanwalt	
Äquivalenz	251, FN 1497	
Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess	88 ff , 93, 119, 202, 548, 875 f	
Aufklärungspflicht prozessuale	5, 11 ff, 29, 49, 56 ff, 61 ff, 72 ff, 93 ff , 119 ff, 139 f, 191, 197 ff, 271, 282, 321, 351 ff, 367, 486, 833, 837, 935	
Augenschein	113, 137, 189 f, 222, 275 ff , 364, 720, 880	
Ausforschungsbeweis	139 ff	
Ausgangssituation	7	
Auskunftsrecht (§ 184 ZPO)	93 ff, 351 ff	
Auskunftssachen	113, 190, 275 ff , 282 ff, 364	
Aussageverweigerungsgrund	s Weigerungsgrund	
Behauptungslast	9	<u>B</u>
Behauptungsnot	4	
Beratungsgeheimnis	723 ff	
Berufsfreiheit	236	
Beschluss klarstellender	816	
Besichtigungsanspruch (BGB)	482, 842	
Betriebsgeheimnis	s Unternehmensgeheimnis	
Beweis, alleiniger	398 f, FN 1133	
Beweis, Recht auf	80, 87, 209	
Beweisantrag	FN 16	

Beweiserleichterungen	6
Beweisführer	9
Beweislast	1 ff, 9, 20
—, objektive	20, 44
Beweislastregeln	44 f
Beweislastumkehr	19 ff, 26 ff, 296 ff, 302 f
Beweislastverteilung	36, 45 ff, 50 f, 124, 258
Beweisnähe	19 ff
Beweisnot	1 ff, 17 ff, 26 f, 44, 47 ff, 52, 64, 123, 138 f, 166, 170, 188, 196, 277, 331, 360, 377, 435, 437, 477, 676, 756, 828, 868, 873, 919 f, 1016, FN 1491
Beweisnotstand	s Beweisnot
Beweisschwierigkeiten	s Beweisnot
Beweissicherung	6, 197, 269, 441 ff, 482 f, 665, 777, 783, 865, 955, FN 528, FN 722, FN 1481, FN 2977
Beweisvereitelung	188 ff, 297
Beweisverträge	FN 1127
Beweiswürdigung	5, 49, 61, 60 ff , 79 f, 98, 115, 193, 268 ff , 275 ff, 295, 304 ff , 311 ff, 316 ff, 321, 322 ff, 345, 347 ff, 356 ff, 360 ff, 481, 783, 787, 805, 807, 816, 847, 939, 958 f, 966 ff, FN 252, FN 1092 f, FN 1624, FN 2921, FN 2936
D Darlegungslast sekundäre	8
Datenschutz	238 ff, 448, 562, 604 ff, 623, 659 ff, 675 ff, 699 ff, 726, 749, 814, FN 1745, FN 2490, FN 2882
discovery	14, 74, FN 92, FN 328
Durchsetzungs-RL	242, 437 ff , 476 ff, 484 ff, 846, 865, 896
Düsseldorfer Modell	482, 487, 973, FN 1641
E effektiver Rechtsschutz	80, 249 ff, 336, 361, 385, 410, 415, 427 ff, 457, 503, 687, 732, 839 f, 924, 986
Effektivität	251 f, 405 f, 409, 416, 432, 693, 950, FN 2999
Eigentumsrecht	234
Einkommensverhältnisse	30 ff
einstweilige Verfügung	s Verfügungsverfahren
Entbindung	189 ff, 286, 290 ff , 368, 374, 541, 545, FN 161, FN 1210
Entscheidung, Zugang zur	648 ff, 883 ff
Entscheidungsveröffentlichung	230, 637 ff
Erkundungsbeweis	139 ff
F fair trial	10, 80, 249 f, 361, 380, 392, 395 ff, 472 ff, 484, 507 f, 614, 639, 722, 868, 873, 888, 913, 950 ff, 986, FN 1327
Fragerecht (§ 184 ZPO)	93 ff, 351 ff

Geheimverfahren	476 ff, 714 ff, 818 ff, 831 ff, 877, 885, 960, 977 ff	<u>G</u>
Gehör rechtliches	81, 185, 249, 378, 379 ff , 391, 416 ff , 461, 468 ff, 687, 715, 718 ff, 827 ff, 895 ff, 981, 985 f, 988 ff, 1009, 1019	
gerichtlich bestellter Vertreter	s Kurator	
Geschäftsgeheimnis	s Unternehmensgeheimnis	
Geschäftsgeheimnis-RL	s Know-how-RL	
geschützte Verwertung von Unternehmensgeheimnissen	258, 379 ff, 511 ff, 714 ff, 924 ff, FN 1012	
Geständnisfiktion	42, 51, 61, 268, 275 ff	
Gläubigerausschuss	723	
Grundrechtscharta	237 f, 241, 246, 251, 416 f, 424 f, 429 f, 450, 716, 924, 981, 983, 986 ff, 996 ff, 1009, 1016, FN 903, FN 927, FN 934, FN 1327, FN 1329, FN 2883	
Grundrechtsschutz	234 ff, 247 ff, 451 ff	
Handelsbücher	757 ff	<u>H</u>
Hausrecht	804 f	
Immunität	773 ff	<u>I</u>
in camera-Verfahren ...	437, 453, 476 ff , 715 ff, 722, 808, 818 ff, 817 ff, 903 ff , 924, 934 ff, FN 1133	
Informationsrechte materielle	6, 194 ff , 927	
Inkognitoadoption	737	
Justizgewährungsanspruch	80, 208, 249 ff, 385 ff, 410, 415, 427 ff , 687, 702, 808, 986, 997	<u>J</u>
Kartellschadenersatz-RL	242, 267, 270, 455 ff , 467, 469, 484, 490 ff, 509, 550, 558, 828, 881	<u>K</u>
Know-how-RL	217 f, 243, 466 ff , 484 ff, 491, 550, 592 f, 655, 895 ff , 915, 973, FN 107	
Kongruenz bei Mitwirkung	279 ff, 310, 353	
Konkordanz praktische	378, 385 ff , 422, 463, 475, 478, 484, 505, 710, 714, 769, 828, 837, 840, 853, 873, 924, 971, 981, 1018 f	
Kooperationspflicht	1 ff, 51 ff, 67 ff, 93 ff, 119 ff, 139 ff, 188 ff, 194 ff, 208 ff, 258 ff, 275 ff, 279 ff, 290 ff, 316 ff, 341 ff, 351 ff, 360 ff, 511 ff, 616, 652, 657, 661, 682, 718, 739 f, 755 f, 767, 769, 808, 822, 867 ff, 890, 935, 979 f	
Kronzeuge	432 f, 457, 460, 693	
Kunstgeheimnis	s Unternehmensgeheimnis	
Kurator	976 ff	
Lauterkeitsrecht	29, 43, 49, 218 ff, 225 ff, 247, 254, 895 ff, 966	<u>L</u>
medizinische Untersuchung	799 ff	<u>M</u>
Mitwirkungspflicht	5, 9 ff, 16, 55, 75, 90, 111 ff , 813	
Mobistar-Entscheidung des EuGH	420 ff , 478	

N	Nachtsperre	520
	Nähe zum Beweis	19 ff
	Nationalsozialismus	FN 325
	Nebenintervenient	695 ff
	Nebenintervention	695 ff
	nemo tenetur	2, 12, 17 f, 70, 72 ff, FN 326, FN 1133, FN 1136
	Nichtigkeit	83, 516, 520, 524, 568, 575, 596, 633 ff, 719, 726, 743, 791, 809, 865, FN 1836
	Nichtigkeitsklage	381, 990
	non liquet	1, 44 ff, 55, 137, 270
	Notar	958 ff
O	Öffentlichkeit	s Volksöffentlichkeit
P	Parteienvernehmung	116, 279 ff, 316 ff , 353 ff, 729, 769
	Parteiöffentlichkeit	393 ff, 463, 468 ff, 476 ff, 490, 513 ff, 678, 695 ff, 707, 718 ff , 723 ff, 739 ff, 821
	Privatleben, Recht auf	237
	Provisorialverfahren	s Verfügungsverfahren
	Prozessgrundsätze	67 ff
	Prozessleitung	16, 64, 85, 95 f, 98, 119 ff , 130 ff, 158
	Prozessrechtsverhältnis	5, 11, 91, 97, 270, FN 408
	Prozesszweck	12, 18, 85, 130, FN 491
R	Recht auf Beweis	80, 87, 209
	Rechtsanwalt	973 ff
	Rechtshilfe	248, 515, 662, 699 ff, 892, 963, 968, FN 528, FN 2478, FN 2790
	Rechtsschutz effektiver	80, 249 ff, 336, 361, 385, 410, 415, 427 ff, 457, 503, 687, 732, 839 f, 924, 986
	rechtswidrig erlangte Beweismittel	6, 87, 299, FN 794
	Redaktionsgeheimnis	317, 329
S	Sachverständiger	114 ff, 341 ff , 365, 458, 461 ff, 482, 703, 776 ff , 864, 908 ff, 926 ff, 934 ff, 976 ff
	—, Ermittlungstätigkeit	778 ff
	saisie-contrefaçon	441
	search order	s Anton Piller Order
	Special Advocate	398
	Special Counsel	400
	Sphären Gesichtspunkte	19 ff, 50 ff

Strafprozess	76, 287, 291, 295, 309, 393 ff, 573, 601, 605, 624, 824, FN 1133, FN 1722, FN 2558, FN 2936	
Substantiierung	4 ff, 63, 74, 100 , 124, 144 ff , 159 ff , 167 ff, 196, 314, 842, 905, 966	
Tonband	299	<u>T</u>
TRIPS-Übereinkommen	211, 217, 232, 244, 407, 451 ff, 466, 856, FN 1701	
Unionsrecht	241 ff	<u>U</u>
Unmittelbarkeitsgrundsatz	81, 130, 135, 777 ff, 788, 955 ff, FN 2545	
—, geschützte Verwertung	258, 379 ff, 511 ff, 714 ff, 924 ff, FN 1012	
—, Sachverständigenbeweis	806 ff	
Unternehmensgeheimnis	211 ff, 221 ff, 234 ff	
—, Betriebsgeheimnis	216	
—, Geschäftsgeheimnis	216 ff, 223 ff	
—, Grundrechtsschutz	234 ff	
—, Kunstgeheimnis	223 ff	
Untersuchungsgrundsatz	67 ff	
Urkunden	107, 112, 161, 198, 222, 258 ff , 279 ff, 332, 354, 363 f, 444, 630, 739 ff , FN 1624	
Urteilsanerkennung	408	
Urteilsverkündung	637 ff	
Urteilsveröffentlichung	s Entscheidungsveröffentlichung	
UWG-Novelle 2018	218 ff, 226 ff, 246, 474, 516, 592 f, 630, 655, 895 ff	
Varec-Entscheidung des EuGH	423 , 429, 465, 866, FN 903, FN 941	<u>V</u>
Verfügungsverfahren	6, 401 ff, 733	
Vergabekoordinations-RL	464 ff	
Verhältnismäßigkeit	385, 438, 448 f, 484, 522, 538, 549, 554, 579, 607, 655, 688 ff, 907, 915, FN 353, FN 1145, FN 1491, FN 2071	
Verhandlungsmaxime	67 ff	
Vermögensverhältnisse	30 ff	
Vermutung tatsächliche	6	
Verschwiegenheitspflicht	5, 27, 112, 117, 189 ff, 265, 290 ff , 317, 329, 333, 335, 368, 387, 541, 581, 659, 824 f, 842, 975, FN 896, FN 995	
Vertreterlösung	971 ff	
Verwaltungsgerichtsbarkeit	850 ff	
Verweigerungsgrund	s Weigerungsgrund	
Verzicht auf Beteiligung	890 ff	
Verzicht auf Öffentlichkeit	594 ff	
Videokonferenz	769 ff	

Völkerrecht	217, 244, 451, 773 ff
Volksöffentlichkeit	230, 459, 512 ff , 882, 916
W	
Waffengleichheit	10, 80, 126, 378, 396, 719, 731, 793, 795, 800, 815, 834
Wahrheitsfindung materielle	11, 15, 78 ff , 119 ff, 144, 187, 202, 208 ff, 288, 293, 314, 327, 351, 382, 486, 524, 526 ff, 587, 589, 597, 961 ff, FN 325, FN 780, FN 785, FN 1206, FN 1831
Wahrheitsforschung	s Wahrheitsfindung materielle
Wahrheitspflicht	72, 86 f, 101 ff , 182, 208, 833, FN 325
Weigerungsgrund	59, 228, 283 ff, 351 ff, 360 ff, 621, 587 f, 820 ff, FN 668, FN 785
—, Aufklärung	351 ff
—, Parteienvernehmung	116, 283 ff, 316 ff
—, Urkundenbeweis	112, 260 ff, 444, 481, 741, 750 ff
—, Zeugenbeweis	81, 283 ff, 290 ff, 483, FN 790
Wirtschaftsdaten	240
Wirtschaftsprüfervorbehalt	926 ff
Z	
Zeuge	81, 98, 117, 142, 189 f, 226, 290 ff , 316 ff, 366, 541 ff, 630 ff, 729, 773 f, 958 ff
Zeugnispflicht	FN 1206
Zumutbarkeit	10, 27 f, 57 ff, 66, 127, 172, 201, 248, 254, 314,, 377, 511 ff, 714 ff, 953, FN 1051
ZVN 2002	99, 103, 114 f, 341, 344, 785 ff, FN 16, FN 409
Zwischenentscheidung über Kooperation	273, 278, 336 ff, 359, 360 ff , 663, 821, 828
Zwischenverfahren, geheimes	818 ff

Über den Autor



© Mike Ranz

Jürgen C. T. Rassi promovierte 1995 an der Universität Wien. Er ist seit 1999 Richter, seit 2014 Hofrat am Obersten Gerichtshof; jahrelanger Prüfungskommissär in der Richter- und Notariatsausbildung am Oberlandesgericht Wien.

An der Universität Wien unterrichtet und prüft er als externer Lehrbeauftragter seit 2007; im Jahr 2019 wurde ihm die Lehrbefugnis für Zivilverfahrensrecht verliehen. Seit 2002 veranstaltet er die »Rassi-Seminare« in St. Pölten. Seine Forschungsschwerpunkte liegen unter anderem im österreichischen und internationalen Zivilverfahrensrecht, Exekutions- und Grundbuchsrecht sowie im Geheimnisschutzrecht.

Hinweise des Verlags

Dieses Dokument ist die vollständige, unveränderte Fassung des von Jürgen Rassi verfassten Werkes »Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess«, das gedruckt unter der ISBN 978-3-7097-0217-8 erhältlich ist. Es ist kein ebook 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 (in diesem Buch bis zu dreizehn) 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 Titelseite zurückzukehren, klicken Sie bitte [hier](#).

Das österreichische Zivilprozessrecht normiert eine allgemeine prozessuale Kooperationspflicht, die nicht auf die Verteilung der Beweislast Rücksicht nimmt. Diese Pflicht wird gerade dann schlagend, wenn sich die beweisbelastete Partei in Behauptungs- oder Beweisnot befindet, die primär durch die Aufklärung oder Mitwirkung ihres Gegners beendet werden kann.

Neben der dogmatischen Klärung strittiger oder offener Fragen zu prozessualen Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten stehen die Ausnahmen und Grenzen der Kooperationspflicht aus der Sicht des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen im Mittelpunkt der Arbeit. Auch die ZPO anerkennt Ausnahmen vom Grundsatz der Wahrheitsermittlung. Der verfassungs- und grundrechtliche Schutz eines Unternehmensgeheimnisses zwingt den Gesetzgeber zu den entsprechenden Regeln. Das Konzept ist freilich lückenhaft, weil es sich nur auf Teile des Beweisverfahrens bezieht und die prozessuale Aufklärung zum wechselseitigen Vorbringen nicht berücksichtigt. Zudem sind viele Normen stark von einer standardisierten gesetzlichen Interessensabwägung geprägt, die es der nicht beweisbelasteten Partei im Regelfall ermöglicht, ihre Mitwirkung bereits dann zu verweigern, wenn sie Trägerin eines Unternehmensgeheimnisses ist.

In der Arbeit wird eine allgemeine Theorie für das österreichische Zivilprozessrecht entwickelt, mit Hilfe derer die Spannungen zwischen dem Grundsatz der Wahrheitsermittlung durch parteiliche Kooperationspflichten und dem Schutz von Unternehmensgeheimnissen unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen grundrechtlichen Vorgaben aufgelöst werden können.

ISBN 978-3-7097-0217-8

