

§ 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*, Auskunfts-pflichten 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; *Prölss*, 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 entwi-ckelt. 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 [ab] *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 *Stürner* 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 *Stürner*, 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; *Stürner*, 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.