

# Von alternativen Fakten zum Wahrspruch

## Tatsachenfeststellung im Zivilprozess

### 1. Die Wahrheit soll ans Licht kommen

#### 1.1. Wahrheit und Recht

Die demokratische Gesellschaft lebt von der **zivilisierten Auseinandersetzung**, in der man seine Standpunkte und Interessen artikuliert, ohne dem anderen abzusprechen, dass er einen abweichenden Standpunkt und andere Interessen haben darf. Gemäß diesem optimistischen Menschenbild sind die **Richtigkeitsüberzeugung** und die **Gewissensentscheidung** des Individuums die letzten uns zugänglichen moralischen Instanzen.

Ein **Zivilprozess** macht als **Konfliktlösungsinstrument** Sinn, wenn die Prozessgegner ihren Streitfall auf die **wesentlichen Argumente** reduzieren und ihre Standpunkte mündlich in einem offenen, sachlichen Diskurs **klar und verständlich** artikulieren. Gemäß § 178 Abs 1 ZPO dürfen die Parteien weder etwas „ins Blaue“ behaupten noch etwas verschweigen.<sup>1</sup> Diese Rechtspflicht entzieht den Prozess der Willkür. Sie verpflichtet zum Vortrag aller wesentlichen Tatsachen und sie verbietet Tatsachenbehauptungen, deren Unwahrheit den Parteien bekannt ist oder bei verantwortungsvoller Prozessvorbereitung bekannt sein müsste. **Ziel des Zivilprozesses ist die Entscheidung im Rahmen der Parteianträge auf möglichst vollständiger und richtiger Tatsachengrundlage.**

Der Kläger<sup>2</sup> muss alle seinen Anspruch begründenden Tatsachen vortragen, der Beklagte jene Tatsachen, durch die dieser Anspruch gehemmt oder vernichtet wird.<sup>3</sup> Zugleich mit den **Tatsachenbehauptungen müssen die Parteien die Beweismittel** (Sachverständigengutachten, Urkunden, Augenscheingegegenstände, Zeugenaussagen, Parteiaussagen) genau bezeichnen, derer sie sich zum Nachweis ihrer Behauptungen bedienen wollen.<sup>4</sup> Droht ein Prozess, kommt daher der vollständigen **Dokumentation** des Sachverhalts, der Sammlung von beweiskräftigen Urkunden und der Ausforschung von Zeugen, mit deren Hilfe der Sachverhalt bewiesen werden soll, besondere Bedeutung zu.

Nicht der aktivere, geschicktere und artikulatio[n]sfähigere Performance-Künstler soll im Zivilprozess siegen, sondern derjenige, der Recht hat. Der Richter und die Parteien sollen in der „**Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess**“ während des gesamten Erkenntnisverfahrens den Prozessstoff sichten, um das Verfahren von **irrelevanten Beweisaufnahmen** zu befreien und Überraschungsentscheidungen zu vermeiden.<sup>5</sup>

Die Sachverhalts(re)konstruktion im Zivilprozess – Tatsachenbehauptungen, Beweisaufnahmen, Erörterung der Beweisergebnisse und Beweiswürdigung – ist das Ergebnis menschlicher Kommunikation und nicht der Widerschein einer objektiven Wahrheit. Dieser Beitrag<sup>6</sup> soll vermitteln, dass sich Richter, Rechtsanwälte und Sachverständige, die von Berufs wegen am staatlichen Zivilprozess der pluralistischen und relativistischen Gesellschaft beteiligt sind, nicht (mehr) durch die Wahrheit ihrer Thesen, sondern nur noch durch das Argumentationsniveau ihrer überprüfbaren Diskursbeiträge auf Dauer legitimieren können.

#### 1.2. Wahrheitssuche im Zivilprozess

Der Zivilrichter hat den – wahren – Sachverhalt innerhalb der durch den Streitgegenstand gesetzten Grenzen aufgrund seiner **materiellen Prozessleitungspflicht** im Zusammenwirken mit den Parteien umfassend zu ermitteln.<sup>7</sup> Er ist zwar grundsätzlich an die Geständnisse (Außerstreitstellungen) der Parteien gebunden<sup>8</sup>; jenseits davon kann er aber kraft seiner **diskretionären Gewalt** (§ 183 ZPO) von Amts wegen alle Beweise aufnehmen, von denen er Aufklärung über erhebliche Tatsachen erwarten kann. Dabei ist er sogar befugt, Beweise über Tatsachen aufzunehmen, die von den Parteien gar nicht behauptet wurden (**Ausforschungs- oder Erkundungsbeweis**).<sup>9</sup> Über das Parteivorbringen hinausgehende Beweisergebnisse darf der Richter als Tatsachenfeststellungen in seinem Urteil berücksichtigen, wenn sie „*in den Rahmen des geltend gemachten Klagegrundes oder der erhobenen Einrede fallen*“.<sup>10</sup> Er hat **auf die Parteien einzuwirken**, dass sie die für die Entscheidung notwendigen Angaben machen und die Beweismittel für diese Angaben bezeichnen.

Zur Verringerung des der Privatautonomie innewohnenden Risikos hat der Richter

- **Verbesserungsaufträge** zu erteilen (§§ 84, 85 ZPO);
- im Rahmen seiner Anleitungs- und Aufklärungspflicht auch im Anwaltsprozess (§§ 182, 182a ZPO) – noch nachhaltiger im bezirksgerichtlichen Verfahren (§ 432 ZPO) und im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren (§ 39 Abs 2 Z 1 ASGG) gegenüber Unvertretenen – auf Unvollständigkeiten und Widersprüche im Prozessstandpunkt einer Partei hinzuweisen.

Mittel zur Prozessleitung sind

- die Erörterung von Bedenken zu den Prozessvoraussetzungen;
- die **informative Befragung** der Parteien<sup>11</sup> und der informierten Personen (§ 258 Abs 2 ZPO);
- das „**Rechtsgespräch**“ (§§ 182, 182a ZPO);
- die Maßnahmen der diskretionären Gewalt (§ 183 Abs 1 ZPO), wie Aufforderung der Parteien zum persönlichen Erscheinen (auch ohne Parteideneinvernahme), Durchführung von Augenscheinen, **Bestellung von Sachverständigen**, Beischaffung von Akten, Vernehmung von Zeugen, auch ohne Antrag der Parteien (gemäß § 183 Abs 2 ZPO dürfen Zeugenvernehmungen und Urkundenvorlagen aber nicht gegen den Willen beider Parteien erfolgen).

Im bezirksgerichtlichen Verfahren (und im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren; § 39 Abs 2 Z 1 ASGG) hat der Richter anwaltlich oder durch qualifizierte Personen nicht vertretene Parteien zusätzlich

- zur Vornahme von Prozesshandlungen anzuleiten und
- sie über die mit ihren Handlungen und Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren (**Manuduktionspflicht**; § 432 Abs 1 ZPO).

Eine Prozesspartei darf aufgrund ihrer Verpflichtung zur Wahrheit, Vollständigkeit und Bestimmtheit (§ 178 ZPO) keine Tatsachenbehauptungen des Gegners bestreiten, deren Wahrheit ihr bekannt ist. **Bewusst unwahre Prozessbehauptungen** können – insbesondere bei einem Eingriff in die Ehre oder in die Kreditwürdigkeit (§ 1330 ABGB) – einen **Unterlassungsanspruch** rechtfertigen.<sup>12</sup> Auch eine **Haftung** der Partei für rechtmisbräuchliche Prozesshandlungen ihres anwaltlichen Vertreters kommt in Betracht.<sup>13</sup>

Verletzt eine Partei die Pflichten des § 178 ZPO, ergeben sich gravierende Konsequenzen:

- a) Prozessverlust durch unvollständiges Vorbringen des Behauptungspflichtigen (**Unschlüssigkeit**);
- b) **Zurückweisung** des verspäteten Vorbringens (§ 179 Abs 1 ZPO);
- c) **freie Würdigung** (offenbar) unwahrer Tatsachenbehauptungen (§ 272 Abs 1 ZPO) und (unbegründeter) Verweigerung der Beantwortung von Fragen (§ 272 Abs 2 ZPO);
- d) Kostenfolgen ohne Rücksicht auf den Prozessausgang (§§ 44, 48 ZPO);
- e) Verurteilung zum Schadenersatz auf Antrag des Gegners bei Mutwilligkeit (§ 408 ZPO);
- f) Verhängung einer Mutwillensstrafe bei Bestreitung der Echtheit einer Urkunde in mutwilliger Weise (§ 313 ZPO);

- g) Verweigerung oder Entziehung der Verfahrenshilfe (§§ 63 ff ZPO).

Gemäß § 272 Abs 1 ZPO obliegt dem Richter die „**Wahrheitsfindung**“. Von ihm wird die Überzeugung verlangt, ein Wahrscheinlichkeitsgrad sei erreicht, „*der es unter Berücksichtigung seiner persönlichen Lebenserfahrung, des von ihm erworbenen Spezialwissens und des durchschnittlichen Erfahrungs- und Wissensschatzes verständiger Menschen unseres Lebenskreises rechtfertigt, als Richter die fragliche Tatsache für wahr zu halten*“.<sup>14</sup>

Oft müssen Zivilrichter **Beweisfragen mit Fiktionen als „Tatsachen“ beantworten**, die sich nie ereignet haben und die sich nie ereignen werden. Diese Beweisthemen beziehen sich nicht auf eine mit menschlichen Sinnen erfassbare Wahrheit, sondern auf eine subjektiv als wahr angenommene **Parallel-Realität**, die aus juristischen Gründen im Beweisverfahren konstruiert wird.

### Beispiele:

- Welches Arbeitseinkommen hätte das Opfer erzielt, wenn der Täter es nicht rechtswidrig und schuldhaft am Körper verletzt hätte?
- Welche Mietzinse sind dem Bauherrn entgangen, weil der Werkunternehmer das Gebäude nicht rechtzeitig und mängelfrei hergestellt hat?
- Wie hätte sich der Patient entschieden, wenn ihn der Arzt vor der „schicksalhaft“ misslungenen Operation über die dabei aufgetretene Komplikation aufgeklärt hätte?

Wie im Labor werden dabei nicht selten unausgesprochen bestimmte Rahmenbedingungen („*sonst gleichbleibende Verhältnisse*“) als gegeben angenommen, um **eindeutige Aussagen über fiktive Verläufe** zu ermöglichen.

### Beispiele:

- Stabiler Arbeitsmarkt, langjährige Leistungsfähigkeit, steter Leistungswille des Opfers.
- Gesamtwirtschaftliche Rahmenbedingungen für Immobilienvermietung, zahlungsfähige und -willige Mieter, geschickte Mietvertragsgestaltung.
- Das Vertrauen des Durchschnittspatienten in seinen Arzt, der Einfluss einer zweiten Ärztemeinung, Ratschläge von Verwandten und Freunden, Ergebnisse der evidenzbasierten medizinischen Forschung.

Das **Regelbeweismaß** der ZPO ist die „*hohe und nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*“.<sup>15</sup> In den Tatsachenfeststellungen eines Urteils muss eindeutig zum Ausdruck kommen, ob ein bestimmter, für die Entscheidung wesentlicher Umstand festgestellt wird oder dass eine solche Feststellung nicht möglich ist, weil der Umstand nicht mit dieser hohen Wahrscheinlichkeit als erwiesen angenommen werden kann. Der Zivilrichter darf sich daher nicht mit Feststellungen begnügen, wonach bestimmte Umstände „*mit hoher Wahrscheinlichkeit (80 %) möglich sein müssen*“; er muss sich aufgrund eigener beweiswürdiger Überlegungen konkret positiv oder man-

gels Erreichens des Beweismaßes **negativ** („*X ist nicht feststellbar*“) festlegen.<sup>16</sup>

### 1.3. Wahrheitssuche als Beruf

#### 1.3.1. Der Rechtsanwalt

Er versteht sich als durch Ausbildung, Verschwiegenheit, Vertrauenswürdigkeit, Unabhängigkeit, Bindung an sein Gewissen und soziale Kompetenz ausgezeichnete Berater, Beistand oder Vertreter seiner Partei in allen ihren öffentlichen und privaten Angelegenheiten. Er fühlt sich aber auch berufen, engagiert für die Erhaltung von Freiheit und Rechtsfrieden einzutreten und zur Vermeidung und außergerichtlichen Lösung von Konflikten beizutragen.<sup>17</sup>

Erste Berufspflicht des Rechtsanwaltes ist die **Treue zu seinem Klienten**,<sup>18</sup> dessen Rechte er gegen jedermann mit Eifer und Gewissenhaftigkeit zu vertreten hat. Er ist gemäß § 9 Abs 1 Rechtsanwaltsordnung (RAO) befugt, alles, was er nach dem Gesetz zur Vertretung seiner Partei für dienlich erachtet, unumwunden vorzubringen und Angriffs- und Verteidigungsmittel in jeder Weise zu gebrauchen, die seinem Auftrag, seinem Gewissen und den Gesetzen nicht widerstreiten.

Im Rahmen der Gesetze, sachlich, ohne beleidigendes Beiwerk und mit adäquatem Inhalt darf der Rechtsanwalt an von ihm wahrgenommenen Mängeln **am Gerichtsbetrieb Kritik üben und dabei seine Meinung frei und unumwunden zum Ausdruck bringen**.<sup>19</sup> Der in § 9 Abs 1 RAO enthaltene Rechtfertigungsgrund<sup>20</sup> bedeutet, dass Beschuldigungen, die der Rechtsanwalt erhebt, die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich haben, sodass es zu einer **Beweislastumkehr** kommt. Nicht der Rechtsanwalt hat die Wahrheit seiner Beschuldigung oder seine Gutgläubigkeit zu beweisen, sondern ihm muss nachgewiesen werden, dass er nicht gutgläubig war. Er darf grundsätzlich auf die Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vertrauen. Ergeben sich aber **erhebliche Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit**, ist dieses Vertrauen nicht mehr gerechtfertigt und er hat dem Mandanten „*die sich abzeichnenden rechtlichen Folgen kundzutun*“.<sup>21</sup> Der Rechtsanwalt schuldet zwar „*Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit*“ (§ 9 Abs 1 Satz 1 RAO) und Sorgfalt, aber nicht den Prozessersfolg, so wie der Arzt nur eine Behandlung *lege artis*, aber nicht die Heilung des Patienten schuldet.

Da es „erste Pflicht“<sup>22</sup> des Klienten ist, seinem Rechtsanwalt alle Tatsachen (nach seinem Verständnis) wahrheitsgemäß mitzuteilen, muss der Rechtsanwalt eine **vollständige Klienteninformation**, solange sich gegen ihre Richtigkeit keine erheblichen Anhaltspunkte ergeben, nicht auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen.<sup>23</sup> Die dem Rechtsanwalt in § 9 Abs 1 RAO auferlegte Pflicht, die übernommenen Vertretungen gesetzesgemäß (vgl. die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht gemäß §178 ZPO) zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten, verbietet es, dass er **wissentlich** unrichtige Behauptungen aufstellt, um sich oder seinem Klienten Vorteile zu verschaffen.<sup>24</sup>

Auch wenn der Rechtsanwalt bewusst eine unwahre Angabe eines anderen bestätigt, begeht er eine Ehre und Ansehen seines Standes beeinträchtigende Berufspflichtverletzung. Es genügt, dass er sich bei Gericht selbst als Zeuge für die Wahrheit einer Behauptung namhaft macht, deren Unwahrheit ihm bekannt ist.<sup>25</sup> Mangels ausreichender Information durch den Klienten muss der Rechtsanwalt so lange **auf eine Klarstellung oder Vervollständigung hinwirken**, bis keine erheblichen Bedenken gegen ihre Richtigkeit mehr bestehen. Erst dann darf er die Klienteninformation als Tatsachenbehauptung vor Gericht verwenden.<sup>26</sup>

Wenn es um die **Ableitung von Rechtsfolgen** aus Tatsachen(behauptungen) geht, darf der Rechtsanwalt auch falsche Standpunkte einnehmen, solange sie wenigstens mit einem Teil der Rechtsprechung oder der Lehre übereinstimmen und daher **vertretbar** sind.<sup>27</sup> Informiert er seinen Mandanten über die eingeschränkten Erfolgsaussichten und über das Kostenrisiko, darf er auch ohne eigenes Haftungsrisiko **gegen eine etablierte Rechtsprechung ankämpfen**, weil immer die Möglichkeit der Änderung einer einhelligen höchstgerichtlichen Judikatur besteht.<sup>28</sup>

Rechtsanwälte dürfen daher, wenn sie eine Berufspflicht ausüben, behaupten, dass ein anderer – etwa in einem Sachverständigengutachten – die **Unwahrheit** sagt.<sup>29</sup> Eine sachlich berechtigte Kritik kann aber wegen ihrer beleidigenden und ausfälligen Form **die dem Gericht schuldige Achtung verletzen**.<sup>30</sup> Bereits fahrlässig unkorrekte Formulierungen verletzen die Berufspflicht des Rechtsanwaltes und beeinträchtigen Ehre und Ansehen des Standes.<sup>31</sup> Die anwaltliche Behauptung, ein gerichtlich bestellter Sachverständiger habe offenbar ein **Gefälligkeitsgutachten** erstattet, kann daher als Vorwurf der falschen Beweisaussage (§ 288 Abs 1 Strafgesetzbuch [StGB]) aufgefasst werden. Erhebt ein Rechtsanwalt eine solche Unterstellung **ohne Anhaltspunkte für ihre Wahrheit**, verstößt er gegen § 9 RAO.<sup>32</sup>

#### 1.3.2. Der Sachverständige

Er ist gemäß § 125 Z 1 StPO eine Person, die aufgrund besonderen Fachwissens in der Lage ist, beweisrelevante Tatsachen festzustellen (**Befundaufnahme**) oder aus diesen rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen und sie zu begründen (**Gutachtenserstattung**).

Er versteht sich als ein (von den Parteien) unabhängiger, zur Objektivität und Unparteilichkeit verpflichteter **Mitarbeiter**<sup>33</sup> des Gerichts und als ein Teil der Rechtspflege, der dem Gericht – als Gehilfe – fremdes Erfahrungswissen verschafft und – als **Beweismittel** – die Kenntnis von Tatsachen vermittelt.<sup>34</sup> Er hat **nie eine – über Wahrheit oder Unwahrheit, über Recht oder Unrecht – urteilende Funktion**, er bleibt immer Informations- und Erkenntnisquelle für den Entscheidungsträger. Den Erkenntnis- und Willensakt der Wahrheitsfindung kann er dem Richter nicht abnehmen, doch die richterliche Entscheidung kann durch



die fachliche Qualität des Gutachtens auf der Tatsachenebene an Überzeugungskraft gewinnen.<sup>35</sup>

Der Sachverständige schwört „*bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, dass ich die Gegenstände des Augenscheins sorgfältig untersuchen, die gemachten Wahrnehmungen treu und vollständig angeben und den **Befund und mein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft (der Kunst, des Gewerbes) angeben werde; so wahr mir Gott helfe***“.<sup>36</sup>

### 1.3.3. Der Richter

Er ist im österreichischen Zivilprozess – nicht nur in der Erwartungshaltung der „Rechtskunden“, sondern auch von Gesetzes wegen (§§ 179, 180, 182, 182a, 258, 432 ZPO) – **kein zurückhaltender Moderator, sondern ein engagierter Verfahrensgestalter**, der bei der Stoffsammlung zumindest gleichrangig vor die Parteien tritt. Er soll dem aufgeklärten Ideal eines Interpreten gerecht werden, der den wahren Sachverhalt ermittelt, ohne das Verfahren mit irrelevanten Beweisaufnahmen zu überfrachten, und das Gesetz **frei von persönlichen (insbesondere „arbeitsökonomischen“) Interessen und Karrierestreben** auslegt.<sup>37</sup> Dazu gehört auch die Fähigkeit zum selbständigen Urteil, das mehr ist als das Ergebnis mühevollen Protokollierens und ermüdenden Nachblätterns in Akten, Büchern und Datenbanken.

Im Rahmen seiner **Anleitungspflicht** hat der Richter auf die Parteien einzuwirken, damit sie ihrer Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht nachkommen. Er hat gemäß § 182 ZPO durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen tatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, die zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestands der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen.

Im Rahmen seiner **Wahrheitsforschungspflicht** hat er kraft der diskretionären Gewalt (§ 183 ZPO) – auch gegen den Willen beider Parteien – das Recht, alle Beweise aufzunehmen, von denen er Aufklärung über erhebliche Tatsachen erwarten kann. Diese diskretionäre Gewalt, die ihm erlaubt, Beweise über Tatsachen aufzunehmen, die keine Partei behauptet hat (Ausforschungs- oder Erkundungsbeweis),<sup>38</sup> ist gemäß § 183 Abs 2 ZPO nur durch den übereinstimmenden Widerspruch beider Parteien gegen die Heranziehung von Urkunden und Zeugen beschränkt; ein übereinstimmender Widerspruch gegen Augenschein, Sachverständigenbeweis und Parteienvernehmung ist wirkungslos.

Richterliche Urteilskraft äußert sich in der Fähigkeit und im Willen zur **Reduktion von (scheinbarer) Komplexität** und zur Zuspitzung der breit dargelegten Standpunkte auf wenige **mündlich vermittelbare Argumente**. Die Kunst des Richtens ist eine Kunst des Analysierens.<sup>39</sup> Der typi-

sche Feind des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens ist ein **Kult der Unklarheit**, der sich in einer tiefsinnig klingenden Sprache äußert, mit der Trivialitäten als höhere Weisheit verkauft werden. Diesem Feind, der den Konflikt durch **Verwirrungstaktik** am Leben erhält, können österreichische Zivilrichter mit ihrem Werkzeug, der Zivilprozessordnung, wirksam entgegenzutreten.

### 1.4. Sachverstand und Beweiswürdigung

Der von ihm bestellte Sachverständige vermittelt dem Richter **Erfahrungssätze, streiterhebliche Tatsachen und Schlussfolgerungen**; sein Befund und sein Gutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung des Richters.<sup>40</sup> Argumentieren ist dabei eine fundamentale Tätigkeit des Sachverständigen: Er versucht, **mit den Mitteln der Sprache den Richter für seine Thesen zu gewinnen**. Seine Argumentation ist schlüssig, wenn sie die Wahrheit der These garantiert. Dadurch (und nicht durch die persönliche Autorität des Gutachters) gewinnt die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft.

Da der Richter bei der Wahrheitsfindung **dem Gutachten** des ihm in seinem Fachgebiet weit überlegenen Sachverständigen oft **ausgeliefert** ist, weil ihm das Wissen zur Deutung dieses Beweisergebnisses fehlt und er weder die Wahrheit der Argumente noch die Ableitung der These aus den Argumenten überprüfen kann, kommt es vor, dass logisch unkorrekte, aber psychologisch wirksame Argumentationen des Sachverständigen den Richter überzeugen. So wie sich selbst muss der Richter daher auch den Gerichtssachverständigen zu für jedermann nachvollziehbaren und für Experten nachprüfbareren Aussagen zwingen, um zu verhindern, dass **subjektive Vermutungen zunächst zur Gewissheit, danach zur richterlichen Überzeugung und schließlich zum Beweis werden**, ohne dass objektiv etwas bewiesen wäre.

Das Gutachten muss daher zumindest nachvollziehbar und nachprüfbar sein. **Nachvollziehbar** ist ein Gutachten, wenn ein Laie die Entwicklung der Gedanken des Sachverständigen im Gutachten verstehen und zuordnen kann.<sup>41</sup> **Nachprüfbar** ist es, wenn ein Fachmann den Inhalt und die Ansätze bis ins Detail überprüfen kann. Das Gericht darf sich die fachliche Entscheidung nicht vom Sachverständigen abnehmen lassen, daher muss das Gutachten in einer dem Richter verständlichen Sprache formuliert sein.<sup>42</sup>

Bei logischer Betrachtung ist der schwerste Vorwurf an einen Sachverständigen, dass sein **Gutachten Widersprüche enthält**. Der Nachweis eines inneren Widerspruchs oder dessen **Herbeiführung durch geschickte Fragestellung** ist daher ein Standardinstrument anwaltlicher Kritik am Sachverständigen. Wenn der Richter Tendenzen zeigt, einem psychologisch wirksamen, aber unschlüssigen Gutachten zu folgen, wird man es dem Rechtsanwalt nicht verübeln können, dass er subversiv argumentiert und versucht, die **Glaubwürdigkeit des Sachverständigen zu untergraben**: Was ohne Argumente geglaubt wird,

kann auch niemand mit Argumenten widerlegen. Selbst der Verfassungsgerichtshof hat die Meinung vertreten, dass in einem fairen Verfahren die Parteien gegen einen Sachverständigen nötigenfalls **polemisieren** dürfen.<sup>43</sup>

Manchmal versuchen Parteien, „*informierte Personen*“ (§ 258 Abs 2 ZPO) oder Zeugen dem Richter während der Streitverhandlung in ihrer Fachsprache (sei es die der Medizin, die der Bautechnik oder die der Informationstechnologie) besonders tiefgründige und geheimnisvolle Tatsachen mitzuteilen, die nach Übersetzung in eine allgemein verständliche Sprache – hier kann der **Sachverständige im Rahmen der Beweisaufnahme als Dolmetscher** fungieren – auch für den Laien schnell begreifbar und überprüfbar sind. Der an der Beweisaufnahme mitwirkende Gerichtssachverständige kann die „**technische**“ **Unmöglichkeit/Unwahrscheinlichkeit** derartiger Behauptungen sofort (und nicht erst viele Wochen später in seinem schriftlichen Gutachten) aufzeigen, den „**Experten im Zeugenstand**“ sofort „zur Rede stellen“ und damit wesentlich zu einer lebendigen Verhandlung und zur Wahrheitsfindung beitragen.

## 2. Behauptungslast

Die Parteien bestimmen nicht nur Anfang und Umfang des Rechtsstreits, sie tragen auch die Last, Tatsachenbehauptungen aufzustellen, aus denen der Sachantrag ableitbar ist (Behauptungslast, die aus dem Verhandlungsgrundsatz abgeleitet wird). Diese **rechtserzeugenden Tatsachenbehauptungen** ergeben zusammen mit dem **Sachantrag** den von der herrschenden Rechtsprechung und Lehre vertretenen zweigliedrigen **Streitgegenstand**.<sup>44</sup>

§ 178 Abs 1 ZPO ist in Zusammenhang mit §§ 76, 226 ZPO zu lesen. Danach hat die (vollständige) Darstellung des behaupteten Sachverhalts **knapp, übersichtlich und gedrängt**, also keineswegs bis in die letzten Einzelheiten gehend, zu erfolgen. Ein Prozessvorbringen wird daher immer dann als vollständig angesehen werden können, wenn es das Beweisthema so klar darstellt, dass eine **sinnvolle Beweisaufnahme** nach den Prozessvorschriften (Fragen an Sachverständige, Zeugen und Parteien; Erkennbarkeit des relevanten Inhalts vorgelegter Urkunden; Beweiswert eines beantragten richterlichen Augenscheins) möglich ist.

Während die **objektive** Behauptungslast die Stoffsammlung zwischen dem Gericht (Untersuchungsgrundsatz) und den Parteien (Verhandlungsgrundsatz) verteilt, verteilt die **subjektive** Behauptungslast die Verpflichtung zur Behauptung der rechtserheblichen Tatsachen zwischen den Parteien. Sie findet ihre gesetzliche Grundlage in § 226 ZPO (notwendiger Klagsinhalt) und in § 239 ZPO (notwendiger Inhalt der Klagebeantwortung). Ist der Kläger seiner Behauptungslast für Tatsachen, die er nicht beweisen muss (etwa das Verschulden des Beklagten bei Vertragshaftung, § 1298 ABGB) nachgekommen, hat aber der Beklagte **keine rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Tatsachen behauptet, dann ist dem Sachantrag schon nach Schlüssigkeitsprüfung stattzugeben**.

## 3. Beweislast

### 3.1. Die Beweislastgrundregel

Der Richter muss wissen, welche Tatsachen feststehen müssen, damit er eine Sachentscheidung treffen kann (objektive Beweislast). Die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) verteilt die **Folgen der Nichterbringung eines Beweises** zwischen den Parteien. Führt die Beweiswürdigung des Richters zu keiner (positiven) Tatsachenfeststellung – sind also für eine Entscheidung erhebliche Tatsachen unbewiesen geblieben (*non liquet*) – trifft der Richter eine „**negative**“ **Feststellung: „A ist nicht feststellbar**“.<sup>45</sup> Um auch im Non-liquet-Fall eine Sachentscheidung treffen zu können, gibt es (gesetzliche oder von der Rechtsprechung erarbeitete) Beweislastregeln. Sie ermöglichen eine Sachentscheidung, auch wenn der Sachverhalt nicht voll aufgeklärt werden kann. Damit machen sie den Prozessausgang in einem gewissen Ausmaß vorhersehbar und sie ermöglichen den Parteien schon vor Verfahrenseinleitung anhand der ihnen zur Verfügung stehenden Beweismittel eine **Beurteilung, ob der Prozess nicht von vornherein aussichtslos ist**.<sup>46</sup>

Die **Beweislastgrundregel** lässt sich zusammenfassen: Jede Partei muss die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen beweisen. Jeder, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, muss die rechtsbegründenden Tatsachen beweisen. Wer dagegen behauptet, das Recht habe nie bestanden oder sei wieder erloschen, muss die rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Tatsachen beweisen. Wenn eine tatbestandsrelevante Tatsache nicht feststellbar ist, ist daher so zu entscheiden, als wäre festgestellt worden, dass diese Tatsache nicht eingetreten ist.<sup>47</sup>

### 3.2. Von der Grundregel abweichende Beweislastregeln

Die meisten gesetzlichen Beweislastregeln sind als Ausnahmeregeln von der Grundregel konstituiert.<sup>48</sup> Im Zweifelsfall sollen diese gesetzlichen Beweislastregeln „**als typische Ausprägungen des Gerechtigkeitsgebots**“ das von der Rechtsordnung bevorzugte Ergebnis herbeiführen.<sup>49</sup>

#### 3.2.1. Die gesetzliche Vermutung

Um dem Kläger die Rechtsverfolgung zu erleichtern, muss er nicht die rechtserzeugende Tatsache beweisen, sondern bloß eine leichter beweisbare Tatsache, aus der das Gesetz „*aufgrund der Erfahrung*“ die rechtserzeugende Tatsache ableitet. Ist diese leichter beweisbare „**Vermutungsbasis**“ nachgewiesen, tritt eine Umkehr der Beweislast zum Nachteil des Beklagten ein, der nunmehr beweisen muss, dass die vermutete rechtserzeugende Tatsache nicht eingetreten ist.

### Beispiele:

- Gelingt dem Mieter der Beweis der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung an Wohn- oder Geschäftsräumen (Vermutungsbasis), gilt nach ständiger Rechtsprechung die gesetzliche **Vermutung der Vollenwendbarkeit des MRG**, sodass der Vermieter die tatsächlichen Voraussetzungen für die Nicht- oder Teilanwendbarkeit des MRG zu beweisen hat.<sup>50</sup>
- Im Arzthaftungsprozess lautet die wichtigste gesetzliche Vermutung: **Was der Arzt nicht dokumentiert hat, hat – bis zum Beweis des Gegenteils – nicht stattgefunden**. Verletzt der Arzt seine Dokumentationspflicht, hat dies im Zivilprozess beweisrechtliche Konsequenzen, die dazu führen, dass dem Patienten zum Ausgleich der durch die Verletzung der Dokumentationspflicht eingetretenen größeren Schwierigkeiten, einen ärztlichen Behandlungsfehler nachzuweisen, eine der Schwere der Dokumentationspflichtverletzung entsprechende Beweiserleichterung zugutekommt, um auch für die Prozessführung eine **gerechte Rollenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis** zu schaffen. Diese Beweiserleichterung hilft dem Patienten insoweit, als sie die Vermutung begründet, dass eine nicht dokumentierte Maßnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden ist.<sup>51</sup> Durch die Verletzung der Dokumentationspflicht wird noch **keine Vermutung eines Behandlungsfehlers** begründet. Es geht nur um **Beweiserleichterung**; die unzulängliche Dokumentation bildet daher nicht die Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche des Patienten.<sup>52</sup> Sie kann nur dazu führen, dass dem Patienten der Beweis eines behaupteten Behandlungsfehlers erleichtert wird, wenn für ihn aufgrund der fehlerhaften Dokumentation die Aufklärung des Sachverhalts erschwert wird.

### 3.2.2. Die Umkehr der Beweislast

Hier fallen Behauptungs- und Beweislast auseinander. Durch die Umkehr der Beweislast wird einer Partei die subjektive Beweislast auferlegt, die nach der allgemeinen Beweislastregel der Gegner tragen müsste, der diese rechts-erzeugende und für ihn günstige Tatsache bloß behaupten muss. Dadurch wird die nunmehr beweisbelastete Partei gezwungen, **den negativen Beweis zu führen, dass die rechtserzeugende Tatsache nicht besteht**.

### Beispiele:

- Innerhalb einer bestehenden (vertraglichen oder gesetzlichen) Sonderbeziehung muss der Beklagte gemäß § 1298 ABGB beweisen, dass ihn „an der Erfüllung seiner vertraglichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit“ **kein Verschulden** trifft.<sup>53</sup>
- Nach den allgemeinen Schadenersatzregeln (§§ 1293 bis 1297 ABGB) hätte der vom Hund des Beklagten gebissene und Schadenersatz fordernde Kläger nicht nur den Biss und den Schaden, sondern auch zu beweisen, dass der Beklagte als Halter des Tieres seine Obsorgepflicht verletzt hat. § 1320 ABGB erleichtert dem Kläger die Rechtsverfolgung dadurch, dass er ihm den Beweis des Verschuldens des Tierhalters abnimmt und diesem die Beweislast dafür auferlegt, dass er für die **erforderliche Verwahrung oder Beaufsichtigung des Tieres** gesorgt hat.

### 3.2.3. Beweislastverteilung nach „Gefahrenbereichen“

Bei Schadenersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung soll den Beklagten die Beweislast dafür treffen, dass sowohl die objektiven als auch die subjektiven Haftungs-

voraussetzungen **nicht** vorliegen, weil die Ursache des Schadens dem **Gefahrenbereich des Schädigers** entspringe, der geschädigte Kläger sich meistens in einem **Beweisnotstand** befinde und der **Präventivzweck der Schutznorm** das größere Prozessrisiko des Schädigers verlange.<sup>54</sup>

### Beispiel:

- Im Arzthaftungsprozess hat den Kausalitätsbeweis (dass ein bestimmter Behandlungsfehler des Arztes den Schaden verursacht hat) der Patient zu führen. Er muss im Prozess behaupten und beweisen, **welcher** Behandlungsfehler den **konkreten** Schaden verursacht hat.<sup>55</sup> Der OGH begnügt sich in seiner jüngeren Rechtsprechung mit einem „Anscheinsbeweis“,<sup>56</sup> der darauf hinausläuft, dass der Patient bloß das Entstehen des Schadens an der Gesundheit durch das Verhalten des Arztes „**überwiegend wahrscheinlich**“<sup>57</sup> machen muss.<sup>58</sup> Durch diese **Beweiserleichterung** soll es zu einer „**gerechten Rollenverteilung**“ im Arzt-Patient-Verhältnis kommen,<sup>59</sup> weil ein exakter Kausalitätsbeweis bei ärztlichen Kunstfehlern nur schwer erbracht werden kann.<sup>60</sup> Wurde die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch einen ärztlichen Kunstfehler nicht bloß unwesentlich erhöht, obliegt dem Arzt (dem Rechtsträger der Krankenanstalt) der Beweis, dass im konkreten Fall trotz Fehlverhalten „*mit größter Wahrscheinlichkeit de[r] Schaden unwesentlich geblieben wäre*“.<sup>61</sup>

### 3.2.4. Beweislastverteilung nach der „Nähe zum Beweismittel“

Wer den **leichteren Zugang zum Beweismittel** hat, den soll die Beweislast für die dadurch zu beweisende Tatsache treffen. Abgesehen davon, dass ein eigenes Beweisverfahren darüber durchgeführt werden müsste, für welche Partei das Beweismittel leichter zugänglich ist, hängt bei einer derartigen Beweislast die Beweislast vom Zufall ab, wo sich das Beweismittel gerade befindet, außerdem lässt sich ein *non liquet* damit nicht ausschließen.<sup>62</sup> Die jüngere Rechtsprechung<sup>63</sup> zeigt sich mangels gesetzlicher Grundlage **zurückhaltend**, die Beweislast wegen Beweisnähe umzukehren; „*im Rahmen der freien Beweiswürdigung*“ soll aber zu berücksichtigen sein, dass die nicht beweisbelastete Partei trotz ihrer „*Nähe zum Beweis*“ die ihr mögliche und zumutbare Aufklärung verweigert.<sup>64</sup>

### 3.3. Beweislastverträge

In einem **Beweislastvertrag** vereinbaren die Parteien, wer von ihnen bestimmte streiterhebliche Tatsachen zu beweisen hat und wem die Nichterbringung des Beweises zum Nachteil gereicht.

### Beispiel:

- Der Mieter bestätigt, das Bestandsobjekt in neuwertigem Zustand übernommen zu haben.<sup>65</sup>

Beweislastverträge, die Tatbestände des materiellen Rechts regeln, sind grundsätzlich gültig, sonst hätte § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nicht ausdrücklich Vereinbarungen als für den Verbraucher unverbindlich erklären müssen, mit



denen dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft. Allerdings hindern auch gültige Beweislastverträge den Richter nicht, im Rahmen seiner **materiellen Prozessleitung** gemäß § 183 ZPO einen unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären.

Beweislastverträge, die prozessuale Tatbestände regeln, unterliegen dem Prozessrecht und sind als „**Prozessverträge**“ mangels ausdrücklicher gesetzlicher Zulässigerklärung ungültig und wirkungslos.<sup>66</sup>

### Beispiel:

- Die Parteien vereinbaren, dass (abweichend von §§ 146 ff ZPO) der Gegner des Wiedereinsatzwerbers bescheinigen muss, dass kein Wiedereinsatzgrund vorliegt.

**Beweisverträge** zwischen den Prozessparteien, mit denen sie sich verpflichten, dem Gericht eine bestimmte Beweiswürdigung vorzuschreiben oder den Beweismitteln einen bestimmten Beweiswert zuzugestehen, sind unwirksam; sie können weder erzwungen noch kann ihre Verletzung im laufenden Rechtsstreit selbst geltend gemacht werden.<sup>67</sup>

### 3.4. Glaubhaftmachung (Bescheinigung)

Während der Beweis dem Richter die **volle Überzeugung von der Wahrheit** bestimmter Tatsachen vermittelt, dient die Bescheinigung der Glaubhaftmachung (§ 274 ZPO), die im Richter bloß die „**Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit einer Tatsache**“ hervorruft.<sup>68</sup> Für diese Art der Tatsachenfeststellung genügt ein **geringerer Grad der Überzeugung** des Richters von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung.<sup>69</sup> Es reicht der Nachweis einer „überwiegenden“ Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der zu bescheinigenden Tatsache.<sup>70</sup> Die Frage, ob die Glaubhaftmachung der behaupteten Tatsachen gelungen ist oder nicht, stellt das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung und keine rechtliche Beurteilung dar.<sup>71</sup>

Der mit der **Laplace-Regel** ermittelten Wahrscheinlichkeit, dass etwas abermals geschieht, wenn es schon n Male vorher geschehen ist ( $[n+1] : [n+2]$ ) – dieser Gedanke wird bei richterlichen „Wahrscheinlichkeitsüberzeugungen“ oft entscheidend sein –, hält *Gigerenzer*<sup>72</sup> die „**Truthahn-Illusion**“ entgegen:

*„Versetzen Sie sich in die Gemütsverfassung eines Truthahns. Am ersten Tag Ihres Lebens kam ein Mann. Sie befürchteten, er wolle Sie töten, aber er war freundlich und gab Ihnen Futter. Am folgenden Tag näherte sich der Mann erneut. Wird er mich wieder füttern? Nach der Wahrscheinlichkeitstheorie können Sie berechnen, wie groß die Aussicht dafür ist. [...]*

*n ist die Zahl der Tage, die der Bauer Sie gefüttert hat. Das heißt, nach dem ersten Tag beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass der Bauer Sie am nächsten Tag füttern wird, 2/3, nach dem zweiten Tag steigt sie auf ¾ und so fort, sodass die Gewissheit mit jedem Tag zunimmt. Gleichzeitig wird die Alternative, dass er Sie töten könnte, immer unwahrscheinlicher. Am Tag 100 ist es fast gewiss, dass der Bauer kommt, um Sie zu füttern – das könnten*

*Sie jedenfalls meinen. Was Sie nicht wissen: Dieser Tag ist der Tag vor Thanksgiving. Ausgerechnet an dem Tag, an dem die Wahrscheinlichkeit gefüttert zu werden, größer als je zuvor ist, kommen Sie unters Beil.“*

Zur Glaubhaftmachung sind nur **parate (sofort durchführbare) Beweismittel** zugelassen. Ob angebotene Bescheinigungsmittel parat sind, ist nach den Umständen des Einzelfalls ausschließlich nach objektiven Kriterien zu beurteilen.<sup>73</sup> Hat das Gericht nicht parate Bescheinigungsmittel dennoch aufgenommen, ist deren Verwertung nicht verboten.<sup>74</sup>

Parate Bescheinigungsmittel (unter der Voraussetzung der sofortigen Durchführbarkeit) sind:

- die unbeeidete Parteienvernehmung;
- die Vernehmung von **Auskunftspersonen**, die dem Gericht stellig gemacht werden;
- die Vorlage von Urkunden und urkundlichen Angaben von Auskunftspersonen („eidesstattliche Erklärungen“);
- urkundliche Angaben von Sachverständigen (**Privatgutachten**) können Bescheinigungsmittel sein,<sup>75</sup> schwierige technische Fragen können jedoch in aller Regel trotz Privatgutachten im Provisorialverfahren nicht entschieden werden;<sup>76</sup>
- da im Provisorialverfahren der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht gilt, können auch Urkunden und Augenscheinsgegenstände aus anderen Gerichtsakten verwertet werden;<sup>77</sup>
- unbeglaubigte Fotokopien;<sup>78</sup>
- beim Lokalaugenschein kommt es darauf an, ob die Örtlichkeit oder der Gegenstand sofort besichtigt werden können.<sup>79</sup>

Untaugliche Bescheinigungsmittel sind:

- die amtswegige Beischaffung von Urkunden (außer die Beischaffung von Urkunden, insbesondere von Akten, die zu keiner ins Gewicht fallenden Verzögerung führen);<sup>80</sup>
- die gerichtliche Einholung von **Sachverständigengutachten**<sup>81</sup> – anderes mag gelten, wenn in einem Hauptverfahren bereits ein Sachverständiger bestellt wurde, der bei einem später gestellten Sicherungsantrag aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit zur **unverzüglichen Abgabe eines Gutachtens** in der Lage ist;<sup>82</sup>
- die Durchführung von Beweisaufnahmen im Rechtshilfeweg;<sup>83</sup>
- Urkunden in fremder Sprache.<sup>84</sup>

## 4. Richterliche Tatsachenfeststellung ohne Beweis

### 4.1. Das gerichtliche Geständnis (die „Außerstreitstellung“)

Außerstreitstellen ist die einseitig vor Gericht – auch noch vor dem Berufungsgericht<sup>85</sup>, aber nicht mehr im Rechtsfra-

gen vorbehaltenen Revisionsverfahren<sup>86</sup> – oder in einem Schriftsatz abgegebene **Erklärung einer Partei, dass eine Tatsachenbehauptung des Gegners zutrifft**. Bei rechtlichen Zugeständnissen zählt das **Tatsachensubstrat** (Mietzins-Kategorie C<sup>87</sup>); reine Rechtsstandpunkte ohne Tatsachensubstrat können nicht außer Streit gestellt werden.<sup>88</sup> Ist etwa ausschließlich die Rechtsfrage zu beurteilen, ob der Kläger im eigenen Namen bestimmte Ansprüche geltend machen kann, ist die **Außerstreitstellung der Aktivlegitimation** unerheblich.<sup>89</sup> Verwenden aber die Parteien in ihrem Geständnis einfache und eindeutige Rechtsbegriffe des täglichen Lebens, gelten die dem Rechtsbegriff zugrunde liegenden Tatsachen als zugestanden.<sup>90</sup>

Ausdrücklich zugestandene Tatsachen sind als wahr anzunehmen und der Entscheidung ungeprüft zugrunde zu legen.<sup>91</sup> Das gerichtliche Geständnis bindet das Gericht an die zugestandenen Tatsachen und schafft insoweit ein **Beweisthemenvorbot**.<sup>92</sup> Ein Geständnis, dessen **Unrichtigkeit eindeutig erwiesen** ist, ist aber unwirksam.<sup>93</sup> Nimmt das Gericht **trotz eines Geständnisses Beweise** auf und trifft es Feststellungen, die mit dem Geständnis unvereinbar sind, liegt darin nach überwiegender Rechtsprechung kein relevanter, die erschöpfende Erörterung der Sache hindernder Mangel des Verfahrens; vielmehr sind die getroffenen Feststellungen – und nicht das Geständnis – der Entscheidung zugrunde zu legen.<sup>94</sup> Bestenfalls (für den dadurch Benachteiligten) kann das Abgehen von einem Tatsachengeständnis einen Verfahrensmangel begründen, der aber ohne Rüge in der Berufung nicht aufgegriffen werden kann.<sup>95</sup> Bei einer bloßen **Negativfeststellung** hätte hingegen ein Geständnis aufgrund der Dispositionsmaxime Vorrang und die Negativfeststellung wäre unbeachtlich.<sup>96</sup>

**Keine Bindung** an das Geständnis besteht auch, wenn

- das Gegenteil der zugestandenen Tatsache **allgemein bekannt** ist;
- das Geständnis allgemein anerkannten Erfahrungssätzen widerspricht;
- das Gegenteil dem Gericht im Zuge seiner amtlichen Tätigkeit bekannt wurde.<sup>97</sup>

### 4.2. Das außergerichtliche Geständnis

Das außergerichtliche Geständnis unterliegt der **freien Würdigung** des Richters (§ 266 Abs 3 ZPO, § 272 ZPO); es kann demnach wie ein gerichtliches Geständnis behandelt oder als Indiz für die Richtigkeit der gegnerischen Tatsachenbehauptung angesehen werden.

Als gerichtliches Geständnis gilt es nur in jenem Prozess, in dem es abgegeben wurde.<sup>98</sup> In anderen gerichtlichen Verfahren (anderen Zivilprozessen, Außerstreitverfahren, Strafprozessen) erklärte Geständnisse sind als außergerichtliche Geständnisse zu behandeln. Soweit sie gerichtlich protokolliert sind, bildet das **Protokoll aber eine**

**öffentliche Urkunde**, deren inhaltliche Richtigkeit gemäß § 292 Abs 1 ZPO vermutet wird.<sup>99</sup>

Das Geständnis kann bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz jederzeit **widerrufen** werden;<sup>100</sup> im Rechtsmittelverfahren steht das **Neuerungsverbot** einem Widerruf entgegen.<sup>101</sup> Der Einfluss des Widerrufs auf die Wirksamkeit des Geständnisses unterliegt gemäß § 266 Abs 2 ZPO der freien Beweiswürdigung des Richters.

### 4.3. Das schlüssige Geständnis („unsubstantiiertes Bestreiten“)

Die Grenze zwischen Strittigem und Unstrittigem verläuft nicht dort, wo der Beklagte Tatsachen ausdrücklich außer Streit stellt; **unstrittiges Parteivorbringen ist ohne Weiteres der Entscheidung zugrunde zu legen**.<sup>102</sup> Bestreiten von Tatsachenbehauptungen ohne jede nähere Ausführung ist dort, wo den Bestreitenden die **Behauptungslast** trifft (also etwa bei rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden), als unsubstantiiert nicht ausreichend und kann gemäß § 267 ZPO im Ergebnis als Außerstreitstellung (zugunsten des Gegners) behandelt werden.<sup>103</sup> Dies gilt insbesondere, wenn das Vorbringen des Gegners leicht zu widerlegen wäre, der unsubstantiiert Bestreitende dazu aber nie konkret Stellung genommen hat,<sup>104</sup> oder wenn der Gegner einzelnen Behauptungen mit konkretem Vorbringen entgegentritt, zu den übrigen aber schweigt.<sup>105</sup> Auch Erklärungen **mit Nicht-Wissen** oder **Nicht-Erinnern** unterliegen gemäß §§ 267 Abs 2, 272 ZPO der richterlichen Würdigung; sie können daher „auf vertretbare Weise“ als schlüssiges Tatsachengeständnis gewertet werden.<sup>106</sup> Der **unstrittige („echte“ und „richtige“) Inhalt einer Urkunde** ist im Sinn der §§ 266 f ZPO ohne Weiteres der Entscheidung zugrunde zu legen.<sup>107</sup> Dies ist insbesondere für jene Partei bedeutsam, die zur Richtigkeit auf ihr eigenes Vorbringen verweist, ohne ein vom relevanten Inhalt der Urkunde abweichendes Tatsachenvorbringen überhaupt erstattet zu haben.

### 4.4. Gerichtskundige Tatsachen

Gemäß § 269 ZPO bedürfen Tatsachen, die bei Gericht offenkundig sind, keiner Behauptung<sup>108</sup> und keines Beweises. Offenkundig (notorisch) ist eine Tatsache, wenn sie entweder **allgemeinkundig oder gerichtskundig** ist.

**Allgemeinkundige Tatsachen** sind einer beliebig großen Anzahl von Menschen bekannt (oder zumindest ohne Schwierigkeiten für sie jederzeit zuverlässig wahrnehmbar) – „Tatsachen, die allen intelligenten und auf die Verhältnisse ihrer Umgebung aufmerksamen Personen bekannt sein können“.<sup>109</sup>

**Gerichtskundige Tatsachen** sind dem erkennenden Gericht aus eigener amtlicher Wahrnehmung bekannt. Davon zu unterscheiden ist das **Privatwissen des Richters**, das ihn funktionell zum Zeugen oder zum Sachverständigen macht. Nach neuerer Rechtsprechung ist eine Tatsache



nur dann gerichtskundig, wenn der Richter die Tatsache kennt, ohne vorher „in bestimmte Unterlagen Einsicht nehmen zu müssen“.<sup>110</sup> Daher sind nicht einmal Tatsachen aus dem **Grundbuch, dem Firmenbuch oder aus Parallelakten desselben Gerichts** gerichtskundig.<sup>111</sup> Davon zu unterscheiden ist, dass öffentlichen Urkunden eine bestimmte **Beweiskraft**, die gesetzliche Vermutung der Richtigkeit (§ 292 Abs 1 ZPO) und der Echtheit (§ 310 Abs 1 ZPO), zukommt.<sup>112</sup>

Da die Allgemeinkundigkeit einer Tatsache bezweifelt werden kann und da gerichtskundige Tatsachen den Parteien oft gar nicht bekannt sind, muss das Gericht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien (und um ihnen den Beweis der Unrichtigkeit zu ermöglichen) auch offenkundige Tatsachen mit ihnen **erörtern**.<sup>113</sup> Der **Beweis der Unrichtigkeit** offenkundiger Tatsachen ist zulässig.<sup>114</sup>

### 5. Der unwiderlegbare Sachverständigenbeweis?

Mit dem Sachverständigen tritt im Zivilprozess eine Person neben den Richter, die durch ihren Expertenstatus und den damit oft verbundenen Wahrheitsanspruch im Gerichtsalltag manchmal als **der wahre Richter** angesehen wird. Der Sachverständige verschafft dem Richter jenes Fachwissen, das er selbst nicht besitzt; jenseits der Wissensgrenze des Richters kann daher nur das **Vertrauen des Richters in die persönliche Integrität und die fachliche Qualifikation** des Sachverständigen die für den Beweis notwendige richterliche Überzeugung von der Richtigkeit des Gutachtens vermitteln.<sup>115</sup> Die Richtigkeit des Gutachtens (im Sinne von absoluter Wahrheit) kann der Richter nie beurteilen; daher steht am Ende der **Würdigung des Gutachtens** kein richterlicher Erkenntnisakt, sondern ein **richterlicher Willensakt**.<sup>116</sup>

Durch die fachliche Autorität des Gutachtens gewinnt zwar die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft, der **Sachverständige hat aber nie eine urteilende Funktion**; er bleibt immer Informations- und Erkenntnisquelle. Durch vollständige und allgemein verständliche **Offenlegung seiner Prämissen und seiner Methoden** muss der Sachverständige sein Gutachten für den Laien nachvollziehbar und für den Experten nachprüfbar machen. Subjektive Wertungen und Erfahrungswerte, deren **Beweiskraft nur in der Autorität des Gutachters** liegt, hat er als solche kenntlich zu machen. Der Richter muss als Verhandlungsleiter (der die Beweise unmittelbar aufnimmt) und als Entscheidungsorgan (das der Sachverständige von der Richtigkeit seines Gutachtens zu überzeugen hat) den Anschein vermeiden, das Sachverständigengutachten sei ein „säkularisierter Gottesbeweis“.<sup>117</sup>

Soweit der Richter bei der Lösung der Tatfrage den Ergebnissen des Sachverständigen folgt, ist der im Urteil festgestellte Sachverhalt **im Instanzenzug nur noch sehr eingeschränkt überprüfbar**. Das gerichtlich eingeholte Sachverständigengutachten kann nicht durch Zeugen (und seien sie auch „sachverständig“), sondern nur durch andere gerichtlich bestellte Sachverständige widerlegt

werden (meist bestellt der Richter aber nur einen Sachverständigen), und der Berufungswerber muss im Rechtsmittel aufzeigen, aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen eine andere Sachverhaltsfeststellung zu treffen gewesen wäre. Das scheitert aber oft daran, dass das gerichtliche **Sachverständigengutachten das einzige Beweisergebnis zum entscheidenden Thema** ist.<sup>118</sup>

## 6. Anfechtung der erstrichterlichen Wahrheit

### 6.1. „Wahrheitsfindung“

Gemäß § 272 Abs 1 ZPO hat der Richter unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach **freier Überzeugung** zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.

Da freie Beweiswürdigung **nicht Willkür** bedeutet, muss sie begründet werden. § 272 Abs 3 ZPO verpflichtet den Richter, in der Begründung seiner Entscheidung die Umstände und Erwägungen anzugeben, die für seine Überzeugung maßgeblich waren.<sup>119</sup> Gelingt es dem Richter nicht, deutlich zu machen, aus welchen Gründen er seiner Entscheidung gewisse Beweisergebnisse zugrunde gelegt hat, anderen hingegen nicht gefolgt ist, liegt ein **Verfahrensmangel** (Begründungsmangel) vor, der im Fall seines Aufzeigens in einem Rechtsmittel zur Aufhebung der Entscheidung führt.<sup>120</sup> Finden sich im Urteil statt einer Beweiswürdigung überhaupt nur Leerformeln und offensichtliche **Scheinbegründungen**, liegt ein dem Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO gleichzuhaltender Verstoß vor.<sup>121</sup>

Die Freiheit der Beweiswürdigung steht einer Aufhebung des Ersturteils mit Bindung an die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts entgegen; gemäß § 499 Abs 2 ZPO kommt nur eine Bindung an die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts in Betracht. Das Berufungsgericht kann daher nur aufgrund einer **Beweiswiederholung** (§ 488 Abs 4 ZPO) die Beweiswürdigung ändern und zu anderen Tatsachenfeststellungen gelangen.<sup>122</sup>

### 6.2. Die gesetzmäßige Beweisrüge

Die Tatsachengrundlage zur Bekämpfung der Tatsachenfeststellungen in der Berufung muss im Verfahren erster Instanz geschaffen worden sein, weil § 482 ZPO **keine Neuerung zum Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung** erlaubt.<sup>123</sup> In der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Urteils enthaltene, aber eindeutig dem Tatsachenbereich zuzuordnende Ausführungen sind als Tatsachenfeststellungen zu behandeln.<sup>124</sup>

Um die Beweisrüge im Sinne der ständigen Rechtsprechung gesetzmäßig auszuführen, muss der Rechtsmittelwerber deutlich zum Ausdruck bringen,

- welche konkrete Feststellung bekämpft wird;
- infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde;

- welche Feststellung an ihrer Stelle begehrt wird;
- aufgrund welcher Beweisergebnisse und beweismwürdigen Erwägungen diese begehrte Ersatzfeststellung zu treffen gewesen wäre.<sup>125</sup>

Dass auch Beweisergebnisse existieren, die eine andere Beweiswürdigung ermöglicht hätten, reicht zur gesetzmäßigen Ausführung dieses Berufungsgrundes nicht aus. Der Berufungswerber muss das Berufungsgericht davon überzeugen, aus welchen Gründen der Erstrichter diesen anderen Beweisergebnissen den Vorzug geben hätte müssen. Das Berufungsgericht prüft, **ob das Erstgericht die ihm vorgelegenen Beweisergebnisse nach der Aktenlage schlüssig gewürdigt hat**; es prüft nicht, ob die erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmen.<sup>126</sup>

Wenn Berufungswerber – meist in Ermangelung für sie günstiger Beweisergebnisse – ein ersatzloses Entfallen von rechtlich relevanten Feststellungen begehren, verkennen sie den Sinn der Beweisrüge, zumal sie damit sekundäre Feststellungsmängel erzeugen würden. Liegt ein rechtlich erhebliches Beweisthema vor, hat das Gericht – positive oder negative – Feststellungen zu diesem Thema zu treffen. Ist das Beweisthema relevant, würde ein „**ersatzloses Entfallen**“ zu einem sekundären Feststellungsmangel führen. Ist es nicht relevant, setzt sich das Berufungsgericht mit dieser Rüge – weil das Beweisthema für die rechtliche Beurteilung nicht benötigt wird – nicht auseinander.<sup>127</sup>

### 7. Beweisen heißt Überzeugen

Beweisen ist die **Tätigkeit**, die dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des von einer Prozesspartei behaupteten Sachverhalts vermittelt.<sup>128</sup> Beweis bedeutet **nicht Gewissheit**. Der Beweis ist erbracht, wenn ein so hoher Grad an **Überzeugung erreicht ist, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt**;<sup>129</sup> als Regelbeweismaß der ZPO soll die „**hohe Wahrscheinlichkeit**“ gelten<sup>130</sup>.

#### Beispiel „Regenwahrscheinlichkeit“:<sup>131</sup>

„Was bedeutet: ‚Es wird morgen mit einer Wahrscheinlichkeit von 80 % regnen?‘

*Einige glauben, es werde morgen 80 % der Zeit regnen. Andere meinen, es werde morgen in 80 % der Region regnen. Wiederum andere sind schließlich der Ansicht, dass acht Meteorologen denken, es werde regnen, während zwei das nicht tun. Tatsächlich wollen die Meteorologen etwas anderes damit sagen: dass es an 80 % der Tage regnen wird, für die diese Vorhersage gilt. Das Problem ist nicht nur im Kopf der Menschen, sondern besteht auch in der **Unfähigkeit der Experten, verständlich zu sagen, was sie meinen.**“*

In vielen Fällen lassen die Beweisergebnisse keinen objektiven Schluss auf bestimmte Tatsachen zu; es bleibt daher ein erheblicher subjektiver Spielraum für den Richter. Be-

weisen heißt letztendlich nichts anderes, als den Richter zu überzeugen. **Widersprüchliche Beweisergebnisse** sind nicht Hindernis, sondern Ausgangspunkt der richterlichen Beweiswürdigung. Nur dann, wenn für mehrere Sachverhaltsvarianten beinahe gleich viel spricht, ist der Beweis nicht erbracht und eine Entscheidung nach Beweislastregeln angezeigt. Wenn es einem Entscheidungsträger schwerfällt, zwischen Wahrheit und Unwahrheit zu unterscheiden, ist es fraglich, ob längere Beweisverfahren (mit zusätzlichen Gerichts- und Privatgutachten) einen objektiven Erkenntnisfortschritt mit sich bringen.

Auch wenn sich „wegen der besonderen Kompliziertheit und Vielschichtigkeit eines Erkenntnisvorgangs und der hierfür ausschlaggebenden Komponenten nicht alles durch das Medium der Sprache vollständig mitteilen lässt“,<sup>132</sup> kann doch nur durch größtmögliche **Offenlegung der Gedankengänge** eine Annäherung an das wissenschaftliche Erkenntnisideal der Falsifizierbarkeit (Widerlegbarkeit, **Prüfbarkeit**)<sup>133</sup> erreicht werden. In seiner Beweiswürdigung sollte der Richter nicht verhehlen, dass er oft einen logischen Sprung macht, indem er **das Wahrscheinliche und Plausible zur Wahrheit macht**, sodass selbst das wirklich Wahre nur dann Aussicht hat, im Urteil als wahr festgestellt zu werden, wenn es zugleich das Höchstwahrscheinliche ist.<sup>134</sup>

Am Ende ist der Übergang von der richterlichen Wahreitsuche zum sprachlich formulierten „**Wahrspruch**“ immer Sache eines Beschlusses, einer Entscheidung,<sup>135</sup> bei der das Einzigartige, das Ausnahmeweise, das Seltene, das Zufällige Gefahr läuft, um sein Recht zu kommen.<sup>136</sup> Das Zivilverfahren ist **Wahrheitssuche** und es ist durchaus möglich, dass viele Urteilsfeststellungen wahr sind. Aber auch wenn sie wahr sind, können wir **das niemals sicher wissen**. „*Sollte einer auch einst die vollkommenste Wahrheit verkünden: Wissen könnt' er das nicht, es ist alles durchweht von Vermutung.*“<sup>137</sup>

#### Anmerkungen:

<sup>1</sup> Fucik in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> (2014) § 178 Rz 1.

<sup>2</sup> Die in diesem Text verwendeten personenbezogenen Ausdrücke umfassen Frauen und Männer (vgl Art IV Abs 1 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG). Um Buchstaben zu sparen, verwendet der Autor meist das männliche Hauptwort.

<sup>3</sup> Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 875.

<sup>4</sup> LG Wien 40 R 847/96x.

<sup>5</sup> Vgl EriRV 962 BlgNR 21. GP, 26.

<sup>6</sup> Dieser Text war die Grundlage eines Vortrags beim Seminar „Bauwesen“ des Hauptverbandes der Gerichtssachverständigen am 14. 1. 2019 in Bad Hofgastein.

<sup>7</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup>, vor § 266 ZPO Rz 1.

<sup>8</sup> Diese Bindung besteht nicht, wenn die zugestandenen Tatsachen notorisch (allgemein bekannt oder gerichtskundig) unrichtig sind (§§ 266, 269 ZPO).

<sup>9</sup> Fasching, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 659; Delle-Karth, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, 10 ff; JBI 1972, 478; RZ 1972/16.

- <sup>10</sup> OGH 27. 5. 2004, 6 Ob 76/04a; 23. 1. 1997, 2 Ob 2390/96a; 11. 11. 1993, 2 Ob 68/93; 9. 10. 1986, 6 Ob 541/85; RIS-Justiz RS0040318; RS0037972.
- <sup>11</sup> *Fucik* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 177 Rz 2; EvBl 1953/119.
- <sup>12</sup> RIS-Justiz RS0022784.
- <sup>13</sup> OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 156/08x.
- <sup>14</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, § 272 ZPO Rz 5.
- <sup>15</sup> OGH 21. 3. 2018, 7 Ob 210/17h; RIS-Justiz RS0110701.
- <sup>16</sup> OGH 21. 3. 2018, 7 Ob 210/17h.
- <sup>17</sup> § 1 Abs 1 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes (RL-BA 2015). Diese „Richtlinien“ gelten als Verordnung (*Engelhart* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO<sup>10</sup> [2018] § 1 RL-BA 2015 Rz 9).
- <sup>18</sup> § 6 RL-BA 2015; AnwBl 2004/7908, 67.
- <sup>19</sup> AnwBl 2001/7745, 278 (*Strigl*); 1991/3873, 639.
- <sup>20</sup> *Lehner* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO<sup>10</sup>, § 9 RAO Rz 14 ff.
- <sup>21</sup> OGH 17. 12. 2001, 1 Ob 291/01b.
- <sup>22</sup> RIS-Justiz RS0106940.
- <sup>23</sup> RIS-Justiz RS026628 (T4).
- <sup>24</sup> AnwBl 2003/7882, 418 (*Strigl*).
- <sup>25</sup> AnwBl 1967/542, 32; 1973/237, 222.
- <sup>26</sup> *Lehner* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO<sup>10</sup>, § 9 Rz 7 f; RIS-Justiz RS0106940; AnwBl 1988/2996, 671.
- <sup>27</sup> *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> (2011) § 1300 Rz 15 mwN.
- <sup>28</sup> MietSlg 32.228; SZ 58/165.
- <sup>29</sup> *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht<sup>8</sup> (2014) § 9 RAO Rz 16.
- <sup>30</sup> MietSlg 44.745, 44.744.
- <sup>31</sup> RIS-Justiz RS0120395.
- <sup>32</sup> AnwBl 1993, 683.
- <sup>33</sup> *Schneider* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, vor § 351 ZPO Rz 2.
- <sup>34</sup> Pkt. 1.1 Zusammenfassung der von den Sachverständigen allgemein anerkannten Standespflichten in der Delegiertenversammlung des Hauptverbandes der allgemein beeideten (und gerichtlich zertifizierten) Sachverständigen Österreichs vom 4. 4. 1992 in der ergänzten Fassung vom 25. 5. 2013 (Standesregeln); *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 1996; SZ 49/67; MietSlg 44.782.
- <sup>35</sup> *Schiller*, Richter – Sachverständiger, Rechte – Pflichten, SV 1996, 3.
- <sup>36</sup> § 5 Abs 1 Bundesgesetz über die allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher (SDG).
- <sup>37</sup> *Somek*, Richterethos und Moraltheorie, RZ 1985, 265 (267); vgl ErlRV 962 BlgNR 21.GP, 26.
- <sup>38</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 659; *Delle-Karth*, ÖJZ 1993, 10 ff; JBI 1972, 478; RZ 1972/16.
- <sup>39</sup> *Bauer*, 10 Gebote für den Streitrichter (1942) 6.
- <sup>40</sup> OGH 22. 2. 2012, 3 Ob 230/11m; 12. 10. 2006, 6 Ob 216/06t.
- <sup>41</sup> OLG Wien 10 Rs 19/03.
- <sup>42</sup> *Kunst*, Das Gutachten des Bausachverständigen, 14.
- <sup>43</sup> VfGH 1. 12. 1986, B 616/85.
- <sup>44</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 1155, *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 226 Rz 15; EvBl 1986/122; EFSlg 55.036.
- <sup>45</sup> Vgl *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 266 Rz 8; *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 878.
- <sup>46</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 888.
- <sup>47</sup> OGH 24. 6. 1987, 1 Ob 598/87; 16. 10. 1958, 2 Ob 163/58; RIS-Justiz RS0039939.
- <sup>48</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, vor § 266 ZPO Rz 28; *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 181.
- <sup>49</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, vor § 266 ZPO Rz 27 ff.
- <sup>50</sup> Wobl 2005/70; MietSlg 50.252.
- <sup>51</sup> OGH 15. 12. 2010, 4 Ob 199/10h; 12. 8. 2004, 1 Ob 139/04d; 18. 9. 2003, 8 Ob 10/03h; 16. 8. 2001, 8 Ob 134/01s; 15. 3. 2001, 6 Ob 258/00k; 1. 12. 1998, 7 Ob 337/98d; 23. 4. 1996, 1 Ob 2020/96g; 28. 8. 1997, 3 Ob 2121/96z; 7. 11. 1995, 4 Ob 554/95; 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94; RIS-Justiz RS0026236.
- <sup>52</sup> OGH 16. 8. 2001, 8 Ob 134/01s; 15. 3. 2001, 6 Ob 258/00k; 1. 12. 1998, 7 Ob 337/98d.
- <sup>53</sup> *Karner* in KBB<sup>5</sup>, § 1298 ABGB Rz 1; die ständige Rechtsprechung und ein Teil der Lehre wenden die Beweislastverteilung des § 1298 ABGB auch bei Verletzung von Schutzgesetzen iSd § 1311 ABGB an.
- <sup>54</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 884.
- <sup>55</sup> OGH 16. 8. 2001, 8 Ob 134/01s; 23. 11. 1999, 1 Ob 254/99f; 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94; 16. 3. 1989, 8 Ob 525/88.
- <sup>56</sup> OGH 29. 4. 2013, 8 Ob 133/12k; 29. 10. 1998, 6 Ob 3/98d.
- <sup>57</sup> OGH 12. 12. 2007, 7 Ob 255/07m („deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit“); 8. 7. 1993, 2 Ob 590/92 („hohe Wahrscheinlichkeit“); 16. 3. 1989, 8 Ob 525/88. Auch „Anleger“ (von Geld) haben nach der Judikatur des OGH (13. 2. 2014, 2 Ob 17/13h) den Eintritt des Schadens nur „plausibel“ zu machen.
- <sup>58</sup> OGH 26. 7. 2006, 3 Ob 106/06v; 17. 5. 2001, 7 Ob 321/00g.
- <sup>59</sup> OGH 16. 8. 2001, 8 Ob 134/01s; 28. 8. 1997, 3 Ob 2121/96z; 7. 11. 1995, 4 Ob 554/95.
- <sup>60</sup> OGH 13. 10. 1999, 7 Ob 165/99m.
- <sup>61</sup> OGH 29. 9. 2009, 8 Ob 103/09v.
- <sup>62</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 884.
- <sup>63</sup> OGH 27. 7. 2017, 4 Ob 115/17s; 12. 5. 2009, 10 Ob 21/08y.
- <sup>64</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, vor § 266 ZPO Rz 33 ff mwN.
- <sup>65</sup> JBI 2007, 181.
- <sup>66</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 749 ff, 891.
- <sup>67</sup> OGH 7. 10. 2003, 4 Ob 188/03f.
- <sup>68</sup> RIS-Justiz RS0040276; *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 809.
- <sup>69</sup> OGH 28. 5. 2015, 9 ObA 42/15i; 21. 4. 1988, 8 Ob 13/88.
- <sup>70</sup> OGH 29. 1. 2015, 9 ObA 144/14p; RIS-Justiz RS0114896.
- <sup>71</sup> RIS-Justiz RS0040286.
- <sup>72</sup> *Gigerenzer*, Risiko (2013) 55 ff.
- <sup>73</sup> EFSlg 58.051, 42.027.
- <sup>74</sup> SZ 25/18; SZ 10/171.
- <sup>75</sup> SZ 41/111; ÖBI 1972, 92.
- <sup>76</sup> ÖBI 1971, 98.
- <sup>77</sup> ÖBI 1972, 92.
- <sup>78</sup> SZ 61/39.
- <sup>79</sup> ÖJZ 1994/53 (MRK).
- <sup>80</sup> RZ 1989, 68; RZ 1989, 190.
- <sup>81</sup> OGH 24. 6. 2003, 4 Ob 127/03k; 16. 12. 2002, 16 Ok 11/02; ÖBI 1998, 225.
- <sup>82</sup> OGH 11. 3. 2010, 4 Ob 19/10p.
- <sup>83</sup> EFSlg 58.054.
- <sup>84</sup> EFSlg 64.396.
- <sup>85</sup> MietSlg 46.654.
- <sup>86</sup> *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, §§ 266, 267 Rz 1.
- <sup>87</sup> MietSlg 50.738.
- <sup>88</sup> OGH 19. 3. 2010, 6 Ob 138/09a.
- <sup>89</sup> OGH 18. 6. 2013, 4 Ob 18/13w.
- <sup>90</sup> RIS-Justiz RS0111277.
- <sup>91</sup> RdW 1998, 20; JBI 1990, 590; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, §§ 266, 267 Rz 2.
- <sup>92</sup> JBI 1990, 590.
- <sup>93</sup> RIS-Justiz RS0040085.
- <sup>94</sup> OGH 21. 3. 2018, 1 Ob 121/17a.
- <sup>95</sup> OGH 23. 3. 2011, 17 Ob 1/11p; RIS-Justiz RS0040085; RS0039949.
- <sup>96</sup> OGH 19. 9. 2011, 17 Ob 19/11k.



- <sup>97</sup> JBI 1990, 590; EvBl 1997/90.
- <sup>98</sup> ÖBI 1965, 18; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, §§ 266, 267 Rz 1.
- <sup>99</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 842.
- <sup>100</sup> JBI 1961, 429.
- <sup>101</sup> RZ 1956, 46.
- <sup>102</sup> OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 101/11y.
- <sup>103</sup> SZ 47/3.
- <sup>104</sup> OGH 19. 6. 2018, 1 Ob 73/18v; 15. 12. 2008, 4 Ob 79/08h, MietSlg 60.664; SZ 66/116; *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 843.
- <sup>105</sup> RIS-Justiz RS0039927 (T12).
- <sup>106</sup> OGH 10. 8. 2010, 1 Ob 119/10x.
- <sup>107</sup> OGH 19. 12. 2013, 1 Ob 221/13a; 3. 4. 2008, 1 Ob 128/07s; RIS-Justiz RS0121557 (T1).
- <sup>108</sup> RIS-Justiz RS0040240.
- <sup>109</sup> OGH 22. 6. 2010, 5 Ob 6/10h; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 269 Rz 2.
- <sup>110</sup> OGH 4. 11. 2010, 8 Ob 11/10s.
- <sup>111</sup> MietSlg 50.739; RIS-Justiz RS0110714; RS0111112.
- <sup>112</sup> RIS-Justiz RS0125441; OGH 13. 10. 2009, 5 Ob 197/09w.
- <sup>113</sup> RIS-Justiz RS0040219; OGH 11. 6. 2008, 3 Ob 115/08w, MietSlg 60.662; 10. 2. 2004, 10 ObS 277/03p.
- <sup>114</sup> *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 269 Rz 4.
- <sup>115</sup> *Schiller*, SV 1996, 3.
- <sup>116</sup> *Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober*, Berufung in der ZPO<sup>3</sup> (2016) 124.
- <sup>117</sup> *Tanczos* in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten<sup>2</sup> (2015) 88.
- <sup>118</sup> *Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober*, Berufung in der ZPO<sup>3</sup>, 123 ff.
- <sup>119</sup> *Fucik*, Beweiswürdigung, SV 1997, 24.
- <sup>120</sup> *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup> (Stand 1. 9. 2018) § 272 ZPO E 37; LGZ Wien 41 R 833/93.
- <sup>121</sup> *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, § 428 ZPO Rz 4; *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup>, § 272 ZPO E 33.
- <sup>122</sup> *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 272 Rz 3; ÖBI 1990/228.
- <sup>123</sup> RIS-Justiz RS0041812; *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup>, § 482 ZPO E 4; *Kodek* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 482 Rz 3.
- <sup>124</sup> OGH 16. 9. 2011, 2 Ob 151/11m; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 417 Rz 4.
- <sup>125</sup> OGH 11. 11. 2010, 3 Ob 170/10m; RIS-Justiz RS0041835; *Kodek* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 471 Rz 8.
- <sup>126</sup> *Kodek* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 471 Rz 3.
- <sup>127</sup> *Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober*, Berufung in der ZPO<sup>3</sup>, 149.
- <sup>128</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 799.
- <sup>129</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 802.
- <sup>130</sup> OGH 27. 1. 2016, 4 Ob 208/15i; RIS-Justiz RS0110701.
- <sup>131</sup> Vgl *Gigerenzer*, Risiko, 15.
- <sup>132</sup> *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, § 428 ZPO Rz 4.
- <sup>133</sup> *Popper*, Logik der Forschung<sup>8</sup> (1984) 14 ff; *Popper*, Ausgangspunkte<sup>3</sup> (1984) 52 ff.
- <sup>134</sup> *Bauer*, 10 Gebote für den Streitrichter, 38.
- <sup>135</sup> *Popper*, Auf der Suche nach einer besseren Welt (1987) 50.
- <sup>136</sup> *Bauer*, 10 Gebote für den Streitrichter, 38.
- <sup>137</sup> *Karl Poppers* Übersetzung eines ca 2.500 Jahre alten Spruchfragments des griechischen Philosophen und Dichters *Xenophanes* in *Popper*, Auf der Suche nach einer besseren Welt, 50.

### Korrespondenz:

Mag. Alfred Tanczos

Richter des OLG Graz

Marburger Kai 49, 8010 Graz

E-Mail: Alfred.Tanczos@justiz.gv.at