



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Der Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens“

Verfasserin

Mag. Sonja Huber

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: O. Univ. Prof. Dr. Peter Böhm

Inhaltsverzeichnis

1)	Einleitung	3
a)	Die zwei Gruppen von Prozessgrundsätzen	3
b)	Die Grundsätze des „fair trial“	4
ba)	Die Öffentlichkeit	4
bb)	Die Mündlichkeit	6
bc)	Das beiderseitige rechtliche Gehör	7
bd)	Die Verfahrenskonzentration	8
c)	Allgemeines zum Unmittelbarkeitsgrundsatz	9
2)	Hauptteil	11
a)	Gesetzliche Regelung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der ZPO	11
b)	Verletzung des Grundsatzes – Sanktionen	23
c)	Zusammenhang mit anderen Prozessgrundsätzen	31
d)	Vor – und Nachteile des Unmittelbarkeitsprinzips	42
e)	Einschränkungen des Grundsatzes	50
f)	Zusammenhang mit Art 6 EMRK – Einschränkungen gerechtfertigt?	72
g)	Handhabung in der Praxis – Richtungsweisende Gerichtsentscheidungen	75
h)	Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland	87
3)	Schluss	97
a)	Entwicklungstendenz	97
b)	Zusammenfassung	98

1) Einleitung

a) **Die zwei Gruppen von Prozessgrundsätzen**

Prozessgrundsätze sind leitende Prinzipien, auf denen die Gestaltung eines Zivilverfahrens aufbaut. Trotz ihres autoritativen Anspruchs ist Art und Ausmaß ihrer Verwirklichung unterschiedlich. Selten wird ein Grundsatz lückenfrei durchgeführt, was hauptsächlich daran liegt, dass verschiedene Interessen einander gegenüberstehen. Ebenso wie manche Grundsätze gegeneinander konkurrieren, fließen andere von ihnen ineinander über, sodass eine exakte Grenzziehung schwierig ist.

Es werden je nach Anwendungsbereich und Zweck zwei Gruppen von Prozessgrundsätzen unterschieden. Die erste Gruppe regelt die Aufgaben – und Kompetenzverteilung zwischen Gericht und Parteien, die in diesem Sinne zu einer sog „Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess“¹ zusammengefasst werden. Die zweite Gruppe regelt die Gestaltung des Verfahrens, sodass den Parteien ein faires Verfahren² garantiert wird.

In jedem Verfahren muss geregelt sein, wem die entscheidende Einflussnahme auf Einleitung, Betrieb und auch Beendigung des Verfahrens obliegt. Da es sich um den Zivilprozess in bürgerlichen Rechtssachen handelt, steht im Vergleich zu einem Strafverfahren die Privatautonomie prinzipiell im Vordergrund. Es herrscht im Verfahren der **Dispositionsgrundsatz**, dh die Parteien können über ihre privatrechtlichen Ansprüche disponieren. Diese Freiheit findet darin Ausdruck, dass nur ihnen die Einleitung eines Zivilverfahrens obliegt (etwa durch Einreichung einer Klage). Davon gibt es keine Ausnahme. Außerdem bestimmen die Parteien den Gegenstand des Prozesses und können diesen (zB durch Verzicht oder Klagsrücknahme) beenden. Das Gericht hat in diesen Punkten keine oder nur eingeschränkte Entscheidungsgewalt.

Im Gegensatz zur Ingangsetzung liegt die Inganghaltung des begonnenen Prozesses überwiegend in der Hand des Gerichtes. Es setzt idR jene Prozesshandlungen, die den weiteren Verlauf des Verfahrens bestimmen (zB die Anberaumung von Tagsatzungen). Es überwiegt folglich der **Amtsbetrieb** in der österreichischen Zivilprozessordnung, was ua daran liegt, dass der

¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003).

² Gemeint ist jenes „fair trial“ iS des Art 6 EMRK.

Prozess als eine Art staatliche Wohlfahrtseinrichtung gesehen wird. Demgegenüber steht der Parteibetrieb.

Bei der Stoffsammlung ist die Stellung des Gerichtes ebenfalls gestärkt. Grundsätzlich geht die Zivilprozessordnung vom Beibringungsgrundsatz aus, dh den Parteien obliegt in erster Linie die Beweisbeschaffung, um die von ihnen behauptete Tatsachen zu belegen. Doch hat der Richter die sog materielle Prozessleitungsbefugnis inne, sodass in der Praxis der **abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz** vorherrscht. Dies äußert sich ua darin, dass der Richter zur Bekanntgabe bestimmter Beweismittel auffordern kann. Als Gipfel dieses Grundsatzes kann jene Bestimmung gesehen werden, gem derer der Richter von Amts wegen alle Beweise aufnehmen kann, von denen „nach der Klage oder dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatsachen zu erwarten ist“ (§ 183 Abs 1 Z 4 ZPO).³ Der Unterschied zum reinen Untersuchungsgrundsatz ist, dass jede Ermittlung auf einer Behauptung einer Partei beruhen muss. Das Gericht kann sich in dem Fall nicht völlig über die Parteien hinwegsetzen.

b) Die Grundsätze des „fair trial“

Unter den Grundsätzen des „fair trial“ versteht man jene, die ein ordnungsgemäßes Verfahren gewährleisten sollen, sodass schließlich eine richtige Entscheidung gefällt wird. Art 6 EMRK spricht vom „fairen Verfahren“ und zählt einige Grundsätze auf wie etwa die Öffentlichkeit. Daneben sind einige Grundsätze auch im B-VG verankert und haben somit Verfassungsrang. Diese Grundsätze sind unerlässlich für das Vertrauen der Parteien in das Gericht als staatliche Einrichtung und finden sich in unterschiedlichen Formen in nahezu allen Prozessordnungen.

ba) Die Öffentlichkeit

Der Prozessgrundsatz der Öffentlichkeit ist ein „Grundpfeiler der österreichischen Zivilprozessordnung“⁴. Er wird in Art 6 EMRK ausdrücklich normiert und ist außerdem in Art 90 Abs1 B-VG verankert. Dieses Prinzip steht in unmittelbarem Zusammenhang mit anderen Grundsätzen des „fair trial“, namentlich dem Unmittelbarkeits- und dem Mündlichkeitsgrundsatz. Der Bezug zum Unmittelbarkeitsgrundsatz ergibt sich aus der teleologischen Interpretation

³ *Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs* (1927).

⁴ *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren* (2003).

der betreffenden Gesetzesbestimmungen. Die Zuschauer können sich nur dann eine Meinung über die Richtigkeit des Urteiles bilden, wenn sie während der mündlichen Verhandlung die unmittelbare Beweisaufnahme mitverfolgen können. Das Anhören einer Protokollverlesung kann dieses Ziel meist nicht in derselben Weise erreichen.

Das Naheverhältnis zum Prinzip der Mündlichkeit lässt sich sowohl aus der teleologischen als auch der systematischen Interpretation erschließen. Die Öffentlichkeit ist in der ZPO unter dem Ersten Titel des Abschnittes „Mündliche Verhandlung“ normiert, und gleich anschließend unter dem Zweiten Titel des selben Abschnittes wird bestimmt, dass „die Parteien vor dem erkennenden Gericht mündlich zu verhandeln haben“ (vgl §§ 171 Abs1, 176 ZPO).

Die Öffentlichkeit lässt sich in **Volks- und Parteiöffentlichkeit** unterscheiden. Die Volksöffentlichkeit beschränkt sich auf das Recht der Anwesenheit während der mündlichen Verhandlung und der Entscheidungsverkündung (sollte diese mündlich sein). Gem § 171 Abs 2 u Abs 3 ZPO können nur unbewaffnete Volljährige von diesem Recht in vollem Umfang Gebrauch machen.

Von Amts wegen ist die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung ansonsten gefährdet erscheint oder es sonst zu einer Erschwerung oder Störung der Verhandlung kommen könnte (§ 172 Abs 1 ZPO). Wenn es um Tatsachen aus dem Familienleben geht, kann die Öffentlichkeit ebenfalls ausgeschlossen werden, allerdings nur auf Antrag einer Partei (§ 172 Abs 2 ZPO).

Der Ausschluss kann sich auch nur auf einen Teil der Verhandlung beziehen. Wichtig ist, dass die **Urteilsverkündung immer öffentlich** zu sein hat.

Die Parteiöffentlichkeit geht idS weiter. Sie gewährt den Parteien das Recht, an den Prozesshandlungen des Gerichtes und der übrigen Parteien teilzunehmen. Dieses Recht erschöpft sich nicht in der Teilnahme an den mündlichen Verhandlungen, vielmehr haben die Parteien auch das Recht, von schriftlichen Prozesshandlungen in Kenntnis gesetzt zu werden.⁵ Die Parteiöffentlichkeit ist auch deshalb so wichtig, weil sie unerlässlich ist für die Ausübung des essentiellen Rechtes auf rechtliches Gehör. Deswegen bildet ihre Verletzung einen Nichtigkeitsgrund gem § 477 Abs 1 Z 4 ZPO. Sie steht im Übrigen nicht nur den Parteien selbst, sondern auch den Nebenintervenienten und anderen Personen mit Parteistellung zu.

Ausgeschlossen von der (Partei-)Öffentlichkeit sind der Vorgang der Willensbildung in den Richtersentenaten und die Stadien der Urteilsentwürfe. Dabei handelt es sich um sog „geheime

⁵ Fasching in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002).

Prozesshandlungen.“⁶ Die Geheimhaltung wird sogar strafrechtlich geschützt, etwa durch § 301 StGB, nach dem Mitteilungen über den Inhalt geheimer Prozesshandlungen strafbar sind.

bb) Die Mündlichkeit

Der Grundsatz der Mündlichkeit soll ieL den Parteien das Recht garantieren, ihre Anliegen mündlich vor dem erkennenden Gericht vorzubringen. Denn nur die mündliche Auseinandersetzung mit der Sache verschafft dem Richter die persönlichen Eindrücke, die für das Fällen eines Urteils nötig sind. Auch dieses Prinzip ist verfassungsrechtlich verankert in Art 90 Abs 1 B-VG. Einfachgesetzlich bestimmt § 176 ZPO, dass die Parteien über den Rechtsstreit mündlich zu verhandeln haben. Sie haben ihre Anträge, Tatsachenbehauptungen, Beweisanbietungen und rechtlichen Ausführungen mündlich zu äußern. Das Ablesen von schriftlichen Protokollen statt dessen ist untersagt (§ 177 Abs 1 letzter Satz ZPO). Die Wichtigkeit der Mündlichkeit wird außerdem dadurch unterstrichen, dass ausdrücklich der **Inhalt der mündlichen Verhandlung zur Grundlage der Sachentscheidung** erklärt wird (§ 414 Abs 1 ZPO). Nicht nur Parteivorträge, auch Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen haben grundsätzlich mündlich zu sein, dies sind allerdings eher Elemente des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.

Es gehört zur Prozessleitungspflicht des Richters, das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Das Urteil darf nur auf jene rechtlichen Gesichtspunkte gestützt sein, die erörtert worden sind, es sei denn, die Parteien wissen ohnehin um deren Wichtigkeit oder es handelt sich um Nebenansprüche (§ 182a ZPO).

Allerdings ist das Erfordernis der Mündlichkeit nur im erstinstanzlichen Verfahren dominant. Im Rechtsmittelverfahren ist eine mündliche Verhandlung zwar auch vorgesehen, aber nicht obligatorisch. Die Parteien können darauf verzichten. Wenn keine von ihnen ausdrücklich die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung verlangt, wird angenommen, dass ein Verzicht darauf vorliegt. Doch ist das Gericht nicht völlig von den Parteien abhängig. Es kann von Amts wegen eine mündliche Verhandlung anordnen, wenn dies im Einzelfall erforderlich erscheint (§ 492 ZPO).

Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz bildet ebenso wie beim Öffentlichkeitsgrundsatz

⁶ Fasching in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002).

einen Nichtigkeitsgrund gem § 477 Abs 1 Z 4 ZPO, wenn das Recht auf rechtliches Gehör verletzt wurde. Ansonsten handelt es sich um einen anderen wesentlichen Verfahrensmangel iSd §496 Abs1 Z2 ZPO.

bc) Das beiderseitige rechtliche Gehör⁷

Dieses Prinzip verkörpert vielleicht so gut wie kein anderes den Gedanken eines „gerechten Verfahrens“. Es besagt, dass beide Parteien die Gelegenheit haben sollten, gehört zu werden. Besonders im Zivilverfahren ist die „Waffengleichheit“ der Parteien eine Selbstverständlichkeit. Nicht nur die Parteien, auch andere Personen mit Parteistellung haben das Recht, sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht den eigenen Standpunkt darzulegen und Argumente zu bringen.

Es handelt sich bei diesem Grundsatz um ein prozessuales Grundrecht⁸, das explizit in Art6 EMRK normiert wird. Der Grundgedanke ist, dass jene, die durch die zu fällende Entscheidung in ihrer Rechtssphäre betroffen werden, auch das Recht haben, in dem zu dieser Entscheidung führenden Prozess gehört zu werden. Die Parteien sind sowohl zur **mündlichen** als auch **schriftlichen Stellungnahme** berechtigt. Es ist die Pflicht des Richters, den Parteien die wesentlichen Schriftsätze des Gegners und die Schriftstücke des Gerichtes sowie die Ladung zur mündlichen Verhandlung ordnungsgemäß zuzustellen.

Prinzipiell muss das rechtliche Gehör vor der Entscheidung gewährt werden, da den Parteien eben möglich sein soll, diese zu beeinflussen; allerdings wird sie auch nach Fällung des Urteils in Form der Anfechtungsmöglichkeiten gewährt.

Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz führt zur Nichtigkeit gem § 477 Abs 1 Z 4 ZPO. Sollte er dazu geführt haben, dass die Partei gar nicht oder nicht ordnungsgemäß vertreten war, ist auch der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 5 ZPO erfüllt, der selbst nach Rechtskraft des Urteils noch mit Nichtigkeitsklage gem § 529 Abs 1 Z 2 ZPO geltend gemacht werden kann.

⁷ Der Unmittelbarkeitsgrundsatz wird unter c) separat erläutert.

⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003).

bd) Die Verfahrenskonzentration

Es wäre in der Praxis höchst unvorteilhaft für die Parteien, wenn im Verfahren die Regeln der Fairness zwar eingehalten werden, dieses selbst aber so langsam und schleppend verläuft, dass eine Sachentscheidung erst nach einer ungebührlich langen Zeit gefällt wird. Deswegen wird ein besonderes Augenmerk auch auf den möglichst schnellen und reibungslosen Verlauf des Prozesses gelegt.

Die ZPO gewährt dem Richter diverse Möglichkeiten, um Zeit und Kosten zu sparen und somit das Verfahren zu konzentrieren. Gem § 179 ZPO können die Parteien zwar bis zum Ende der mündlichen Verhandlung neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorbringen, das Gericht kann diese aber auf Antrag oder von Amts wegen zurückweisen, wenn sie grob schuldhaft nicht früher vorgebracht wurden und eine Zulassung die Erledigung des Verfahrens erheblich verzögern würde. Damit wird vor allem angestrebt, Prozessverschleppungsversuche der Parteien zu unterbinden. Besonders die Beweisaufnahme kann zu wesentlichen Verzögerungen des Verfahrens führen. Deswegen ist es dem Gericht möglich, bestimmte von den Parteien angebotene Beweise zurückzuweisen. In erster Linie hat es Beweise nicht aufzunehmen, die ihm unerheblich erscheinen (§ 275 Abs 1 ZPO). Außerdem können Beweise zurückgewiesen werden, wenn höchstwahrscheinlich eine Prozessverschleppungsabsicht einer Partei dahinter steckt und deren Aufnahme die Erledigung des Verfahrens erheblich verzögern würde (§ 275 Abs 2 ZPO). Auch unabhängig von einer eventuellen Verzögerungsabsicht einer Partei kann das Gericht bestimmte Beweisaufnahmen verweigern, zB wenn der Aufnahme eines Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht. In diesem Fall kann das Gericht auf Antrag eine Frist setzen, innerhalb derer die Partei jenes Beweismittel anbieten muss; nach deren fruchtlosem Verlauf wird das Verfahren ohne Berücksichtigung dieses Beweises fortgeführt (§ 279 Abs 1 1.Fall ZPO). Dies ist zweckmäßig, da es ansonsten zu enormen Prozessverzögerungen kommen kann.

Ein wesentliches Mittel der Prozesskonzentration ist das Neuerungsverbot im Rechtsmittelverfahren. Gem § 482 ZPO dürfen **Tatumstände und Beweise**, die im Verfahren erster Instanz nicht vorgekommen sind, im Berufungsverfahren nur zur Dartuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe vorgebracht werden. Das Verfahren zur Erörterung der Sachlage konzentriert sich also in erster Linie auf das Verfahren erster Instanz.

Der Vorteil liegt zweifellos darin, dass eine endgültige Erledigung der Sache schneller erreicht werden kann. Außerdem sind die Parteien angespornt, im Rahmen des erstinstanzlichen

Verfahrens alle Prozesshandlungen, die ihrem Zweck dienen könnten, vorzunehmen. Dies erinnert an die Eventualmaxime älterer Prozessordnungen.⁹ Damit sind natürlich auch Nachteile verbunden, die im Hauptteil dieser Arbeit noch näher ergründet werden.

Wie man den Grundgedanken schon erkennt, steht das Prinzip der Verfahrenskonzentration in einem Spannungsverhältnis zum Unmittelbarkeitsgrundsatz. Einerseits soll das Verfahren möglichst schnell, einfach und kostengünstig sein, andererseits sollen die Beweise im Sinne der Wahrheitsfindung möglichst unmittelbar aufgenommen werden, was gewiss nicht die einfachste Methode ist. Es gilt, eine Äquivalenz herzustellen und dem Hauptziel möglichst nahe zu kommen, nämlich ein faires und in der Praxis zweckmäßiges Verfahren für die Parteien. Eindrucksvoll wird diese erstrebenswerte Äquivalenz in Art 6 EMRK normiert, indem es gilt, ein öffentliches und faires Verfahren „innerhalb angemessener Frist“ zu führen.

c) Allgemeines zum Unmittelbarkeitsgrundsatz

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz gehört ebenfalls zu den Prinzipien des fair trial. Der Kernpunkt ist, dass nur all das bei der Urteilsfällung gewürdigt wird, das sich unmittelbar vor dem Richter zugetragen hat. Der Gedanke dahinter ist, dass sich der Richter am besten ein Bild von dem machen kann, was er direkt und persönlich wahrnimmt.

Es lässt sich zwischen persönlicher, sachlicher und zeitlicher Unmittelbarkeit unterscheiden.¹⁰ Die **persönliche Unmittelbarkeit** knüpft an die Person des (der) Richter(s) an. § 412 Abs 1 ZPO normiert, dass das Urteil nur von jenen Richtern gefällt werden kann, die an der dem Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen haben. Wird vor der Urteilsfällung die Person des Vorsitzenden oder eines der Senatsmitglieder oder der Einzelrichter geändert, muss die mündliche Verhandlung in der neuen Besetzung wiederholt werden. Es ist allerdings vorgesehen, die zu den Akten gebrachten Beweise und das

Verhandlungsprotokoll zu benützen (§ 412 Abs 2 ZPO). Die persönliche Unmittelbarkeit wird strikt gewahrt. Ein Verstoß dagegen bildet einen Nichtigkeitsgrund gem § 477 Abs1 Z 2 ZPO.

Wenn vom Unmittelbarkeitsgrundsatz gesprochen wird, ist zumeist die **sachliche Unmittelbarkeit** gemeint. Demnach sollte die Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Ge-

⁹ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

¹⁰ Fasching in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002).

richt erfolgen, damit der Richter aufgrund eigener Wahrnehmung eine Entscheidung treffen kann (§ 276 Abs 1 ZPO). Betrachtet man die Beweismittel iS der ZPO¹¹, bedeutet dies, dass va Zeugen und Sachverständige möglichst vor dem erkennenden Gericht befragt werden und auch eine Gelegenheit haben sollen, sich zur Sache zu äußern. Urkunden sollen natürlich während der mündlichen Verhandlung vorgelegt werden, damit ihre Echtheit und Richtigkeit überprüft bzw festgestellt werden kann. Der Augenscheinbeweis soll ebenfalls vor dem erkennenden Gericht selbst aufgenommen werden, wobei Augenschein jede direkte Sinneswahrnehmung des Gerichtes über Eigenschaften und Zustände von Personen und Sachen ist.¹² Schließlich ist auch die Parteienvernehmung ein Beweismittel. Im Sinne der sachlichen Unmittelbarkeit sind die Parteien persönlich durch den Richter zu befragen und können sich ebenfalls äußern. Die sachliche Unmittelbarkeit steht in gewissem Maße im Widerspruch zu dem Grundsatz der Verfahrenskonzentration, weshalb es nicht tunlich wäre, sie grenzenlos durchzusetzen. Die Verfahrensordnung sieht zahlreiche Möglichkeiten der mittelbaren Beweisaufnahme vor, wovon manche mehr, manche weniger gerechtfertigt erscheinen.¹³ Ein Verstoß gegen die sachliche Unmittelbarkeit bildet in erster Linie einen wesentlichen Verfahrensmangel gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO. Wurde das Verfahren allerdings so durchgeführt, dass das rechtliche Gehör verletzt wurde, liegt ein Nichtigkeitsgrund gem § 477 Abs 1 Z 4 ZPO vor.

Es wird auch von **zeitlicher Unmittelbarkeit** gesprochen. Diese findet in der ZPO ihre rechtliche Verankerung in §§ 414, 415. § 414 Abs 1 bestimmt, dass das Urteil möglichst sogleich nach der mündlichen Verhandlung zu fällen und auch zu verkünden ist. Dies gewährleistet eine Entscheidung unter dem noch frischen Eindruck der Beweisaufnahme. § 414 Abs 3 statuiert die Pflicht des Richters, das Urteil in schriftlicher Abfassung binnen vier Wochen nach Verkündung zur Ausfertigung abzugeben. Gebunden an die Entscheidung ist das Gericht jedoch bereits nach deren Verkündung (vgl § 416 Abs 2 ZPO). Wenn das Urteil nicht sofort nach der mündlichen Verhandlung verkündet werden kann, ist es ebenfalls binnen vier Wochen nach Schluss der Verhandlung zu fällen und vom Vorsitzenden in schriftlicher Abfassung samt den vollständigen Entscheidungsgründen zur Ausfertigung abzugeben (§ 415 ZPO).

¹¹ An dieser Stelle sind die sog „neuen“ Beweismittel ausgeklammert.

¹² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003).

¹³ Dazu näher unter 2e).

Eine Zielsetzung der zeitlichen Unmittelbarkeit ist auch die ehest rasche Beweisaufnahme nach dem zu beweisenden Ereignis.¹⁴ Verstöße gegen Normen der zeitlichen Unmittelbarkeit bilden einen wesentlichen Verfahrensmangel iS des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO.

2) Hauptteil

a) Gesetzliche Regelung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der ZPO

Wenn von gesetzlicher Regelung gesprochen wird, kann darunter keine allgemeine gesetzliche Verankerung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes verstanden werden. Eine solche gibt es nicht. Wie es auch bei den meisten anderen Prozessgrundsätzen der Fall ist, kann man nur aus einer Reihe von Einzelbestimmungen an unterschiedlichen Stellen der ZPO schließen, dass dieses Prinzip der österreichischen ZPO zu Grunde gelegt wird. Die Einzelbestimmungen realisieren den Grundsatz in unterschiedlicher Intensität und Klarheit.

Eindeutig abzuleiten ist die **persönliche Unmittelbarkeit** aus § 412 Abs 1 ZPO. Diese Bestimmung schreibt nämlich vor, dass die Sachentscheidung letztlich nur von denjenigen Richtern gefällt werden kann, die an der der Entscheidung zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen haben. Wenn sich die mündliche Verhandlung über mehrere Tagsatzungen erstreckt, muss der Richter an all diesen teilgenommen haben. Aus unterschiedlichsten Gründen kann es zu einem Richterwechsel kommen. Für diesen Fall sieht die ZPO prinzipiell die Neudurchführung der Verhandlung vor. Das würde bedeuten, dass der neue Richter die stattgefundenen Tagsatzungen erneut durchführt und auch die Beweisaufnahme wiederholt. § 412 Abs 2 ZPO gewährt die vereinfachte Möglichkeit, die eingereichte Klage, die zu den Akten gebrachten Beweise und das Verhandlungsprotokoll im Zuge der neuen Verhandlung zu verwenden. Dies bedeutet einerseits, dass die vom ausscheidenden Richter unmittelbar aufgenommenen Beweise nur mehr verlesen werden müssen, andererseits auch, dass die bereits in der ersten Verhandlung nur mittelbar aufgenommenen Beweise¹⁵ nicht mehr wiederholt werden müssen, da von den „zu den Akten gebrachten Beweisen“ gesprochen wird.

Der Richter kann auf die Möglichkeiten der § 412 Abs 2 ZPO verzichten und die Beweise erneut unmittelbar aufnehmen, wenn er es für die Beweiswürdigung als dringend nötig erachtet.

¹⁴ Fasching, Zivilprozessrecht (1990).

¹⁵ Dazu näher unter 2e.

Dies ergibt sich bereits aus dem Untersuchungsgrundsatz. Die Frage an dieser Stelle ist, ob eine Partei dies ebenfalls anregen kann. Man prüfe zum Vergleich § 281a ZPO¹⁶, der normiert, dass eine der Parteien sich ausdrücklich gegen eine mittelbare Beweisaufnahme aussprechen kann. Diese Sachlage ist mit der bei einem Richterwechsel vergleichbar. Es geht um Beweise, die bereits in einem früheren gerichtlichen Verfahren aufgenommen wurden, und die Möglichkeit, diese in einem späteren Verfahren nur mehr zu verlesen. Wendet man diese Bestimmung analog an, bedeutet es, dass eine Partei auf einer neuerlichen unmittelbaren Beweisaufnahme durch den neuen Richter bestehen kann, wenn sie dies für unbedingt notwendig erachtet. Die persönliche Unmittelbarkeit ist der am besten in der ZPO verankerte Aspekt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.

Die **sachliche Unmittelbarkeit** findet ihre gesetzliche Verankerung in § 276 Abs 1 ZPO, wenn auch nicht in so ausdrücklicher Form wie die persönliche. Die Bestimmung normiert, dass die Beweisaufnahme i.d.R. unmittelbar vor dem erkennenden Richter stattzufinden hat. Mittelbare Beweisaufnahmen außerhalb der Verhandlungssatzung sind nur zulässig, wenn sie in der ZPO selbst vorgesehen sind. Betrachtet man die einzelnen Beweismittel, bedeutet Unmittelbarkeit bei Urkunden, dass die Urschrift einer Urkunde dem Richter direkt vorgelegt wird; bei Zeugen, dass diese während der Verhandlung vom Richter persönlich befragt werden. Dasselbe gilt für Sachverständigenbeweise und Parteienvernehmung. Ein Augenscheinbeweis ist unmittelbar aufgenommen, wenn der Richter die Eigenschaften und Zustände einer Person oder einer Sache direkt und persönlich sinnlich wahrnimmt.¹⁷

Das Gericht hat die zum Zwecke der Beweisaufnahme nötigen Ladungen rechtzeitig zu versenden. Die Parteien sind jedoch nicht darauf angewiesen. Sie können die von ihnen namhaft gemachten Zeugen und Sachverständige auch ohne Ladung des Gerichtes mitbringen; ebenso Personen, die sie dem Gericht erst während der Verhandlung als Zeugen oder Sachverständige namhaft machen wollen (§ 288 Abs 2 ZPO), da dies ja bis zum Ende der mündlichen Verhandlung zulässig ist. Dabei ist natürlich die Prozessförderungspflicht der Parteien zu beachten. Diese Handlungsfreiheiten der Parteien tragen wesentlich zur Durchsetzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bei.

¹⁶ Diese Bestimmung enthält eine der wichtigsten Ausnahmen der sachlichen Unmittelbarkeit.

¹⁷ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

Auch § 289 ZPO enthält mE Elemente des Unmittelbarkeitsprinzips. Demnach sind die Parteien in die Beweisaufnahme mit einzubeziehen. Sie können mit Zustimmung des Richters Fragen an die Zeugen und Sachverständigen stellen oder diese durch den die Beweisaufnahme leitenden Richter stellen lassen. Die Fragen müssen angemessen und geeignet sein, die Sachlage zu klären. Dieses Fragerecht kann als Ergänzung zur allgemeinen Unmittelbarkeit des § 276 Abs 1 ZPO gesehen werden. Demnach gewinnt der Richter den persönlichen Eindruck vom Zeugen nicht nur aus eigener Befragung, sondern auch aus Befragungen der Parteien. Er sieht, wie der Zeuge auf bestimmte Fragen reagiert und auf welcher Weise er mit der fragenden Partei kommuniziert. Auf diesem Wege könnte sich der Eindruck verstärken oder ändern, sodass der Wahrheitsfindung in einem höheren Maße gedient ist. Es darf nicht verkannt werden, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz genau wie nahezu alle Prinzipien des „fair trial“ letztlich der umfassenden Aufklärung der Sachlage, also der Wahrheitsfindung dient. Auch diese Rechte sind freilich nicht uneingeschränkt. Fragen, die der Richter als unangemessen erachtet, weist er zurück. Die Beweisaufnahme ist auch in Abwesenheit der Parteien durchzuführen, wenn diese trotz zeitgerechter Ladung nicht erscheinen. Das Gericht kann jedoch uU eine Ergänzung der Beweisaufnahme unter Beiziehung der Partei anordnen, wenn diese glaubhaft macht, dass sie die Säumnis nicht verschuldet hat und die Beweisaufnahme in ihrer Abwesenheit unvollständig ist.

Wie bereits § 276 bestimmt, ist die Beweisaufnahme auch durch einen beauftragten oder ersuchten Richter außerhalb der Verhandlung möglich. Eine solche ist aber möglichst erst nach vollständiger Erörterung des Sachverhaltes vom erkennenden Richter anzuordnen, außer bei Vorliegen eines besonderen Grundes (§ 278 Abs 1 ZPO). Es kann auch dazu kommen, dass ein zulässiger und relevanter Beweis gar nicht berücksichtigt wird, und zwar dann, wenn die Ausführbarkeit der Aufnahme in der Praxis zweifelhaft oder von ungewisser Dauer ist. Dann kann das Gericht auf Antrag eine Frist bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Verhandlung ohne Rücksichtnahme auf den ausständigen Beweis fortgeführt wird.

Da Abweichungen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz von der ZPO geregelt sein müssen, ist es wichtig, diejenigen Bestimmungen zu kennen, die Ausnahmen enthalten.

Gem § 300 ZPO kann das Gericht anordnen, dass eine Urkunde einem beauftragten oder ersuchten Richter vorgelegt werde. Dies geschieht auf Antrag oder von Amts wegen. Hierbei handelt es sich um eine mittelbare Beweisaufnahme, die nur dann in Frage kommt, wenn die Vorlegung einer Urschrift in der Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen

kann oder Verlust- oder Beschädigungsgefahr besteht¹⁸. Der beauftragte oder ersuchte Richter nimmt in diesem Fall ein Protokoll auf, das jene Umstände bestätigen muss, welche das erkennende Gericht vorschreibt. Es kann auch angeordnet werden, dass mit dem Protokoll eine Kopie der Urkunde vorgelegt wird.

Auch die Zeugenvernehmung kann durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vorgenommen werden. Dies beeinträchtigt den Zweck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes mAn stärker als die mittelbare Aufnahme des Urkundenbeweises. Der beauftragte oder ersuchte Richter kann die Richtigkeit und Echtheit einer Urkunde bestätigen, nicht jedoch den persönlichen Eindruck von einer Person vollständig weitergeben. Bei Verlesung der Aussage eines Zeugen können ganz andere Eindrücke entstehen als bei der direkten Kommunikation mit diesem. Deshalb sollten die Möglichkeiten einer mittelbaren Beweisaufnahme restriktiver sein. Die ZPO regelt dies in § 328. Demnach kann die Aufnahme eines Zeugenbeweises durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen, wenn die Vernehmung an Ort und Stelle der Wahrheitsfindung dient, die Vernehmung vor dem erkennenden Gericht mit erheblichen Schwierigkeiten oder unverhältnismäßig hohem Aufwand seitens des Zeugen verbunden wäre oder der Zeuge am Erscheinen vor dem Gericht gehindert ist (§ 328 Abs 1 Zi 1-4). Eine Vernehmung in der Wohnung des Zeugen ist möglich, wenn er aus triftigen Gründen nicht imstande ist, diese zu verlassen. Wenn man diese Möglichkeiten mit denen des § 300 ZPO vergleicht, erkennt man, dass §328 relativ großzügig ist. *Rechberger* meint diesbezüglich, dass §328 in erstaunlich großem Ausmaß die Zeugeneinvernahme im Rechtshilfeweg gestattet, was zT der Wahrheitsfindung förderlich ist, va jedoch Aufwand und Kosten sparen helfen will.¹⁹ Während etwa Z 1 oder Z 4 mE gerechtfertigt erscheinen, ist die Rechtfertigung der Z 3 im Hinblick auf die Wichtigkeit des persönlichen Eindrucks vom Zeugen für die Beweiswürdigung des Richters fragwürdig. Abhilfe verschafft in abgeschwächter Form § 328 Abs 4. Demnach ist im Falle des §328 Abs1 Z 3 der Zeuge dennoch vor das erkennende Gericht zu laden, wenn sich die Partei bereit erklärt, die damit verbundenen Mehrkosten zu tragen. Diese werden ihr freilich nicht ersetzt, worin ein Problem gesehen werden kann. Denkt man etwa an einen ausländischen Augenzeugen, dessen persönliche Aussage von immenser Wichtigkeit sein kann, widerspricht es der Wahrheitsfindung, sich mit der Verlesung derselben zu begnügen.

¹⁸ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990).

¹⁹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003), Rz 632.

Anfallende Reise- und Unterbringungskosten sind für Privatpersonen meist sehr belastend, weshalb sie sich oft dafür entscheiden werden, auf die persönliche Ladung des Zeugen zu verzichten. In diesem Fall siegt die Prozessökonomie eindeutig über das Prinzip der Unmittelbarkeit.²⁰

Weitere Möglichkeiten der mittelbaren Beweisaufnahme kennt die ZPO bei der Aufnahme des Sachverständigenbeweises. § 352 Abs 1 ZPO gestattet die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter, wenn ein zu besichtigender Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann oder andere erhebliche Schwierigkeiten vorliegen. Da die Formulierung relativ allgemein ist, kommt es im Einzelfall darauf an, was darunter subsumiert werden kann. Im Sinne einer umfassenden Sachverhaltsfeststellung sollte die Auslegung restriktiv sein. In diesem Fall kommt es zwar weniger auf den persönlichen Eindruck an, allerdings hat der Sachverständigenbeweis in der Praxis eine gewichtige Stellung. Auch wenn er gesetzlich ebenfalls der freien Beweiswürdigung des Richters unterliegt, ist dieser doch in gewissem Maße daran gebunden (wenn es zB um technische oder medizinische Fragen geht). Der Sachverständige ist nämlich abgesehen von seiner Rolle als persönliche Beweismittel Hilfe des Richters.²¹ Angesichts dessen sollten Missverständnisse bzw Unklarheiten möglichst vermieden werden, was nur durch persönliche Darlegung des erstellten Gutachtens und deren Begründung optimal gewährleistet ist.

Die nächste relevante Vorschrift ist § 368 Abs 2 ZPO. Sie bietet die Möglichkeit zur Aufnahme des Augenscheinbeweises im Rechtshilfeverfahren. Die Voraussetzungen sind im Prinzip die gleichen wie beim Sachverständigenbeweis. Die Beweisaufnahme kann durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen, wenn der zu besichtigende Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann oder andere erhebliche Schwierigkeiten vorliegen. Während der erste Fall mE gerechtfertigt erscheint, handelt es sich beim zweiten wieder um eine Generalklausel. *Rechberger* bezeichnet diese als bedenklich.²² Ich schließe mich seiner Ansicht an. Generalklauseln sind in diesem Zusammenhang (als Einschränkung eines Prozessgrundsatzes, der ein faires Verfahren gewährleisten soll) meist fragwürdig, zumal die Interpretation in der Praxis oft extensiv ist.

Ein weiteres Beweismittel ist die Parteienvernehmung. Die ZPO betont hier ausdrücklich, dass diese vor dem erkennenden Gericht stattzufinden hat. Doch auch hier wird die mittelbare

²⁰ Näher dazu unter 2d u e.

²¹ *Dolinar/Holzhammer*, Zivilprozessrecht I (2000).

²² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003), Rz 640.

Beweisaufnahme ermöglicht. Im Vergleich zu allen anderen Beweismitteln formuliert das Gesetz die Ausnahmen einschränkend. Die Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter ist nur dann zulässig, wenn dem persönlichen Erscheinen der Partei unübersteigliche Hindernisse entgegenstehen oder unverhältnismäßige Kosten entstehen würden (§ 375 Abs 2 ZPO). Die Lehre ist sich im Großen und Ganzen einig, dass der Grundsatz bei der Parteienvernehmung am strengsten verankert ist. *Fasching* spricht an der Stelle von „Sicherung der besonders wichtigen Unmittelbarkeit“. ²³ Dies lässt sich schon daraus erklären, dass die Parteien das ganze Verfahren erst in Gang setzen und durch ihre Sachanträge den Gegenstand des Verfahrens bestimmen (Dispositionsgrundsatz). Die Notwendigkeit und Wichtigkeit einer persönlichen Aussage vor dem Richter, der letztlich über ihre Angelegenheit entscheidet, versteht sich von selbst. Der Begriff „unübersteiglich“ lässt nicht viel Spielraum zu. Auch wenn das Gesetz von „unverhältnismäßigen Kosten“ spricht, sollte hier die Auslegung sehr restriktiv sein. Prüft man zum Vergleich § 328 Abs 1 Zi 3 ZPO, der eine mittelbare Zeugenbeweisaufnahme bei unverhältnismäßig hohem Aufwand zulässt, muss geschlossen werden, dass § 375 Abs 2 ZPO wesentlich restriktiver zu deuten ist. Dies ergibt sich aus der systematischen und teleologischen Interpretation. ²⁴

Diese Bestimmungen regeln die mittelbare Aufnahme der klassischen Beweismittel, was aber nicht bedeutet, dass nur diese in Frage kommen. Grundsätzlich sind alle Erkenntnisquellen als Beweismittel zugelassen ²⁵, sofern ihre Aufnahme und Verwertung nicht rechtswidrig ist. Im Laufe der Zeit sind va durch den Fortschritt in der Technik neue Möglichkeiten aufgetaucht, Tatsachen zu belegen. Die Rede ist von den sog „neuen“ Beweismittel. Auf EDV- oder Bild- und Tonträgern gespeicherte Daten etwa können nun herangezogen werden. Außerdem werden immer häufiger Anfragen an Behörden gestellt, was ebenfalls ein „neues“ Beweismittel ist. Die ZPO hat dazu noch keine neuen Regelungen. Demnach wird so vorgegangen, dass man die „neuen“ Beweismittel den klassischen subsumiert, was meist auch gelingt.

Auf Bild- und Tonträgern gespeicherte Dateien sind demnach Augenscheingegegenstände, sodass §§ 368ff anzuwenden sind. Allerdings ist iS der sachlichen Unmittelbarkeit zu beachten, dass dieses Beweismittel nur zulässig ist, wenn die unmittelbare Erkenntnisquelle nicht zur Verfügung steht. (Der Zeuge ist zb wenn möglich persönlich zu laden, anstatt eine Videoaufzeichnung seiner Aussage abzuspielen.) EDV Dateien hingegen werden regelmäßig als Auskunftssa-

²³ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990), Rz 675.

²⁴ Dieselbe Formulierung findet sich in § 36 Abs 3 JN, dazu eingehender unter 2e.

²⁵ *Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

chen gem § 318 Abs 1 ZPO gesehen, deren Papiaerausdrücke erst Urkunden sind. ME könnte auch eine Subsumierung unter den Augenscheinbeweis in Erwägung gezogen werden, da das Demonstrieren der Datei am Bildschirm eine sinnliche Wahrnehmung ermöglicht. In diesem Bereich ist ohnehin vieles noch ungeklärt. Schließlich ist die Behördenanfrage je nach Art des Gesuchs Urkundenbeweis (die befragte Behörde schickt relevante Akten) oder Zeugen- bzw Sachverständigenbeweis (ein Sachbearbeiter wird vor dem erkennenden Gericht vernommen.) Folglich sind die diesbezüglich relevanten Bestimmungen anzuwenden. Kann keine Subsumierung der „neuen“ Beweismittel erfolgen, ist Analogie heranzuziehen.²⁶

Die zuvor erörterten Bestimmungen regeln allesamt die mittelbare Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter. Es darf nur gestützt auf diese Normen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 276 Abs 1 ZPO abgegangen werden. In Anbetracht des in der Praxis großzügigen Gebrauchs dieser Art der mittelbaren Beweisaufnahme wird nun in groben Zügen auf das Rechtshilfeverfahren eingegangen. § 276 ZPO, der im Abs 1 die sachliche Unmittelbarkeit verankert, trägt in Abs 2 dem Gericht das Treffen aller Vorkehrungen auf, sollte eine Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlungstagsatzung notwendig sein. Der beauftragte oder ersuchte Richter hat dieselben Befugnisse inne, die der Richter bei der unmittelbaren Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht ausüben kann (§ 284 Abs 1 ZPO). Er erstellt über seine Beweisaufnahme Protokolle, die dann vom erkennenden Richter zu prüfen und allenfalls zur Verbesserung oder Vervollständigung zurückgestellt werden. Eine Nachbesserung kann sogar noch in der mündlichen Streitverhandlung stattfinden, wenn der Vorsitzende es anordnet (§ 286 Abs 1, Abs 3 ZPO). Es muss vor Augen geführt werden, dass eine derartige Beweisaufnahme empfindlich von der Zielsetzung der Unmittelbarkeit abweicht. Statt einer direkten Vernehmung eines Zeugen etwa, den auch die Parteien uU befragen können, wird nur das Ergebnis einer Vernehmung verlesen. Zwar können die Parteien an der Rechtshilfevernehmung teilnehmen, doch wird ihr Verhalten bzw die Reaktion der Zeugen auf ihre Fragen nur vom ersuchten oder beauftragten Richter wahrgenommen. Der Eindruck des erkennenden Richters ist nicht persönlich und auch nicht aktuell, was letztlich zu einer veränderten Entscheidung führen könnte.

Deshalb sollten die Rechte der Parteien auch im Zuge der Beweisaufnahme im Rechtshilfeverfahren möglichst gewahrt werden. Dies verwirklicht § 287 ZPO in gewissem Maße. Der erkennende Richter muss das Ergebnis der mittelbaren Beweisaufnahme anhand der Protokolle oder sonstigen Akten während der mündlichen Verhandlung darlegen. Die Parteien können gar

²⁶ *Rechberger in Rechberger, Kommentar zur ZPO (1994).*

die vollständige Verlesung verlangen, wenn sie der Ansicht sind, die Darlegung weiche erheblich vom Inhalt der Akten ab. Weiters steht es den Parteien frei, sich unabhängig vom Zeitpunkt der Darlegung zu den Protokollen zu äußern. Diese Möglichkeiten bezwecken in gewisser Hinsicht eine Sicherung der Mindeststandards, auch wenn keine unmittelbare Beweisaufnahme erfolgt. Die Parteien sollen dennoch Gelegenheit haben, ihre Meinungen und etwaige Einwände gegen den Inhalt der Beweisaufnahme zu äußern, auch wenn kein direktes Gespräch mit etwa einem Zeugen oder Sachverständigen möglich ist.

Neben der Beweisaufnahme im Rechtshilfverfahren normiert § 281a ZPO²⁷ eine weitere wichtige Möglichkeit der mittelbaren Beweisaufnahme. Demgemäß kann das Protokoll über ein in einem anderen gerichtlichen Verfahren aufgenommenen Beweis oder ein Sachverständigen-gutachten unter bestimmten Voraussetzungen als Beweismittel verwendet werden, ohne das Beweisverfahren zu wiederholen. Dies ist einerseits möglich, wenn die Parteien des aktuellen Verfahrens auch Parteien des früheren Verfahrens waren und keine von ihnen ausdrücklich das Gegenteil beantragt (§ 281a Z 1 lit a ZPO) oder das Beweismittel nicht mehr zur Verfügung steht und somit gar nicht mehr unmittelbar aufgenommen werden kann (§281a Zi1 litb ZPO). Sollte eine Partei andererseits keine Parteistellung im früheren Verfahren gehabt haben, muss sie dieser Art der Beweisaufnahme ausdrücklich zustimmen. § 281a unterscheidet nicht zwischen den einzelnen Beweismitteln, er findet auf alle gleichermaßen Anwendung. Abgesehen vom Fall des § 281a Zi1 lit b, der sich von selbst erklärt, steht bei dieser Norm der Gedanke der Prozessökonomie eindeutig im Vordergrund. Der Anwendungsbereich ist relativ weit, da Tatbestandselemente wie „erhebliche Schwierigkeiten der direkten Aufnahme“ oder „unverhältnismäßige Kosten“ keine Rolle spielen. Es geht lediglich um den Gedanken, einen bereits aufgenommenen Beweis wieder zu verwenden. Während die Vorteile dieser Norm einleuchtend sind²⁸, ist als Nachteil eine große Gefahr der Aushöhlung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zu bedenken. Deshalb ist es wichtig, dass die Parteien eine direkte Beweisaufnahme beantragen können. Außerdem besagt bereits der Wortlaut, dass der erkennende Richter von dieser Möglichkeit abgehen und eine neuerliche Beweisaufnahme durchführen kann. Die Lehre geht zT davon aus, dass diese Bestimmung das Unmittelbarkeitsprinzip nicht durchbrechen kann. Denn es gibt neben der formellen

²⁷ Diese Bestimmung wurde eingeführt durch die ZVN 1983 und erweitert durch die WGN 1997.

²⁸ Zeit-Kosten und Aufwand sparend, also der Verfahrenskonzentration dienlich; ausführlicher unter 2d.

Unmittelbarkeit bei der Beweisaufnahme auch eine materielle²⁹. Das bedeutet, dass der Richter nicht bloß danach streben soll, die Beweise möglichst persönlich auf- und wahrzunehmen, sondern von mehreren möglichen Beweisen die aussagekräftigsten zu nehmen³⁰. Hier tritt wieder die bereits vielzitierte Wahrheitsfindung in den Vordergrund. Geht man von der materiellen Unmittelbarkeit aus, muss der erkennende Richter die Beweisaufnahme wiederholen, wenn dies wegen der größeren Sachnähe einen höheren Beweiswert verspricht³¹ und somit der Wahrheitsfindung dient. *Bajons* spricht außerdem von einer weiteren „immanenten Schranke“ des § 281a ZPO. Es geht um den Fall, dass sich der Richter nicht an die tatsächlichen Schlussfolgerungen des früheren Gerichts halten will, die aus der relevanten Beweisaufnahme gezogen wurden. Dann wäre es auch sinnwidrig, das Ergebnis der früheren Beweisaufnahme einfach zu übernehmen. Folglich sollte eine neue Beweisaufnahme durchgeführt werden. In der Praxis wird großzügig von § 281a Gebrauch gemacht.

Eine weitere Vorschrift, die die mittelbare Beweisaufnahme zulässt, ist § 261 Abs 6 ZPO. Es geht um den Fall der Überweisung der Rechtssache vom unzuständigen an das nicht offenbar unzuständige Gericht. Die neue Verhandlung müsste nach dem Prinzip der Unmittelbarkeit auch eine neuerliche Beweisaufnahme mit sich bringen, da nun ein anderer Richter (Senat) entscheidet. Diese Norm ermöglicht die Benützung des über die erste Verhandlung aufgenommenen Verhandlungsprotokolls und aller sonstigen Prozessakten. Das bedeutet, dass bereits aufgenommene Beweise nur mehr verlesen werden müssen. Die neuerliche Verhandlung ist wie die erstreckte Verhandlung einzuleiten.³² Es ist leicht zu erkennen, dass die Zwecksetzung dieselbe ist wie bei § 281a ZPO. Eine bereits durchgeführte Beweisaufnahme soll aus prozessökonomischen Gründen nicht wiederholt werden müssen.

In dieselbe Gruppe lässt sich § 389 ZPO einreihen. Diese Bestimmung besagt, dass jede Partei im Laufe des Verfahrens die zur Sicherung des Beweises erfolgte Beweisaufnahme benützen kann. Bedenkt man, dass eine derartige Beweisaufnahme bereits vor Beginn des Verfahrens durchgeführt werden kann (§ 384 Abs 1 ZPO), ist die Unmittelbarkeit doch empfindlich durchbrochen. § 389 Abs 3 bestimmt, dass das erkennende Gericht dennoch eine Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme anordnen kann. Dies versteht sich mE von selbst. Der er-

²⁹ Nicht zu verwechseln mit der materiellen und formellen Unmittelbarkeit nach deutschem Recht, wobei formelle die persönliche Unmittelbarkeit meint. Näher unter 2h.

³⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003).

³¹ *Bajons*, FS Fasching (1988) 52.

³² Näheres bei § 138 ZPO.

kennende Richter kann (sollte) immer die Möglichkeit wählen, die der Wahrheitsfindung am besten dient (materielle sachliche Unmittelbarkeit).

Schließlich ist noch § 476 ZPO als diesbezüglich relevante Bestimmung zu nennen. Hier geht es um den Fall, dass ein Urteil wegen Unzuständigkeit angefochten und zu neuerlicher Verhandlung an das nun zuständige Gericht verwiesen wird. Dieses Gericht kann die über die erste Verhandlung aufgenommenen Protokolle und sonstige Prozessakten verwenden. Auch hier ist die neuerliche Verhandlung wie eine erstreckte Verhandlung einzuleiten. Da bereits ein „fertiges“ Verfahren vorliegt, sollen dessen Ergebnisse nicht verloren gehen. Die Prozessökonomie steht auch hier eindeutig im Vordergrund.³³

Die oben erwähnten Bestimmungen (§§ 276 Abs 1, 289 ZPO, aber auch die Ausnahmen statuierenden Normen wie jene über die Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg oder §281a ZPO) sind mAn gesetzliche Verankerungen der sachlichen Unmittelbarkeit. Die Lehre ist sich in dieser Frage nicht vollkommen einig. *Fasching* ist der Ansicht, dass die sachliche Unmittelbarkeit in der ZPO keine ausdrückliche Verrechtlichung findet. Er betont, dass es keine Normen gibt, die nur direkte Beweismittel zulassen und indirekte ausschließen, wie etwa einen Zeugen vom „Hören-Sagen“.³⁴ ME ist dies lediglich ein Aspekt der Unmittelbarkeit, genauer: jener, der als die materielle Unmittelbarkeit³⁵ bezeichnet wird. Es gibt zwar keine Vorschriften, die einen materiell mittelbaren Beweis ausschließen, der unmittelbare ist jedoch immer vorzuziehen, wenn er zur Verfügung steht. Dies ergibt sich bereits aus der Pflicht des Gerichtes zur umfassenden Wahrheitsfindung. *Rechberger* zB ist der Ansicht, dass § 276 Abs 1 ZPO die sachliche Unmittelbarkeit normiert.³⁶ Ich schließe mich dieser Meinung an, da § 276 Abs 1 die formelle Unmittelbarkeit vorschreibt, die jedenfalls einen wesentlicher Aspekt der sachlichen Unmittelbarkeit darstellt. Diejenigen Normen, die Ausnahmen enthalten, sind ebenso essentiell für die sachliche Unmittelbarkeit, da § 276 Abs 1 ansonsten nicht genau angewandt werden kann. Diese Vorschrift spricht selbst von den „Bestimmungen dieses Gesetzes, die eine Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlungstagsatzung anordnen“. Sie engen den Anwendungsbereich des § 276 Abs

³³ Näher zur Unmittelbarkeit im Berufungsverfahren unter 2e.

³⁴ *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 42.

³⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 612; *Bajons*, FS *Fasching* (1988), 52, nicht ausdrücklich so benannt, jedoch inhaltlich ausgeführt.

³⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 278.

1 ein und bestimmen diesen insofern auch mit. ME sind sie daher als Einheit zu sehen und legen die sachliche Unmittelbarkeit in der ZPO fest.

Auch der **zeitlichen Unmittelbarkeit** ist gesetzlich gedacht, wenn auch ebenfalls in schwächerer Form als der persönlichen. *Fasching* spricht von bloß ansatzweiser Erkennbarkeit.³⁷ Die zentrale Norm diesbezüglich ist § 414 Abs 1 ZPO. Demgemäß ist das Urteil aufgrund der mündlichen Verhandlung und möglichst sogleich nach Schluss derselben zu fällen und auch zu verkünden. Dabei soll nicht nur der Urteilsspruch, sondern auch die Entscheidungsgründe verkündet werden. Allerdings müssen diese nur in den wesentlichsten Punkten wiedergegeben werden (§ 414 Abs 2 1.Satz ZPO). Freilich ist das Urteil den Parteien gegenüber mit der mündlichen Verkündung noch nicht wirksam. Die Wirksamkeit tritt erst mit der Zustellung der schriftlichen Urteilsausfertigung ein (§ 416 Abs 1 ZPO). Auch diese hat in zeitlicher Nähe zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu erfolgen. § 414 Abs 3 ZPO normiert, dass der Vorsitzende das Urteil in schriftlicher Abfassung binnen vier Wochen nach der Verkündung zur Ausfertigung abzugeben hat. § 414 ZPO bezweckt einerseits, dass das erkennende Gericht die Entscheidung unter dem aktuellen Eindruck der mündlichen Verhandlung (der Beweisaufnahme) fällt.³⁸ Dies dient klarerweise der Wahrheitsfindung. Andererseits soll das Verkündete so rasch wie möglich schriftlich festgehalten werden, um Abweichungen und Fehler zu vermeiden. Denn letztendlich hat nur die schriftliche Ausfertigung rechtliche Wirksamkeit für die Parteien. Dies bedeutet aber nicht, dass das mündlich verkündete Urteil keinerlei Wirkung hat. Das Gericht selbst ist ab dem Zeitpunkt der Verkündung daran gebunden (§ 416 Abs 2 ZPO). Dieser Aspekt ist allerdings nicht der einzige der zeitlichen Unmittelbarkeit. Die Lehre bezeichnet es außerdem als Gebot derselben, dass die Beweisaufnahme möglichst schnell nach dem zu beweisenden Geschehen erfolgt. Die Zielsetzung ist einleuchtend. Die Beweisaufnahme soll gesichert und Verzerrungen sollen vermieden werden. Dieser Aspekt betrifft die Beweisaufnahme, sodass man hinterfragen könnte, ob er nicht möglicherweise auch der sachlichen Unmittelbarkeit zugeordnet werden kann.

Da es jedoch primär um den zeitlichen Abstand und nicht um die Art der Beweisaufnahme oder die Beweismittel selbst geht, ist eher die Zugehörigkeit zur zeitlichen Unmittelbarkeit zu bejahen. Die diesbezüglich relevante Norm ist § 183 Abs 3 ZPO. Dabei geht es um Kompetenzen, die der Richter innehat, um eine möglichst umfassende Erörterung der Sachlage zu errei-

³⁷ *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 42.

³⁸ *Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

chen. Es geht va um Maßnahmen zur Ermöglichung einer Beweisaufnahme oder auch um diese selbst. Das Wesentliche ist, dass die diesbezüglichen Erhebungen bereits vor Beginn der mündlichen Verhandlung angeordnet werden können. Das Ziel könnte einerseits die Sicherung von Beweisaufnahmen sein, wenn etwa ein Augenscheingegenstand zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr vorhanden ist. Bedenkt man jedoch, dass die Beweissicherung in einem anderen Abschnitt der ZPO ausdrücklich verankert ist, bezweckt § 183 Abs 3 eher die unverzügliche Beweisaufnahme nach dem zu beweisenden Ereignis. Zu bedenken ist ebenfalls, dass diese Vorschrift ihrerseits wiederum zu einer Durchbrechung der sachlichen Unmittelbarkeit führen kann. Ebenfalls zu erwähnen ist an dieser Stelle noch § 384 Abs 1, der die Sicherung von Augenscheins- und Zeugen- bzw Sachverständigenbeweis regelt. Hier ist sogar die Rede davon, dass derartige Beweisaufnahmen bereits vor Beginn des Rechtsstreits möglich sind. Lässt sich hier ebenfalls ein Gedanke der zeitlichen Unmittelbarkeit hinein interpretieren? Obwohl dies nicht vollständig verneint werden kann, steht bei dieser Bestimmung sicherlich die Sicherung der Beweise im Vordergrund. Die vorgezogene Beweisaufnahme ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass das Beweismittel sonst verloren gehen könnte oder dessen Benützung erschwert wird. Es stellt sich an dieser Stelle noch die Frage, ob § 384 Abs 2 dem eben erörterten Aspekt der zeitlichen Unmittelbarkeit widerspricht. Er räumt die Möglichkeiten des § 384 Abs 1 ein, wenn ein rechtliches Interesse an der Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache besteht. Dies lässt den Eindruck entstehen, dass der aktuelle Zustand eines Beweismittels nur ausnahmsweise relevant ist. Dem ist indes nicht so. Die Bestimmung findet nur Anwendung bei Sachen und nicht etwa bei einer Zeugenvernehmung. Eine solche ist schon alleine im Sinne der Wahrheitsfindung ehestmöglich nach dem zu schildernden Ereignis durchzuführen, da die Eindrücke des Zeugen noch aktuell sind.

Abschließend ist noch zu erwähnen, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht nur einfachgesetzlich, sondern auch in der Verfassung in gewisser Weise zumindest indirekt verankert ist. Die diesbezüglichen Vorschriften sind Art 90 B-VG und Art 6 EMRK, die ein faires Verfahren garantieren wollen.³⁹

³⁹ Dazu eingehend unter 2f.

b) Verletzung des Grundsatzes – Sanktionen

Es gibt keine ausdrücklichen Regelungen darüber, wie Verstöße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz zu sanktionieren sind. Sicher ist, dass bestimmte Vorschriften besonders geschützt werden und ihre Verletzung daher mit gravierenderer Sanktion bedroht ist. Die Folgen sind somit je nach verletzter Norm unterschiedlich.

Trotz der weit auseinandergehenden Lehrmeinungen zu dieser Frage sind sich Lehre und Rsp bei § 412 Abs 1 ZPO einig. An der Urteilsfällung darf kein Richter beteiligt sein, der nicht an der zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen hat. Diese Bestimmung regelt nicht nur die persönliche Unmittelbarkeit, sondern gleichzeitig auch die Gerichtsbesetzung bei der Entscheidungsfällung. Deshalb ist § 477 Abs 1 Zi 2 ZPO anwendbar. § 477 Abs 1 zählt die Nichtigkeitsgründe auf, worunter auch die unvorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts fällt. Dies ist der Fall, wenn ein Urteil unter Verstoß gegen § 412 Abs 1 gefällt wird. An dieser Stelle muss angeführt werden, dass der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 2 grundsätzlich ein bloß Relativer ist. Das bedeutet, dass er nicht in jedem Fall von Amts wegen wahrnehmbar ist, sondern auch geheilt werden kann. Die Heilung in diesem Fall tritt durch Einlassung der Parteien gem § 260 Abs 4 ZPO⁴⁰ ein. Ein Verstoß gegen § 412 Abs 1 bildet jedoch nicht bloß einen relativen Nichtigkeitsgrund. Dies liegt daran, dass § 260 Abs 4 auf andere Fälle bezogen ist. Da geht es um die ursprüngliche falsche Besetzung, etwa wenn die §§ 7 bis 8 JN nicht eingehalten wurden. Der Mangel ist geheilt, wenn sich die Parteien ohne Rügen dieses Umstandes auf die mündliche Verhandlung einlassen. § 412 Abs 1 regelt jedoch die Gerichtsbesetzung bei Urteilsfällung. Er ist auf den Fall anzuwenden, dass das Urteil von Richtern ausgesprochen wird, die nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen haben. Hier spielt es somit keine Rolle, ob die Gerichtsbesetzung bei der mündlichen Verhandlung ordnungsgemäß war. § 260 Abs 4 ZPO findet demnach keine Anwendung und die Verletzung des § 412 Abs 1 ZPO führt jedenfalls zur absoluten Nichtigkeit.

Was die Rechtsfolge bei Verstößen gegen andere Bestimmungen der Unmittelbarkeit ist, wie etwa bei einem Verstoß gegen die Regeln der unmittelbaren Beweisaufnahme, ist nicht einheitlich bestimmt. Man könnte es so formulieren, dass Lehre und Rsp in dieser Hinsicht geteilter Meinung sind. Ein Großteil der Lehre sieht in derartigen Verstößen zwar keine Nichtigkeitsgründe, jedoch wesentliche Verfahrensmängel gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO. Der wesentliche Un-

⁴⁰ Eingeführt durch die ZVN 1983.

terschied zu den Nichtigkeitsgründen besteht darin, dass ein derartiger Verfahrensmangel nicht schon bei seinem Vorliegen relevant ist, vielmehr muss das Berufungsgericht prüfen, ob er die Sachentscheidung letztlich beeinflusst hat. Der Spielraum ist wesentlich größer. Dies lässt sich mE damit erklären, dass nur die Bestimmung über die persönliche Unmittelbarkeit streng geschützt wird, da sie auch die Gerichtsbesetzung bei Urteilsfällung regelt. Sie betrifft in gewissen Maßen die „Grundpfeiler“ des gerichtlichen Prozesses, während die anderen Bestimmungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes eher das Verfahren selbst regeln. Somit scheint diese Differenzierung gerechtfertigt. Die einzige Ausnahme besteht dann, wenn ein Verstoß gegen die sachliche Unmittelbarkeit derartig ausgestaltet ist, dass das Parteigehör verletzt wird. Dann ist eine Subsumierung unter § 477 Abs 1 Z 4 ZPO möglich und es liegt ein Nichtigkeitsgrund vor.⁴¹ Praktisch betrachtet ist dies etwa dann der Fall, wenn statt einer direkten Parteivernehmung bloß eine Verlesung durchgeführt wird. Hier ist der Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, in gewissem Maße entzogen. Da die Partei im Zivilprozess grundsätzlich die Hauptrolle spielt, ist dies auch eine Verletzung der genannten „Grundpfeiler“ und bildet folglich einen Nichtigkeitsgrund.

Ein anderer Teil der Lehre und die Rsp sehen Verstöße gegen Normen der Unmittelbarkeit, abgesehen vom Fall des § 412 Abs 1 ZPO, nicht einmal als wesentliche Verfahrensmängel, sondern lediglich als rügepflichtige Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Solche Fehler müssen direkt nach Bekanntwerden von der Partei gerügt werden, ansonsten können sie nicht mehr geltend gemacht werden (§ 196 Abs 1 ZPO). Systematisch betrachtet sind solche Mangelhaftigkeiten eine Stufe unter den wesentlichen Verfahrensmängel, da sie nach Einlassung der Parteien in das weitere Verfahren nicht mehr in der Berufung geltend gemacht werden können. Dies ändert sich auch nicht, wenn sie die Sachentscheidung eindeutig beeinflusst oder verändert haben. Da die Normen der sachlichen Unmittelbarkeit aber für eine erschöpfende Erörterung der Sachlage essentiell sind, ist diese Sichtweise mE bedenklich. Auch hier zeigt sich der Widerspruch zwischen Unmittelbarkeitsprinzip und letztlich Wahrheitsfindung einerseits und Prozessökonomie andererseits. Die Neigung der Praxis zur letzteren ist eindeutig zu erkennen und im Lichte eines fairen Verfahrens unbefriedigend.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob die Sanktionen für Verstöße gegen das Unmittelbarkeitsprinzip zwingend eintreten. Anders formuliert bedeutet es, ob ein Verzicht auf die Normen der Unmittelbarkeit möglich bzw zulässig ist. Auch diesbezüglich gehen

⁴¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 280.

die Meinungen auseinander. Einigkeit besteht auch hier nur bei § 412 Abs 1 ZPO. Deren Verletzung bildet wie erwähnt einen Nichtigkeitsgrund und kann von Amts wegen wahrgenommen werden. Ein Verzicht seitens der Parteien wäre nicht zulässig. Daran ändert auch § 260 Abs 4 ZPO nichts, da er aus den bereits genannten Gründen in diesem Fall nicht anwendbar ist.

Uneins ist sich die Lehre darin, ob auf die anderen Normen der Unmittelbarkeit wirksam verzichtet werden kann. Zunächst ist klarzustellen, dass hier eigentlich zwei Ebenen zu unterscheiden sind. Es gibt jene vor und nach der Urteilsfällung. Danach kann grundsätzlich jede Partei auf die Rechte aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz verzichten, indem sie einfach keine Berufung erhebt. Wesentliche Verfahrensmängel gem 496 Abs 1 ZPO sind nämlich nicht von Amts wegen aufzugreifen, sondern von den Parteien ausdrücklich in der Berufung geltend zu machen. Ein Verzicht auf diese Geltendmachung ist folglich auch ein Verzicht auf die Unmittelbarkeit. Bei der folgenden Erörterung geht es vielmehr um die Ebene vor Entscheidungsfällung. Ein wirksamer Verzicht vor Fällung des Urteils, etwa während der mündlichen Verhandlung, würde dazu führen, dass diesbezügliche Mängel nicht mehr in einer Berufung geltend gemacht werden können, auch wenn die Partei dies im Nachhinein wünscht. Ein Teil der Lehre betrachtet einen Verzicht während des Verfahrens für unwirksam.⁴² Es geht hier um die Frage, ob und inwiefern die Parteien über die Art der Beweisaufnahme disponieren können. Der Dispositionsgrundsatz, der im Zivilprozess herrscht, ist natürlich zu beachten. Dennoch strebt das Verfahren eine möglichst umfassende Erörterung der Sachlage an.

Bajons begründet ihre Ansicht damit, dass in einem Prozess, der sich dem Ziel der objektiven Wahrheitsfindung verpflichtet hat, für eine Disposition der Parteien über die Art der Beweisführung strittiger Tatsachen kein Raum besteht. Ein Verzicht der Parteien auf Gebote der Unmittelbarkeit würde eine Rückkehr zum Konventionalprozess bedeuten und darüber hinaus dem Richter die Erfüllung seiner Rechtspflegefunktion unmöglich machen.⁴³ Trotz der tragenden Rolle der Parteien wird die institutionelle Funktion des Gerichtsprozesses betont. Auch *Rechberger* hält eine freie Verfügung der Parteien über die Art der Beweisaufnahme und somit einen Verzicht auf die Prinzipien der Unmittelbarkeit für unzulässig.

⁴² *Bajons*, FS Fasching (1988) 32; *Rechberger in Rechberger*, Kommentar zur ZPO (1994), Vor §266 Rz 30; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 280; *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1930), 660.

⁴³ *Bajons*, FS Fasching (1988) 32.

Ein anderer Teil der Lehre teilt diese Meinung nicht.⁴⁴ Demnach ist ein Verzicht auf die Normen der Unmittelbarkeit zulässig und wirksam, wenn er formgerecht als Prozesshandlung ausdrücklich durch Schriftsatz oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt wird. *Fasching* begründet dies damit, dass die Parteien Dispositionsmöglichkeiten über die Art der Beweisaufnahme haben. Diese werden schon vom Gesetz eingeräumt. Genannt werden die §§ 281a, 328 Abs 4, 332 Abs 2, 365, 368 Abs 3 ZPO. Außerdem sei das Gesetz selbst bei der Eröffnung der Möglichkeiten zur mittelbaren Beweisaufnahme großzügig. Diese Ansicht führt dazu, dass auf alle Normen der Unmittelbarkeit (mit Ausnahme von § 412 Abs 1 ZPO) verzichtet werden kann. Zur Frage der erschöpfenden Sachverhaltsfeststellung führt er aus, dass es dem Richter ja trotz des Verzichtes frei steht, die Beweise unmittelbar aufzunehmen, wenn er es für geboten erachtet.

Dieses Argument ist mE zwar richtig, doch hege ich große Bedenken dagegen, einen Verzicht auf Gebote der Unmittelbarkeit grundsätzlich als wirksam zuzulassen. Die Parteien sind ohne Zweifel die Hauptfiguren des Zivilprozesses. Sie setzen ein Verfahren in Gang und bestimmen mit ihren Sachanträgen dessen Gegenstand (Dispositionsgrundsatz). Parallel dazu herrschen jedoch ebenso andere Grundsätze wie der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz und der Amtstrieb. Der Richter ist dazu verpflichtet, das Verfahren so zu führen, dass eine wahrheitsgemäße Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche erreicht wird (§ 182 Abs 1 ZPO). Er ist nicht auf die Beweisanträge der Parteien angewiesen, vielmehr ist er befugt, von Amts wegen alle Beweise aufzunehmen, die ihm zur Klärung der Sache notwendig erscheinen (§183 Abs1 ZPO).

Zu beachten ist, dass nicht nur der Richter der Wahrheitsfindung dienlich zu sein hat. Die Parteien müssen ebenso dazu beitragen, dass die zu verhandelnde Sache umfassend geklärt wird. § 178 Abs 1 ZPO schreibt ihnen vor, die zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände wahrheitsgemäß, vollständig und bestimmt anzugeben. Die nötigen Beweise sollen angeboten werden. Auch zu den gegnerischen Ausführungen und Beweisen soll bestimmt Stellung genommen werden. Es ist ohne Zweifel ersichtlich, dass auch die Parteien eine Wahrheitsförderungspflicht haben. Sie haben daran mitzuwirken, dass das Gericht innerhalb der durch den Streitgegenstand gesetzten Grenzen aufgrund seiner materiellen Prozessleitungspflicht den

⁴⁴ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990) Rz 676; *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 48; *Dolinar/Holzhammer*, Zivilprozessrecht I (2000) 131.

Sachverhalt umfassend ermittelt.⁴⁵ Auch das Prinzip des Amtstriebs legt es dem Gericht in die Hände, den einmal begonnenen Prozess in Gang zu halten. Die Freiheit der Parteien, über die Art und Weise der Beweisaufnahme zu verfügen, bedeutete eine Tendenz zum Parteitrieb.

Es muss beachtet werden, dass die Aufrechterhaltung des Verfahrens letztlich von den Parteien abhängt. Ihnen steht es frei, direkt durch Klagszurücknahme oder indirekt durch Anerkenntnis den Prozess zu beenden. Das Gericht muss in diesem Fall von einer Sachentscheidung Anstand nehmen, die im Grunde stets angestrebt werden soll. Bestehen die Parteien aber auf der Fortsetzung des Verfahrens, müssen auch die Regeln der Prozessführung ordnungsgemäß eingehalten werden. Die Begründung kann auch darin gesehen werden, dass trotz der Funktion des Zivilprozesses, individuelle Interessen zu wahren, ein öffentliches Interesse an der richtigen und abschließenden Erledigung der Streitsache besteht. Der Staat investiert Geld und Mittel in den Zivilprozess als staatliche Wohlfahrtseinrichtung.⁴⁶ Er hat somit ein Interesse daran, dass die Streitsachen fehlerfrei erledigt werden, sodass es nicht nach Fällung und Rechtskraft des Urteils ev zu einer Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage kommt. Dies wäre wieder mit Kosten und Aufwand verbunden. Eine abschließende Erledigung der Sache ist aber nur dann gewährleistet, wenn die Regeln über den Verlauf des Verfahrens, die einen fairen und fehlerfreien Prozess garantieren wollen, eingehalten werden. Unterstreicht man nochmals die Aufgabe des Zivilgerichtes als staatliche Institution, besteht auch abgesehen von Kostengründen ein Interesse an der umfassenden Wahrheitsfindung.

Auch zu den Argumenten für die Zulässigkeit eines Verzichts auf die Unmittelbarkeit soll hier kritisch Stellung genommen werden. Das Hauptargument besteht darin, dass das Gesetz selbst in großzügigem Umfang die mittelbare Beweisaufnahme zulässt. Einige Normen erlauben es den Parteien, frei über die Art und Weise der Beweisaufnahme zu disponieren. Konkret wurden die §§ 281a, 328 Abs 4, 332 Abs 2, 365, 368 Abs 3 ZPO genannt. Prüft man § 281a, der wie bereits ausgeführt die mittelbare Beweisaufnahme im konkreten Fall zulässt, sieht man tatsächlich die Möglichkeit der Parteien, die Art der Beweisaufnahme zu bestimmen. § 281a Z 1 lit b normiert, dass die mittelbare Beweisaufnahme dann zulässig ist, wenn keine der Parteien ausdrücklich das Gegenteil beantragt. Umgedeutet heißt es, dass die Parteien die direkte Beweisaufnahme sehr wohl verlangen können, wenn sie es für nötig und vorteilhaft erachten. Damit kön-

⁴⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 271.

⁴⁶ Grundsätzlich tragen die Parteien zwar selbst die Kosten des Verfahrens, zu denken ist aber etwa an die Verfahrenshilfe.

nen sie Einfluss auf den Vorgang nehmen. Nun kann man der Bestimmung zwar eine Möglichkeit der Disposition der Parteien unterstellen, jedoch nicht die Zulässigkeit des Verzichtes auf die Unmittelbarkeit. Es handelt sich um eine Norm, die eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz gewährt. Gleichzeitig gibt sie den Parteien die Möglichkeit, trotzdem auf den Grundsatz zu bestehen. Darin liegt mAn auch der springende Punkt. Es wird ein Bestehen und Beharren auf der Unmittelbarkeit in dem Fall ermöglicht, in dem eine mittelbare Beweisaufnahme ausnahmsweise zulässig wäre. Dies spricht eher gegen einen wirksamen Verzicht darauf als für ihn.⁴⁷ Ähnlich verhält es sich mit den anderen Normen. § 328 Abs 4 räumt den Parteien die Möglichkeit ein, durch finanzielle Aufwendung eine unmittelbare Zeugenbeweisaufnahme durchführen zu lassen, obwohl die Voraussetzungen für eine Beweisaufnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter vorliegen würden. Auch hier ist grundsätzlich eine Ausnahme von der Unmittelbarkeit normiert, die eine Partei jedoch durchbrechen kann. Dies ist als ein Pro und nicht Kontra Unmittelbarkeit auszulegen. § 332 Abs 2 besagt lediglich, dass eine Ladung eines Zeugen unterbleibt, wenn der Beweisführer, dem keine Verfahrenshilfe bewilligt wurde, keinen Kostenvorschuss erlegt. Damit soll die Deckung der Kosten, die die Zeugenvernehmung verursacht, gesichert werden. Bei nicht rechtzeitigem Erlag des Vorschusses wird auf die Beweisaufnahme als solche verzichtet, nicht auf eine bestimmte Art derselben. Diese Vorschrift erscheint im Sinne der Wahrheitsfindung zwar generell bedenklich, spricht jedoch nicht für die Zulässigkeit eines Verzichtes auf die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. § 365 regelt dieselbe Problematik für Sachverständigenbeweise. Die eben vorgetragene Argumentation gilt auch hierfür. Ähnlich verhält es sich mit § 368 Abs 3, der den Augenscheinbeweis regelt. Der Unterschied besteht darin, dass der Vorschuss unabhängig von einer Abweisung der Verfahrenshilfe gefordert werden kann. Bei Nichterlegung ist auch wieder § 332 Abs 2 sinngemäß anzuwenden. In diesen Bestimmungen geht es stets um die Sicherung der dem Gericht entstehenden Kosten. Schließlich darf nicht verkannt werden, dass die Parteien das Verfahren führen wollen und grundsätzlich auch dafür aufzukommen haben. In bestimmten Fällen wird Verfahrenshilfe gewährt, dies stellt jedoch die Ausnahmesituation dar. Das bedeutet, dass das Verfahren nicht durchgeführt werden kann, wenn zahlungsfähige Parteien sich weigern, die Kosten zu tragen. Argumento a maiori ad minus bedeutet es natürlich auch, dass einzelne Beweisaufnahmen nicht durchgeführt werden, wenn die Kosten hierfür nicht geleistet werden. Der Grundgedanke dahinter ist, dass die Aufwendungen des Gerichts in jedem Fall gesichert sein sollen. Aus den genannten Bestimmungen

⁴⁷ Auf § 281a Z 2 ZPO wird noch eingegangen.

lässt sich nicht ableiten, dass die Parteien frei über die Art⁴⁸ der Beweisaufnahme verfügen, somit auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz verzichten können.

In diesem Zusammenhang ist noch § 281a Z 2 zu prüfen. Es wird normiert, dass die an dem früheren Verfahren nicht beteiligten Parteien ausdrücklich zustimmen müssen, damit § 281a Anwendung findet. Nun stellt sich die Frage, ob man daraus die Zulässigkeit eines Verzichtes auf die Unmittelbarkeit ableiten kann. ME ist dies zu verneinen. Vielmehr ist gerade diese Bestimmung eher als Argument gegen eine derartige Zulässigkeit zu sehen. § 281a ist nämlich eine Ausnahmeregelung und lässt die mittelbare Beweisaufnahme nur für den Fall zu, dass in einem früheren gerichtlichen Verfahren über streitige Tatsachen bereits eine Beweisaufnahme durchgeführt wurde. Während damals beteiligte Parteien stillschweigend zustimmen können, müssen nicht beteiligte Parteien dies ausdrücklich tun. Das kann so gesehen werden, dass die Parteien nur in diesem Fall auf die Unmittelbarkeit verzichten können. Bejaht man folglich eine generelle Wirksamkeit des Verzichtes auf die Unmittelbarkeit, wäre die Bestimmung des § 281a Z 2 obsolet.

Ein weiteres Argument für die Zulässigkeit eines Verzichtes auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz ist, dass das Gesetz selbst zahlreiche Möglichkeiten der mittelbaren Beweisaufnahme vorsieht.⁴⁹

Dies ist sicherlich richtig. Jedoch muss an dieser Stelle nach Ziel und Zweck der gesetzlichen Ausnahmebestimmungen gefragt werden. Sowohl die Vorschriften betreffend die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter als auch § 281a verfolgen primär den Zweck der Verfahrenskonzentration. Das Verfahren soll vereinfacht, beschleunigt und ökonomisch durchgeführt werden. Teilweise wird auch ermöglicht, dass der Prozess überhaupt fortgesetzt werden kann (zB. wird die mittelbare Beweisaufnahme zugelassen, wenn der unmittelbaren unübersteigliche Hindernisse im Wege stehen). Jedoch ist die Verfahrenskonzentration nur ein Prozessgrundsatz, dem der Unmittelbarkeitsgrundsatz gleichberechtigt gegenüber steht. Gerade die Ausnahmeregelungen stecken den Rahmen der Unmittelbarkeit ab und vereinigen sie in gewisser Weise mit dem Prinzip der Verfahrenskonzentration. Aus diesen eine grundsätzliche Verzichtbarkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes abzuleiten, würde dem Gedanken der umfassenden

⁴⁸ In den Fällen, in denen kein Vorschuss geleistet wird, erfolgt auch keine mittelbare Beweisaufnahme.

⁴⁹ *Fasching in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 48.

Wahrheitsfindung und eines fairen Verfahrens nicht entsprechen. Vielmehr kann gesagt werden, dass gerade die zahlreichen Ausnahmebestimmungen die Fälle der mittelbaren Beweisaufnahme taxativ regeln (vgl § 276 Abs 1 ZPO), sodass ein darüber hinausgehender Verzicht auf die unmittelbare Beweisaufnahme nicht wirksam sein kann.

Wie bereits erwähnt, befürworten die Rsp und ein Teil der Lehre dennoch die Zulässigkeit eines Verzichtes auf das Unmittelbarkeitsprinzip. Es ist jedoch keinesfalls einheitlich geregelt, in welcher Form dies zu geschehen hat. Die Lehre hält einen Verzicht nur dann für zulässig, wenn er formgerecht als Prozesshandlung ausdrücklich durch Schriftsatz oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt wird.⁵⁰ Die verzichtende Partei müsste dies folglich ausdrücklich während der mündlichen Verhandlung tun. *Fasching* meint, dass ein Verzicht wegen der besonderen Bedeutung der Unmittelbarkeit als Prozesshandlung ausdrücklich in den Formen des Prozessrechtes erklärt und schriftlich festgehalten werden muss. Dies gelte auch für einen übereinstimmenden Verzicht beider Parteien.⁵¹ Auch der OGH gab eine in diese Richtung weisende Stellungnahme ab.⁵² Dennoch ist die hRsp der Meinung, dass die Verletzung der Unmittelbarkeit nur geltend gemacht werden kann, wenn sie zeitgerecht gem § 196 ZPO gerügt wurde.⁵³ Dies würde bedeuten, dass ein Verzicht auf die Gebote der Unmittelbarkeit ohne weiteres formlos geschehen kann. Es ist somit zu erkennen, dass es an einer einheitlichen Regelung mangelt. Diese Situation bewirkt eine Aushöhlung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und auch eine gewisse Verletzung der Rechtssicherheit. Während die Sichtweise, dass ein formgerechter Verzicht zulässig sei, bereits aus den genannten Gründen bedenklich erscheint, halte ich die Handhabung der hRsp sogar für rechtswidrig. § 196 Abs 1 ZPO findet zwar auf Verfahrensmängel Anwendung, jedoch lediglich auf „minderschwere“. Alleine die Einstufung der Unmittelbarkeit als Prozessgrundsatz zeigt, dass ihre Gebote von essentieller Bedeutung für das Verfahren sind und ihre Verletzung somit nicht minderschwer ist. Vielmehr sind Verstöße gegen das Prinzip als wesentliche Verfahrensmängel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO anzusehen und folglich nicht unter § 196 Abs 1 subsumierbar. Die heikle Problematik in diesem Fall spiegelt sich auch in § 196 Abs 2 wider. Diese Bestimmung nimmt jene Vorschriften von der Anwendung des Abs 1 aus, auf deren Befolgung nicht

⁵⁰ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990) Rz 676; *Dolinar/Holzhammer*, Zivilprozessrecht I (2000) 131.

⁵¹ *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 48.

⁵² OGH JBl 1961, 188.

⁵³ ZB in EvBl 1965/188; ZAS 1974,14; weiters in EFSlg 49.405 (1985).

wirksam verzichtet werden kann. An dieser Stelle erhebt sich wieder die Frage nach der Wirksamkeit eines Verzichtes (die bereits ausführlich erörtert wurde), und die divergierenden Ansichten führen zu unterschiedlichen Lösungen.

ME kann nach alldem nicht wirksam auf die Bestimmungen der Unmittelbarkeit verzichtet werden und ihre Verletzungen bilden (abgesehen vom Fall des § 412 Abs 1 ZPO) wesentliche Verfahrensmängel gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO. Diese können in der Berufung jedenfalls geltend gemacht werden und § 196 ist in diesem Fall nicht anwendbar. Die uneinheitliche Handhabung in der Praxis schränkt elementare Rechte der Parteien ein und verstößt gegen die Grundlage eines fairen Verfahrens. Eine einheitliche gesetzliche Regelung und Handhabung in der Praxis wären wünschenswert.

c) Zusammenhang mit anderen Prozessgrundsätzen

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, handelt es sich beim Unmittelbarkeitsgrundsatz keinesfalls um ein isoliertes Prinzip. Vielmehr steht er in direkter Verbindung mit anderen Prozessgrundsätzen des fair trial aber auch der „Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess“. Erst im Wechselspiel mit diesen entfaltet er seine volle Wirkung bzw wird er auch begrenzt. Die Zusammenhänge und Wechselwirkungen gilt es im Folgenden zu erörtern.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz wird zwar der Gruppe des fair trial zugeordnet, dennoch bestehen Verbindungen zu jenen der Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess, etwa zum **abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz**. Die diskretionäre Gewalt und die Stoffsammlungsbefugnisse des Richters⁵⁴ wirken sich in gewisser Hinsicht auch auf das Unmittelbarkeitsprinzip aus. Das Erste ist gesetzlich verankert in § 182 Abs 1 ZPO. Demnach hat der erkennende Richter die Aufgabe, durch Fragestellung oder andere Maßnahmen darauf hinzuwirken, dass alle Schritte unternommen werden, welche zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen. Die umfassende und erschöpfende Feststellung der Sachlage ist auch Ziel und Zweck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Das bedeutet, dass der Richter der Wahrheitsfindung verpflichtet ist und das Verfahren in ihrem Sinne zu führen hat. Denkt man nun an die zahlreichen Ausnahmen von der sachlichen Unmittelbarkeit (gemeint sind va die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter und § 281a ZPO) muss an dieser Stelle nochmals unterstrichen werden, dass dies lediglich Mög-

⁵⁴ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

lichkeiten sind. Erscheint eine unmittelbare Beweisaufnahme im Einzelfall notwendig, um eine Aufklärung der Sachlage zu ermöglichen, ist eine solche durchzuführen. Vielfach wird davon gesprochen, dass der Richter in solch einem Fall eine unmittelbare Beweisaufnahme durchführen kann. In Verbindung mit dem Untersuchungsgrundsatz ist aber vielmehr zu sagen, dass er dies zu tun hat, da ihn eine Wahrheitsfindungspflicht trifft (vgl materielle sachliche Unmittelbarkeit). Auch § 182a steht im Zusammenhang mit der Unmittelbarkeit des Verfahrens. Das Gericht hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Ihnen muss die Gelegenheit geboten werden, sich direkt und mündlich zu äußern. Das kommt im Rahmen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in § 375 Abs 2 ZPO in gewissem Maße zum Ausdruck, der die Unmittelbarkeit der Parteienvernehmung besonders schützt. An dieser Stelle lässt sich auch § 183 ZPO einreihen.

Diese Bestimmung räumt dem Richter die Befugnis ein, von Amts wegen jene Beweise aufzunehmen, von denen nach der Klage oder dem Gang der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatsachen zu erwarten ist. Die Befugnis erstreckt sich auf alle Beweismittel. Das Ziel ist auch hier die umfassende Ermittlung des Sachverhaltes. Diese Bestimmung führt zur selben Konsequenz wie zuvor § 182 Abs 1 ZPO, namentlich zur Verpflichtung des Richters zur unmittelbaren Beweisaufnahme, wenn dies notwendig erscheint.

Diese Prozessleitungs- und Stoffsammlungsbefugnisse des Richters lenken das österreichische Zivilprozessrecht stark in die Richtung des Untersuchungsgrundsatzes (iGgZ Verhandlungsgrundsatz). Der Unterschied zum reinen Untersuchungsgrundsatz besteht lediglich darin, dass der Richter nicht völlig losgelöst von Behauptungen der Parteien nach Tatsachen forschen kann.⁵⁵ Dieser gilt in jenen Verfahren, in denen das öffentliche Interesse überwiegt (zB für Sozialrechtssachen und im Exekutionsverfahren). Aber auch im streitigen Zivilprozess geht die Tendenz immer mehr in Richtung des Untersuchungsgrundsatzes, was va daraus zu erklären ist, dass der Prozess letztlich als staatliche Wohlfahrtsaufgabe verstanden wird.⁵⁶ Deshalb besteht auch hier ein starkes öffentliches Interesse an der Wahrheitsfindung. Diese Denkweise lässt sich folglich dahingehend mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz assoziieren, dass sie keinen Verzicht seitens der Parteien darauf zulassen kann.⁵⁷

In ähnlichem Zusammenhang steht auch der **Amtstrieb**. Der einmal von den Parteien begonnene Prozess muss in Gang gehalten werden und dies ist Aufgabe des Gerichtes. Dazu gehört

⁵⁵ *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren* (2003).

⁵⁶ Ausführlich in *Böhm, Die österreichischen Justizgesetze* (1986).

⁵⁷ Eingehend erörtert oben unter 2b.

eben auch die Herbeischaffung von Beweismitteln. Außerdem wird stets eine Sachentscheidung angestrebt. Auch dieser Grundsatz spricht für eine Verpflichtung des Gerichts zur Wahrheitsfindung nach allen gegebenen Möglichkeiten und gegen die Zulässigkeit eines Verzichtes auf die Unmittelbarkeit.

Als ein Prinzip des fair trial hängt der Unmittelbarkeitsgrundsatz mit den anderen Prinzipien derselben Gruppe natürlich zusammen. Am deutlichsten zeigt sich die Verknüpfung ua beim **Grundsatz der Mündlichkeit**. Demnach darf bei der Urteilsfällung nur das berücksichtigt werden, was während der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vorgebracht wurde. Dahinter steckt der Gedanke, dass sich der Richter durch gezielte Fragestellung und Beurteilung der Reaktionen des Befragten ein besseres Bild über den Sachverhalt machen kann. Umgelegt auf Elemente des Unmittelbarkeitsgrundsatzes betrifft es die Beweismittel der Zeugen-, Sachverständigen- und Parteienvernehmung. In all diesen Fällen schreibt auch die Unmittelbarkeit eine mündliche Aussage vor dem Richter vor. In der ZPO findet der Mündlichkeitsgrundsatz va in §§ 176, 177 und 182a Ausdruck. Zwar ist alleine die Partei in diesen Bestimmungen hervorgehoben, doch ist die Zielsetzung eine ähnliche wie bei der Unmittelbarkeit. Es soll zu einer erschöpfenden Ermittlung der Sachlage kommen. § 182a ZPO wurde ebenfalls als Norm der sachlichen Unmittelbarkeit angeführt.⁵⁸

Die Mündlichkeit ist ausdrücklich verfassungsrechtlich verankert, und zwar in Art 90 B-VG und Art 6 EMRK. Dies zeigt den hohen Stellwert dieses Prinzips im gerichtlichen Verfahren. Hinzu kommt, dass § 414 Abs 1 ZPO die mündliche Verhandlung als Grundlage für die Urteilsfällung statuiert. Die Rede ist zwar nur von der Verhandlung als solcher, prüft man nun aber die anderen Vorschriften der Mündlichkeit und auch der Unmittelbarkeit, kommt man zu dem Schluss, dass va das mündliche Vorbringen der Parteien und auch der Zeugen und Sachverständigen als Entscheidungsgrundlage zu sehen sind. In diesem Licht betrachtet (aufgrund der direkten Verknüpfung mit dem Mündlichkeitsgrundsatz) erscheinen die zahlreichen Ausnahmen von der sachlichen Unmittelbarkeit als umso bedenklicher.

Auch das Prinzip der Mündlichkeit wird durch gesetzliche Ausnahmen eingeschränkt. Im Rechtsmittelverfahren etwa spielt es nur eine „geringe Rolle“.⁵⁹ § 492 räumt den Parteien die Möglichkeit ein, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten. Zwar wird der Verzicht hier als Ausnahme normiert, in der Praxis ist jedoch das Gegenteil der Fall. Die Berufungsentscheidung

⁵⁸ In der gegenständlichen Arbeit unter 2a.

⁵⁹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 275.

wird meist ohne mündliche Verhandlung gefällt. Das Gericht kann allerdings auch hier eine solche anberaumen, wenn es notwendig erscheint. Diese Möglichkeit besteht sogar für das Revisionsverfahren (§509 Abs2 ZPO), wobei es sich dabei aber um totes Recht handelt. Ein Verstoß gegen die Regeln der Mündlichkeit führt zur Nichtigkeit, wenn die Fälle des § 477 Abs 1 Z 4 oder Z 8 ZPO erfüllt sind. Ansonsten besteht nur ein wesentlicher Verfahrensmangel gem § 496 Abs1 Z 2. Die Regelung diesbezüglich ist also vergleichbar mit jener für den Unmittelbarkeitsgrundsatz, was ebenfalls gegen die Sichtweise spricht, dass es sich bei Verletzungen der sachlichen Unmittelbarkeit bloß um rügepflichtige Mängel handelt. Aufgrund der großen Bedeutung der gegenständlichen Grundsätze muss die Möglichkeit stehen, eventuelle Verstöße im Rahmen der Berufung geltend zu machen.

Ebenso stark wie zur Mündlichkeit ist die Verbindung zum **Grundsatz der Öffentlichkeit**. Grundsätzlich werden die Prinzipien der Mündlichkeit und Öffentlichkeit häufig im selben Zuge genannt. Öffentlichkeit ist dann gegeben, wenn die breite Masse an der mündlichen Verhandlung ungehindert teilnehmen kann. Das Ziel ist die Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Gerichtsbarkeit. Außerdem sollte die Vorgehensweise des Gerichtes bei der Verhandlung und auch die Entscheidung gewissermaßen kontrolliert werden⁶⁰. Man kann von einer Prävention vor Willkür sprechen. Es besteht auch hier ein teleologischer Zusammenhang zur Unmittelbarkeit. Auch die Öffentlichkeit strebt nach einer erschöpfenden und ordnungsgemäßen Erforschung der Sachlage und letztlich nach einer inhaltlich richtigen Entscheidung. Die Öffentlichkeit sollte zur Beobachtung und auch Kontrolle die Möglichkeit haben, am Geschehen teilzunehmen. Das erkennende Gericht trägt somit eine Verantwortung den Zuschauern gegenüber. Die Unmittelbarkeit hat genau dieselbe Zielsetzung. Ein weiterer teleologischer Aspekt ist, dass die Einhaltung der Bestimmungen der Unmittelbarkeit eine Voraussetzung ist, damit der Öffentlichkeitsgrundsatz seinen Zweck überhaupt voll entfalten kann. In der Praxis ist dies wie folgt zu erklären. Die Zuschauer können sich erst dann ein Bild vom Ablauf des Verfahrens machen, wenn sie einen persönlichen und direkten Eindruck von der Beweisaufnahme erhalten. Ein Zeuge, der vor Ort aussagt, kann besser eingeschätzt werden als ein verlesenes Protokoll („Papier errötet nicht.“).⁶¹ Können sich die Zuschauer keinen persönlichen Eindruck machen, sind sie auch nicht in der Lage, den Verlauf der Verhandlung und die inhaltliche Richtigkeit des Urteils einzuschätzen. Somit wären Ziel und Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes verfehlt.

⁶⁰ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

⁶¹ Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1930), 660.

Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist ausdrücklich gesetzlich geregelt. Seine besondere Position zeigt sich, wie beim Mündlichkeitsgrundsatz, durch die verfassungsgesetzliche Verankerung. Art 6 EMRK und Art 90 B-VG normieren ausdrücklich, dass das gerichtliche Verfahren öffentlich zu sein hat. In der ZPO findet er Verrechtlichung in §§ 171 ff. § 171 Abs 1 normiert, dass sowohl die mündliche Verhandlung selbst als auch die Urteilsfällung öffentlich zu erfolgen hat. Es liegt jedoch auf der Hand, dass auch dieses Prinzip nicht lückenlos durchgesetzt werden kann. Bereits Art 6 Abs 1 EMRK enthält einen materiellen Gesetzesvorbehalt, was die Öffentlichkeit bei Urteilsfällung betrifft. Stehen demnach bestimmte öffentliche Interessen dem entgegen, kann die Öffentlichkeit eingeschränkt werden.⁶² Auch einfachgesetzlich sind einige Ausnahmen normiert. § 171 schreibt in Abs 2 und 3 vor, dass bewaffnete und unmündige Personen ausgeschlossen werden. Bei Unmündigen ist dies nur möglich, wenn durch die Teilnahme eine Gefährdung ihrer persönlichen Entwicklung zu befürchten ist. Weiters kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn dadurch die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint oder von den Zuschauern eine Störung oder Erschwerung der Verhandlungsführung zu erwarten ist. (§ 172 Abs 1 ZPO) Während der zweite Teil plausibel erscheint, enthält der erste Teil ähnlich wie Art 6 EMRK Generalklauseln, die eine extensive Auslegung ermöglichen. Im Einzelfall sollte eine sorgsame Interessenabwägung erfolgen, und alle Einschränkungen sind auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Die Öffentlichkeit kann auch auf Begehren einer Partei ausgeschlossen werden, wenn während der Verhandlung Details aus dem Familienleben erörtert werden müssen (§ 172 Abs 1 ZPO). Dies scheint ebenfalls gerechtfertigt, da die Privatsphäre der Parteien zu beachten ist. Generell ist bei Ehe- und Familienangelegenheiten Diskretion zu wahren. § 460 Z 3 ZPO normiert, dass in Ehesachen und anderen aus dem Verhältnis von Ehegatten entspringenden Streitigkeiten keine Öffentlichkeit besteht, sofern sie nicht rein vermögensrechtlicher Natur sind. Einschränkungen enthalten auch andere Gesetze wie etwa das UWG oder AHG. Denn auch Betriebs- oder Amtsgeheimnisse sind zu wahren.⁶³ Der Öffentlichkeitsgrundsatz erstreckt sich nur auf die mündliche Verhandlung, nicht auf die außerhalb deren stattfindenden Einvernahmen (§ 175 Abs 2 ZPO). Im Großen und Ganzen ist zu sagen, dass zahlreiche Ausnahmen normiert sind und die Lage diesbezüglich der beim Unmittelbarkeitsgrundsatz ähnelt. Das Gesetz verwendet Generalklauseln, die es vom Einzelfall abhängig machen, ob Einschränkungen gerechtfertigt

⁶² Zum näheren Vergleich siehe Art 6 Abs 1 letzter Satz EMRK.

⁶³ Die zahlreichen Bestimmungen werden an dieser Stelle nicht weiter erörtert: vgl ua § 26 UWG, § 13 Abs 2 AHG, § 30 KSchG und § 22 MedienG.

sind. Der Spielraum in der Praxis ist somit weit. Dies sollte immer kritisch gesehen werden wie auch im Falle des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.

Es gibt eine Unterscheidung in Volks- und Parteiöffentlichkeit. Wenn in den Gesetzen von Öffentlichkeit gesprochen wird, ist immer jene gemeint, da die Parteiöffentlichkeit eine Selbstverständlichkeit darstellt. Sie gibt den Parteien das Recht, an den Tagsatzungen teilzunehmen und von den Prozesshandlungen des Gegners in Kenntnis gesetzt zu werden. Die Parteiöffentlichkeit geht viel weiter als die Volksöffentlichkeit und besteht grundsätzlich in allen Etappen des Verfahrens.⁶⁴ Dies erscheint selbstverständlich, da die Parteien die Protagonisten des Zivilverfahrens sind und es letztlich um die Durchsetzung und Wahrung ihrer Rechte geht. An dieser Stelle lässt sich auch eine Verbindung zur besonders streng gehaltenen Unmittelbarkeit bei der Parteienvernehmung herstellen.⁶⁵

Der ungerechtfertigte Ausschluss der Öffentlichkeit bildet einen Nichtigkeitsgrund gem § 477 Abs 1 Z 7 ZPO. Auch darin zeigt sich wieder die Gewichtung dieses Prinzips. Die Möglichkeit der Teilnahme und Kontrolle der Öffentlichkeit wird als essentiell für ein faires Verfahren gesehen. Denkt man an die Verbindung zum Unmittelbarkeitsgrundsatz, erscheint es abermals sehr bedenklich, dass Verstöße dagegen in der Praxis als rügepflichtige Mängel abgetan werden, während bei Verletzungen der Öffentlichkeit auch die Rsp Nichtigkeit annimmt.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist ebenso verknüpft mit dem **Prinzip des beiderseitigen rechtlichen Gehörs**. Dieser Grundsatz gibt jeder Partei und Person mit parteigleicher Stellung das Recht, vom Gericht gehört zu werden. Dies meint nicht nur die mündliche Form, auch die Äußerung in schriftlicher Form ist inbegriffen. Der Gedanke dahinter ist, dass jeder, dessen Rechtssphäre durch das Urteil berührt wird, in dem dazu führenden Verfahren gehört werden muss. Ziel und Zweck ist hier allerdings weniger die Wahrheitsfindung als die Achtung der Würde und Freiheit des Einzelnen. Der Begriff „beiderseitig“ betont zudem die Gleichberechtigung zwischen den Parteien.⁶⁶ Teleologisch lässt sich somit kein direkter Bezug zur Unmittelbarkeit herstellen. Anders verhält es sich mit den Elementen des Prinzips. Verglichen mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz könnte die Parteienvernehmung betroffen sein. Das bedeutet, dass die unmittelbare Durchführung dieser Vernehmungen Elemente beider gegenständlich behandelten Grundsätze aufweist.

⁶⁴ Ausgenommen sind nur die Beratungen und Abstimmungen des Gerichtes, bei denen Geheimhaltung zu herrschen hat.

⁶⁵ Vgl § 375 Abs 2 ZPO.

⁶⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003).

Wie gesagt gewährt das Prinzip des beiderseitigen Gehörs eine Art Waffengleichheit zwischen den Parteien.⁶⁷ Dies beruht auf dem Gedanken, dass generell alle Bürger vor dem Gesetz gleich sind (Art 7 B-VG). Dies ist jedoch keinesfalls die einzige verfassungsrechtliche Verankerung dieses Prinzips. Die zentrale Norm in diesem Zusammenhang ist Art 6 EMRK. Demnach hat jedermann das Recht, dass seine Sache öffentlich, in billiger Weise und angemessener Frist gehört wird.⁶⁸ Somit ist das Prinzip des beiderseitigen rechtlichen Gehörs ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Grundrecht, konkreter ein Verfahrensgrundrecht. Es ist zu unterstreichen, dass Art 6 EMRK den Zivilprozess ausdrücklich miteinbezieht und es in dieser Hinsicht quasi eine Gleichberechtigung zum Strafprozess gibt. Auch einfachgesetzlich ist das beiderseitige Gehör vielfach normiert. § 177 Abs 1 ZPO bestimmt, dass die Parteien mit ihren Anträgen, den tatsächlichen Vorbringen, Beweisen und Beweisanbietungen sowie rechtlichen Ausführungen zu hören sind. Man erkennt, dass dies auch eine Norm der Mündlichkeit ist. Folgt man dem Grundgedanken der Unmittelbarkeit, dass ein Verfahren dann unmittelbar ist, wenn Entscheidungsgrundlage nur das ist, was sich direkt vor dem erkennenden Gericht abgespielt hat, ist dies auch eine Norm des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Das Ablesen schriftlicher Aufsätze wird ausdrücklich für unzulässig erklärt (§ 177 Abs 1 letzter Satz). Im Sinne der Waffengleichheit muss der Partei auch die Möglichkeit eingeräumt sein, sich zu Ausführungen und Beweisen des Gegners zu äußern. Dies ist in § 178 Abs 1 ZPO geregelt. Der Grundsatz zeigt sich auch in der Verpflichtung des Gerichtes, das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Es darf keine Entscheidung fällen, die auf nicht besprochenen Punkten basiert (§ 182a ZPO). Dies ist bekanntlich auch eine Norm des Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Ferner zeigt sich das Gebot zur Wahrung des beiderseitigen rechtlichen Gehörs auch in den richterlichen Pflichten. Gemeint sind die Zustellungen aller relevanten Schriftsätze des Gegners, der Ladung zur mündlichen Streitverhandlung und auch der gerichtlichen Verfügungen, die das Interesse der Parteien betreffen können. Das Gericht hat auch außerhalb der mündlichen Verhandlung jene Voraussetzungen zu schaffen, die ein rechtliches Gehör ermöglichen.

Dieses Prinzip ist derartig essentiell für das Zivilverfahren, dass sich kaum gesetzliche Ausnahmen finden. Im Gegensatz zu den Grundsätzen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit ist es allerdings denkbar, dass die Berechtigten zumindest indirekt darauf verzichten. § 144 ZPO regelt

⁶⁷ Diese wird im Strafprozessrecht als eigenständiges Prinzip geregelt, im Zivilprozessrecht allerdings wegen der Selbstverständlichkeit kaum.

⁶⁸ Zum näheren Vergleich siehe Art 6 Abs 1 EMRK.

die Folgen der Versäumung einer Prozesshandlung. Demnach tritt Präklusion ein. Das bedeutet, dass der Säumige grundsätzlich von dieser Prozesshandlung ausgeschlossen wird.⁶⁹ Der Gegner kann sogar die Fällung eines Versäumnungsurteiles beantragen, wenn eine Partei die Klagebeantwortung oder eine Tagsatzung versäumt (§§ 396, 442 ZPO). Nun stellt sich die Frage, ob man dies auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz umlegen kann. ME ist das Nichtversäumen einer essenziellen Prozesshandlung (wie etwa der Klagebeantwortung) oder das Teilnehmen an Tagsatzungen die Grundvoraussetzung dafür, dass ein Verfahren überhaupt stattfindet. Gemäß dem Dispositionsgrundsatz leiten die Parteien das Verfahren ein und können es auch beenden, ohne dass es zur Fällung einer Sachentscheidung kommt. Das Versäumen eines wichtigen Prozessaktes ist mit einem Verzicht oder einem Anerkenntnis vergleichbar.⁷⁰ Damit nimmt der Säumige sein Recht sozusagen gar nicht wahr, überhaupt am Zivilprozess teilzunehmen und seine Interessen zu wahren. Das Verfahren ist in diesen Fällen kurz und endet meist mit einem Versäumnungsurteil oder dem Ruhen des Verfahrens.⁷¹ Ganz anders verhält es sich mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz. Hier lassen sich die Parteien auf das Verfahren ein und nehmen auch an den Tagsatzungen teil. Die Verfahren sind meist zeitaufwendig. (Denn es ist zu beachten, dass auch mittelbare Beweisaufnahmen Zeit in Anspruch nehmen und Aufwand verursachen.) Es besteht ein öffentliches Interesse an der endgültigen Erledigung der Sache, sodass es zu keinem Wiederauflösen kommt. In diesem Sinne können die Parteien nicht einfach auf Gebote eines ordnungsgemäßen Verfahrens verzichten, da sie bereits Zeit und Aufwand in Anspruch genommen haben, um ihre Streitsache zu klären. Darin liegt mAn der Unterschied zur Säumnis in Bezug auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.

Der Verstoß gegen den Grundsatz des beiderseitigen rechtlichen Gehörs führt zur Nichtigkeit. § 477 Abs 1 Z 4 ZPO regelt ausdrücklich den Fall der Verletzung des rechtlichen Gehörs. Auch § 477 Abs 1 Z 5 gehört in diesen Zusammenhang. Wenn eine Partei gar nicht oder nicht von einem gesetzlichen Vertreter vertreten wurde, obwohl dies geboten war, ist dies ebenfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.⁷² Somit zeigt sich der besondere Stellenwert dieses

⁶⁹ Ausnahmen enthalten §§ 289 Abs 2, 491 ZPO.

⁷⁰ Dies natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die Versäumung nicht auf ein unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis zurück zu führen ist. In diesen Fällen kann kein Vergleich mit einem freiwilligen Verzicht oder einem Anerkenntnis gezogen werden. Gesetzlich ist dies bedacht mit der Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 146 ZPO).

⁷¹ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

⁷² Dahinter steht der Gedanke, dass es oft die Vertreter sind, die die Ausführungen der Parteien vor Gericht darbringen und Anträge stellen.

Prinzips in der doppelten Nichtigkeitssanktion für ihre Verletzung.⁷³ Bedenkt man die durchgehend strengen Konsequenzen der Verstöße gegen die Grundsätze des „fair trial“, sollten Verletzungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ebenfalls strenger geahndet werden.

Es wäre verfehlt, an dieser Stelle ein anderes Grundprinzip des „fair trial“ nicht zu erwähnen. Vom Aspekt des Zieles und Zwecks her gesehen besteht zwar keine Verbindung zum Unmittelbarkeitsgrundsatz, es liegt im Gegenteil ein Spannungsverhältnis zu ihm vor, doch macht gerade die Harmonisierung dieser zT gegenläufigen Tendenzen einen wesentlichen Teil des Zivilprozessrechtes aus. Die Rede ist hier vom **Grundsatz der Verfahrenskonzentration**. Ein Verfahren ist dann konzentriert, wenn an Zeit, Kosten und Aufwand gespart wird.⁷⁴ Das Ziel ist eindeutig von praktischer Natur. Die besten Regeln helfen nicht, wenn das Verfahren in der Praxis so langsam und aufwendig verläuft, dass es nicht oder doch unverhältnismäßig schleppend zu einer Sachentscheidung kommt. Dann wären die Parteien wieder in ihren Rechten beschnitten. Das Ziel dieses Prinzips ist also nicht die umfassende Erörterung der Sachlage, sondern die möglichst einfache und ökonomische Durchführung des Prozesses. Teleologisch lässt sich somit kein direkter Zusammenhang mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz herstellen. Im Gegenteil: die Ziele der beiden Grundsätze widersprechen einander teilweise und verlangen nach einer ausgleichenden Regelung.⁷⁵ Selbst bei diesem Grundsatz lässt sich mE dennoch eine Parallele zur Unmittelbarkeit herstellen. Es erneut um Gemeinsamkeiten, die in den Elementen der Grundsätze liegen. Das zügige Durchführen des Verfahrens ist ein zentraler Teil der Verfahrenskonzentration, jedoch auch ein Element der Unmittelbarkeit. Gemeint ist damit der Aspekt der zeitlichen Unmittelbarkeit, dass Beweise möglichst rasch nach dem zu beweisenden Ereignis aufzunehmen sind. Dies führt zu einer Beschleunigung der Beweisaufnahme und schließlich auch des Verfahrens und dient letztendlich der Wahrheitsfindung.

Auch die Verfahrenskonzentration ist ein wesentlicher Grundsatz des österreichischen Zivilprozessrechtes. Sie findet ihrerseits verfassungsgesetzliche Verankerung in Art 6 EMRK. Demgemäß besteht der Anspruch auf eine Sachentscheidung „innerhalb einer angemessenen Frist“. Auch dies ist essentiell für ein faires Verfahren. Jedes Verfahrensrecht wird ausgehöhlt, wenn der Prozess willkürlich in die Länge gezogen werden kann. Auch einfachgesetzlich findet

⁷³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 291.

⁷⁴ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990).

⁷⁵ Näher zu den Nachteilen des strengen Unmittelbarkeitsgrundsatzes und der Interessenabwägung gegenüber der Prozessökonomie unter 2d und 2f.

sich eine Fülle an Regelungen der Verfahrenskonzentration. Die Parteien und auch das Gericht haben daran mitzuwirken. § 178 Abs 2 ZPO trägt den Parteien auf, ihre Vorträge so zeitgerecht und vollständig zu erstatten, dass das Verfahren möglichst rasch durchgeführt werden kann. Insb § 178 ist eine Norm zur Veranschaulichung der gegensätzlichen Interessen. In ihrem Abs 1 statuiert sie die Vollständigkeitspflicht der Parteien. Diese haben daran mitzuwirken, dass der Sachverhalt lückenlos erörtert werden kann. Der Abs 2 schränkt dies jedoch sogleich wieder zeitlich ein, sodass auch der Prozessbeschleunigung gedacht wird. Die Hauptrolle bei der Ermöglichung eines konzentrierten Verfahrens kommt dem Richter zu. Dieser hat im Rahmen der materiellen Prozessleitung eine Reihe von Möglichkeiten, das Verfahren zu vereinfachen.⁷⁶ Er kann zB tatsächliche Behauptungen und Beweisanträge seitens der Parteien als verspätet zurückweisen, wenn die Verspätung grob schuldhaft ist und die Zulassung des Vorbringens das Verfahren erheblich verzögern würde (§ 179 ZPO). Der Richter selbst kann den Parteien auftragen, ein bestimmtes Vorbringen zu erstatten oder Beweise zu erbringen. Dabei setzt er jedoch gleichzeitig eine Frist, nach deren Verstreichen dieses Vorbringen zurückzuweisen ist, wenn keine ausreichende Entschuldigung vorliegt (§ 180 Abs 2 ZPO). Im Abschnitt über die Beweisaufnahme sind gleichfalls Normen der Verfahrenskonzentration zu finden. § 275 Abs 1 ZPO bestimmt, dass angebotene Beweise zurückzuweisen sind, wenn sie dem Gericht als unerheblich erscheinen. Der Abs 2 gibt dem Gericht die Möglichkeit, angebotene Beweise nicht aufzunehmen, wenn bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass durch das Beweisanbot der Prozess verschleppt werden soll. Hier zählt also auch die Verschleppungsabsicht der Parteien. § 275 ist mE nicht als Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zu sehen, da dieser nur auf erhebliche Beweise anzuwenden ist. Nur von diesen kann man sich eine Klärung der Sachlage erwarten. § 276 Abs 1 spricht ausdrücklich von Beweisen, die das Gericht für erheblich hält. Gewiss muss die Interpretation des § 275 restriktiv sein. Es muss sich um unerhebliche Beweise handeln und an der Verschleppungsabsicht der Parteien darf kein Zweifel bestehen. Weist ein Richter einen Beweis etwa nur deshalb zurück, weil die Aufnahme ihm schwierig erscheint und gründet dies auf § 275, wäre dies rechtswidrig und außerdem auch eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Überhaupt ist an dieser Stelle das Wechselspiel zwischen Verfahrenskonzentration und gleichzeitiger Einschränkung der Unmittelbarkeit anschaulich zu sehen. So ist auch § 279 Abs 1 ZPO eine Norm der Verfahrenskonzentration,

⁷⁶ *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren* (2003).

zugleich aber auch eine Bestimmung zur Einschränkung der sachlichen Unmittelbarkeit.⁷⁷ Demgemäß hat das Gericht eine Frist zu setzen, wenn der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen steht, die Ausführbarkeit zweifelhaft ist oder die Beweisaufnahme im Ausland stattfinden soll. Bei Versäumung der Frist wird das Verfahren ohne Rücksicht auf dieses Beweismittel durchgeführt. Die Besonderheit dieser Bestimmung ist, dass der Richter nicht von Amts wegen handeln kann. Der Antrag einer Partei ist notwendig. § 279 ist auch bei Beweismitteln anzuwenden, die das Gericht für erheblich hält oder gar wichtig für die Wahrheitsfindung. Hier zeigt sich in besonderer Deutlichkeit das Gewicht der Verfahrenskonzentration. ME ist auch § 281a eine Norm der Verfahrenskonzentration. Sie ist gleichzeitig eine der wichtigsten Ausnahmen von der sachlichen Unmittelbarkeit. Der Zweck ist zweifellos die Verfahrensbeschleunigung und Kostenersparnis. Diese kontroversen Zusammenhänge zwischen den beiden Grundsätzen sind nicht weiter verwunderlich, da sie einander vom Ziel und Zweck her widersprechen und teilweise miteinander konkurrieren.

Eine Verzögerung des Verfahrens kann freilich nicht nur durch die Parteien, sondern auch vom Gericht verursacht sein. Unterlässt es das Gericht etwa, in angemessener Frist eine Tagsatzung anzuberaumen oder das Urteil zu fällen, ist dies ebenfalls eine Verschleppung des Verfahrens. Die Parteien können sich dagegen zur Wehr setzen. § 91 GOG räumt den Parteien das Recht ein, von der höheren Instanz dem Gericht für die Vornahme einer Verfahrenshandlung eine angemessene Frist setzen zu lassen, wenn Säumigkeit besteht. Dazu muss ein Antrag gestellt werden, worüber ein übergeordnetes Gericht entscheidet.⁷⁸

Eine weitere zentrale Norm der Verfahrenskonzentration ist § 482 Abs 1 ZPO. Sie enthält das Neuerungsverbot im Rechtsmittelverfahren. Es darf kein neuer Anspruch oder keine neue Einrede erhoben werden.⁷⁹ Das bedeutet, dass keine Tatsachenbehauptungen oder Beweise vorgebracht werden dürfen, die nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren vorgekommen sind. Das Berufungsverfahren konzentriert sich somit auf die Überprüfung des Verfahrens in erster Instanz. Das Neuerungsverbot ist ein wichtiges Instrument der Verfahrenskonzentration und bewirkt auch in der Praxis eine wesentliche Kürzung der Verfahrensdauer. Gleichzeitig schränkt es

⁷⁷ Erwähnt bei der gesetzlichen Regelung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes unter 2a.

⁷⁸ Diese Bestimmung wurde durch die WGN 1989 eingeführt.

⁷⁹ Für besondere Fälle in diesem Zusammenhang gibt es die Institutionen der Nichtigkeits- und der Wiederaufnahmsklage.

die Wahrheitsfindung ein und ist auch, unter bestimmten Gesichtspunkten betrachtet, eine Beschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.⁸⁰ Überhaupt weist das Rechtsmittelverfahren Besonderheiten auf, die es wesentlich vom erstinstanzlichen Verfahren unterscheiden und die zu einer Lockerung der Prozessgrundsätze des „fair trial“ führen. Darauf wird in einem späteren Kapitel der Arbeit eingegangen.

An vielen Stellen der Prozessordnung finden sich Bestimmungen, die dem Gedanken der Verfahrenskonzentration zuwiderlaufen. Gemeint sind jene Normen, die besonderen Aufwand zulassen, um der Wahrheitsfindung zu dienen. Beide Aspekte müssen beachtet und miteinander in Einklang gebracht werden, sodass die Parteien eine bestmögliche Erledigung ihrer Anliegen erfahren.

Es ist sinngemäß schwer vorstellbar, dass Normen der Verfahrenskonzentration verletzt werden. Da sie zu einer Vereinfachung des Verfahrens führen, werden sie in der Praxis eher ausgeschöpft. Geschieht dies trotzdem ausnahmsweise (zu denken ist etwa an die Aufnahme eines Beweises, obwohl offensichtlich Verschleppungsabsicht der Partei vorliegt und das Verfahren wesentlich verzögert wird), liegt dennoch kein Verfahrensmangel oder dgl vor. Es ist nämlich eher nicht anzunehmen, dass eine solche Beweisaufnahme die inhaltliche Richtigkeit des Urteils negativ beeinflusst. Sie hat lediglich das Verfahren unnötig verzögert und erschwert. § 496 Abs 1 Z 2 spricht von Mängeln, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindern. Verstöße gegen Regeln der Verfahrenskonzentration vermögen dies grundsätzlich nicht zu bewirken. Das Prinzip der Verfahrenskonzentration bildet somit innerhalb der Gruppe des „fair trial“ eine eigene Untergruppe und steht speziell zum Unmittelbarkeitsgrundsatz in einem Spannungsverhältnis.

d) Vor – und Nachteile des Unmittelbarkeitsprinzips

Wie bereits erörtert, gibt es vielfache gesetzliche Ausnahmen und Lockerungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Neben einigen, die bedenklich sind, scheinen andere gerechtfertigt, gar notwendig für die Durchführung des Verfahrens. Eine zu strenge Durchsetzung des Unmittelbarkeitsprinzips würde den Prozess in vielen Fällen verlangsamen und erschweren. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein weit entfernt wohnender Zeuge dennoch unbedingt vor dem erkennenden Gericht zu vernehmen ist oder von umfangreichen und mit Teilnahme derselben Parteien

⁸⁰

Dazu näher unter 2e.

gesetzmäßig durchgeführten Beweisaufnahmen eines anderen gerichtlichen Verfahrens kein Gebrauch gemacht werden darf, speziell für den Fall, dass das Beweismittel gar nicht mehr zur Verfügung steht (§ 281a Z 1 lit b ZPO).⁸¹ Dies würde das Verfahren nicht nur erschweren und verteuern, sondern in bestimmten Fällen schlicht unmöglich machen. Die Verfahrenskonzentration ist also das Hauptthema, wenn es um Nachteile des strengen Unmittelbarkeitsgrundsatzes geht. *Fasching* spricht von einem Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Grundsätzen, das zu sinnvoller Beschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zwingt.⁸²

Weiters muss Rücksicht auf die Interessen der Parteien genommen werden. Zwar folgt diese Arbeit nicht der Ansicht, dass die Parteien frei über das Unmittelbarkeitsprinzip disponieren können, dennoch dürfen sie nicht einen Beweisnotstand erleiden. In der Praxis ist an den Fall zu denken, dass ein bestimmtes Beweismittel unmöglich vor das erkennende Gericht gebracht werden kann (etwa ein Zeuge, der krankheitsbedingt bestimmte Räumlichkeiten nicht verlassen kann). Die Möglichkeiten der mittelbaren Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter sind hier essentiell für die Rechte der Parteien. Wollte man auch hier am strengen Unmittelbarkeitsgrundsatz uneingeschränkt festhalten, könnte der Beweis gar nicht aufgenommen werden und dies führte dann erst recht zu einer Verletzung der Wahrheitsfindung und einem Beweisnotstand der betreffenden Parteien.

Ein weiteres rechtspolitisches Argument gegen den uneingeschränkten Unmittelbarkeitsgrundsatz ist die Prozessökonomie. Obwohl sie Bestandteil der Verfahrenskonzentration ist, sollte sie wegen der besonderen Gewichtung doch separat erwähnt werden. Der Prozess dient zwar iel dazu, dass eine Streitsache endgültig geklärt wird, Kostenaspekte dürfen jedoch nie außer Acht gelassen werden. Prozessideologisch scheint es bedenklich, die Rechtspositionen der Parteien vom Finanziellen abhängig zu machen, in der Praxis ist dies jedoch unvermeidbar. Jede Verfahrenshandlung ist mit Kosten verbunden und unverhältnismäßig hohe Kosten können schwer hingenommen werden, zumal es im Zivilprozess oftmals nur um vermögensrechtliche Ansprüche geht. Man stelle sich in der Praxis den Fall vor, dass es um einen Streitwert von 2000,- € geht, das Einfliegen und Einquartieren eines Zeugen jedoch 2500,- € verursacht. Sich auch in solchem Fall am Unmittelbarkeitsgrundsatz festzuklammern würde nicht nur dem Interesse des Gerichtes, sondern auch jenem der Parteien widersprechen. Damit lässt sich auch erklä-

⁸¹ Diese Beispiele werden angeführt in *Fasching in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 41.

⁸² *Fasching in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 41.

ren, warum unverhältnismäßig hohe Kosten gegen die unmittelbare Beweisaufnahme sprechen, obwohl grundsätzlich die Parteien selbst die Prozesskosten tragen. In derartigen Fällen bleibt ihnen aber die Möglichkeit, dennoch auf der Unmittelbarkeit zu beharren, wenn sie sich bereit erklären, die Kosten zu übernehmen und auch einen Vorschuss leisten.⁸³ In Bezug auf die Prozessökonomie muss mE dennoch immer eine strenge Interessenabwägung vorgenommen werden, da letztlich die Parteien im Vordergrund stehen sollten.

Zu den Vorteilen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wurde bereits einiges ausgeführt. An erster Stelle steht seine Notwendigkeit und Wichtigkeit für die Wahrheitsfindung, die letztlich das Hauptziel des gerichtlichen Verfahrens ist. Dies zeigt sich nicht nur darin, dass die meisten der Grundsätze des „fair trial“ eine umfassende Wahrheitsfindung zum Ziel haben, sondern auch in etlichen Einzelschriften der Rechtsordnung. Die ZPO unterstreicht die Wahrheitspflicht und schreibt den Beteiligten des Verfahrens vor, dieser nachzukommen. § 178 Abs 1 ZPO statuiert die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien.⁸⁴ Demnach hat jede Partei die zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt anzugeben. Behauptet man nun, dass dies selbstverständlich sein sollte und keiner ausdrücklichen Normierung bedarf, ist zu sagen, dass die Parteien meist entgegengesetzte Tatsachenbehauptungen vorbringen und somit jene einer Partei wahrscheinlich nicht der Wahrheit entspricht. Daher bietet sich die Institution des Zivilprozesses als staatliche Wohlfahrtseinrichtung, um die streitige Sache zu klären. Die Wahrheitsfindung als Ziel und Zweck des Verfahrens zeigt sich auch darin, dass grundsätzlich immer eine Sachentscheidung angestrebt wird.⁸⁵

Auch andere Personen haben an der Wahrheitsfindung mitzuwirken. Wichtig sind die Zeugen, da ihre Aussagen oft entscheidend sind, aber nicht nachgeprüft werden können, wie zB das Gutachten eines Sachverständigen.⁸⁶ Daher trifft auch sie die Wahrheitspflicht. Dies sieht man eindeutig in der (heute allerdings weitgehend bedeutungslosen) Eidespflicht. § 337 Abs 1 bestimmt, dass der Zeuge vor seiner Anhörung zu beeiden ist. Nach der informativen Befragung kann das Gericht beschließen, erst nach der Anhörung über die Notwendigkeit einer Beeidigung zu entscheiden. Wenn kein promissorischer Eid geleistet wird, muss das Gericht die Zeugen den-

⁸³ Vgl § 328 Abs 4 ZPO.

⁸⁴ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003).

⁸⁵ *Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

⁸⁶ Gemeint ist, dass das Gutachten eines Sachverständigen gegebenenfalls von einem anderen geprüft oder widerlegt werden kann, was bei der Aussage eines Zeugen über das Erlebte freilich nicht denkbar ist.

noch an die Wahrheitspflicht erinnern. Auch müssen die Bedeutung des vorbehaltenen Eides sowie die Sanktionen bei Verstoß gegen die Wahrheitspflicht erklärt werden (§338 Abs1 ZPO). Das Gericht kann nach Ablegung der Aussage beschließen, die Beeidigung zu unterlassen, wenn das Gesagte unerheblich oder unglaubwürdig ist (§338 Abs2 ZPO). Dahinter steckt der Gedanke, dass sich eine Beeidigung nicht lohnt, wenn die Aussage ohnehin nicht (in ausreichendem Ausmaß) relevant für das Urteil ist. Das Gericht kann aber auch in anderen Fällen die Beeidigung unterlassen, wenn keine der Parteien eine solche vor Beendigung der Zeugenvernehmung beantragt (§ 336 Abs 2 ZPO). Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis weitgehend Gebrauch gemacht. Im heutigen Zivilprozess ist eine Beeidigung eher die Ausnahme. Dennoch ist die Institution des Eides ein Zeichen für den hohen Stellenwert der Wahrheitsfindung. Der historische Gesetzgeber wollte damit der Wahrheitsförderung dienen und misst dem Eid und somit auch der Wahrheitsfindung eine „Heiligkeit und besondere Bedeutung“ zu. Dies erkennt man ua daran, dass bestimmte Personen gar nicht beeidigt werden dürfen.⁸⁷ Dass die Eidespflicht in den letzten Jahrzehnten ihre Bedeutung verloren hat, ist kein Anzeichen dafür, dass der Zivilprozess vom Ziel der Wahrheitsdung abgerückt ist. Dies hat eher prozesskonzentrierende Gründe, da die Beeidigung eines jeden Zeugen sehr prozessverschleppend wäre. Außerdem sind die Zeugen auch ohne Beeidigung zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet (§ 338 Abs 1 ZPO). Auch die unbeeidete Falschaussage ist mit Sanktionen verbunden. Sie erfüllt gar den Straftatbestand des §288 StGB. An dieser Stelle ist hinzuzufügen, dass auch eine Partei im Zuge der Parteienvernehmung beeidigt werden kann. Grundsätzlich treffen ihn dieselben Pflichten wie den Zeugen (§ 380 Abs 1 ZPO). Allerdings kann er nicht zum Erscheinen oder Aussagen gezwungen werden (§ 380 Abs 3 ZPO). Es liegt allerdings in seinem Interesse, zu erscheinen und auch auszusagen, da die grundlose Weigerung vom Gericht unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurteilen ist und sich in den meisten Fällen negativ auf sein Anliegen auswirken wird (§ 381 ZPO). Dem Gericht steht es frei, eine Partei zu beeidigen. Grundsätzlich ist sie ohne Eid zu befragen, eine beeidete Vernehmung kann jedoch auf Anordnung des Gerichtes nachfolgen (§ 376 Abs 1 ZPO). Es ist erkennbar, dass die Beeidigung bei der Parteienvernehmung im Gegensatz zur Zeugenvernehmung bereits vom historischen Gesetzgeber als Ausnahmefall gedacht ist. Sie ist nur durchzuführen, wenn das Ergebnis der unbeeideten Befragung nicht ausreicht, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Tatsachen zu überzeugen (§ 377 Abs 1

⁸⁷ Zum näheren Vergleich siehe § 336 Abs 1 ZPO, weiters § 338 Abs 1 ZPO, der die Begriffe Heiligkeit und Bedeutung verwendet.

ZPO). Die Partei ist auch in der Aussagefunktion verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Allerdings ist eine Falschaussage nicht unter Strafe gestellt. Nur die beeidete Falschaussage erfüllt den strafrechtlichen Tatbestand des § 288 Abs 1 StGB.⁸⁸ Dies lässt sich daraus erklären, dass ein Zivilprozess wie erwähnt immer durch divergierendes Vorbringen der Parteien ausgelöst wird und es somit beinahe in der Natur der Sache liegt, dass mindestens eine Partei (teilweise) die Unwahrheit spricht. Als „Sanktion“ kann schließlich gesehen werden, dass die Wahrheit herausgefunden wird und das Urteil zum Nachteil des Unwahren Bekundenden gefällt wird. In der Praxis ist auch die Beeidigung der Parteien im Zuge der Parteienvernehmung die Ausnahme.

Schließlich ist das Gericht selbst der Wahrheitsfindung verpflichtet. Der Richter hat eine Reihe an Möglichkeiten, eine umfassende und erschöpfende Erörterung der Sachlage zu erreichen. § 182 Abs 1 ZPO trägt ihm auf, darauf hinzuwirken, dass alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen.⁸⁹ Die Erforschung der Wahrheit ist explizit erwähnt. Auch kann der Richter Ungereimtheiten aufdecken und die vortragende Partei darauf aufmerksam machen (§ 182 Abs 2 ZPO). Der Richter hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit ihnen zu erörtern. Auch das dient der wahrheitsgemäßen Feststellung der Sachlage. Generell ist § 182a ZPO eine wichtige Norm, da sie Elemente verschiedener Prozessgrundsätze des „fair trial“ enthält.⁹⁰ Der Richter hat zahlreiche Befugnisse zur Beweismittelbeschaffung, um die Ziele der Wahrheitsfindung zu erreichen. § 183 Abs 1 räumt ihm Handlungsmöglichkeiten bei verschiedenen Beweismitteln ein. Gem § 183 Abs 1 Z 4 ZPO kann der Richter von Amts wegen Augenschein- und Sachverständigenbeweise aufnehmen, weiters Zeugen vernehmen, von denen nach der Klage oder dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatsachen zu erwarten ist. Wenn sich beide Parteien dagegen aussprechen, können derartige Verfügungen bzgl Zeugen und Urkunden allerdings nicht getroffen werden (§ 183 Abs 2 ZPO). Darin zeigt sich, dass letztlich die Parteien die Protagonisten des Verfahrens sind und den umfangreichen Befugnissen des Gerichtes zur Wahrheitserforschung dennoch Grenzen gesetzt sind. Für *Rechberger* wäre es außerdem als kontraproduktiv iS der Wahrheitsforschung, wenn Zeugen- oder Urkundenbeweise gegen den Willen der Parteien aufgenommen werden.⁹¹

⁸⁸ Zu beachten ist allerdings, dass eine bewusste Falschaussage in Schädigungsabsicht uU als Prozessbetrug gesehen werden kann.

⁸⁹ Dies wird auch die diskretionäre Gewalt des Richters genannt.

⁹⁰ Gemeint sind zB der Unmittelbarkeits- und der Mündlichkeitsgrundsatz.

⁹¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 270.

Es muss allerdings beachtet werden, dass die Grenzen der Handlungsmöglichkeiten des Gerichtes weit gespannt sind und es auch in gewissem Ausmaß unabhängig von den Anträgen der Parteien nach der Wahrheit forschen kann. So gibt es kontroverse Lehrmeinungen darüber, ob Beweisergebnisse, die über die Parteienbehauptungen hinausreichen (sog „überschießende Beweisergebnisse“) bei Urteilsfällung verwertet werden dürfen.⁹² Im Interesse der Wahrheitsfindung sollte dies zulässig sein. Dafür spricht einerseits § 182 ZPO, wonach der Richter eine umfassende Erörterung des Sachverhaltes bewirken soll. Dazu kommt das Gebot des § 272 Abs 1 ZPO, dass das Ergebnis der gesamten Verhandlung und Beweisführung bei der Entscheidungsfällung zu berücksichtigen ist.

Der Wahrheitsforschung dienlich zu sein, ist ein wesentlicher Vorteil des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Obwohl dies auch auf andere Grundsätze des „fair trial“ zutrifft, ist der Einfluss des Unmittelbarkeitsprinzips mitunter am stärksten. Es betrifft direkt die Beweisaufnahme, die ja das Hauptinstrument der Wahrheitsforschung darstellt. Nicht umsonst wird dem Beweisverfahren ein derartig hoher Stellenwert beigemessen und die Art und Weise der Beweisaufnahme ist wiederum der Kernpunkt dieses Verfahrens.

Die Wichtigkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes für das Verfahren ist noch einleuchtender, wenn man bedenkt, dass in der österreichischen Rechtsordnung das Prinzip der freien Beweiswürdigung herrscht. § 272 Abs 1 ZPO normiert, dass das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Angabe für wahr zu halten sei oder nicht. Dies bedeutet, dass der Richter selbst beurteilen muss, ob er etwa eine Aussage für wahr hält oder nicht. Dies muss er nach bestem Wissen und Gewissen tun,⁹³ aufgebaut auf seiner Lebenserfahrung und Menschenkenntnis.⁹⁴ Dies ist freilich nur möglich, wenn er einen persönlichen Eindruck von den Parteien, Zeugen und Sachverständigen erhält. *Fasching* sagt, dass die Unmittelbarkeit im Zusammenhang mit der Mündlichkeit den persönlichen Kontakt zwischen Richter und Parteien ermöglicht, seine Erkenntnismöglichkeiten erweitert und seine Anleitungs- und Wahrheitsforschungspflicht fördert. Zudem kann er Ausuferungen und Weitwendigkeiten abschneiden, was auch ein verfahren-

⁹² Bejahend *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 271; *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990) Rz 899.

⁹³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 578.

⁹⁴ Der Gegensatz zur freien Beweiswürdigung ist die gebundene Beweiswürdigung. Dabei muss sich der Richter an gesetzliche Beweisregeln halten und dementsprechend entscheiden. Dieses System galt vor der ZPO in der AGO und WGO.

renskonzentrierender Vorteil ist.⁹⁵ Jedoch erwähnt *Fasching* auch die Gefahren des persönlichen Eindrucks. Dadurch kann eine persönliche Sympathie oder auch Antipathie entstehen, was meist nicht ausgeschlossen werden kann. Auch dies wird gesetzlich berücksichtigt. § 272 Abs 3 ZPO statuiert die Begründungspflicht. Demnach hat der Richter die Umstände und Erwägungen, welche für seine Überzeugung maßgebend waren, in der Begründung der Entscheidung anzugeben. Das bezweckt die Sicherung der objektiven Elemente in der Beweiswürdigung.

Betrachtet man § 272 ZPO eingehender, erkennt man die Verpflichtung des Gerichtes zu einer sog Verhandlungswürdigung. Die Ergebnisse der gesamten Verhandlung sind demnach zu würdigen. In der Praxis bedeutet es, dass nicht nur die Beweisaufnahme selbst eine Rolle spielt. Vielmehr ist das Verhalten der Beteiligten während der Verhandlung generell zu berücksichtigen. § 272 Abs 2 ZPO schreibt explizit vor, dass die Nichtbeantwortung einer berechtigten Frage seitens einer Partei bei der Beweiswürdigung zu bedenken ist. Es ist unschwer erkennbar, dass der persönliche Eindruck und die direkte Kommunikation essentielle Rollen für die Beweiswürdigung spielen. Ohne Unmittelbarkeit ist auch die Verhandlungswürdigung nicht denkbar. Wenn etwa ein Zeuge gar nicht persönlich vor Gericht erscheint, kann auch sein Verhalten außerhalb der Zeugenvernehmung nicht beobachtet und somit nicht gewertet werden.

Da das Gesetz von „freier Überzeugung“ spricht, stellt sich auch die Frage, wann eine derartige Überzeugung als eingetreten erachtet werden kann. Es geht folglich um den Überzeugungsgrad, der vom Richter bei der Urteilsfällung gefordert wird. Zwei Theorien sind an dieser Stelle wichtig, namentlich die Wahrheitsüberzeugungstheorie und die Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie. Erstere erachtet den Beweis erst dann als erbracht, wenn ein so hoher, der Gewissheit gleichkommender Grad von Wahrscheinlichkeit vorliegt, dass kein vernünftiger Mensch noch zweifelt.⁹⁶ Letztere verlangt keinen derartig hohen Grad an subjektiver Überzeugung. Es wird als Aufgabe der richterlichen Beweiswürdigung gesehen, Wahrscheinlichkeiten festzustellen. Gewissheit oder Ähnliches wird nicht verlangt. Tatsächlich kann der Richter auch nur von Wahrscheinlichkeit, nie von Gewissheit ausgehen, da er die Streitsache nicht persönlich erlebt hat. Die Unmittelbarkeit vermag daran auch nichts zu ändern, da Schlussfolgerungen aus Erfahrung und Menschenkenntnis stets auch fehlerhaft sein können. § 272 Abs 1 ZPO schreibt dem Richter jedenfalls die sorgfältige Berücksichtigung der Verhandlungsergebnisse vor, sodass an-

⁹⁵ *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 41.

⁹⁶ *Dolinar/Holzhammer*, Zivilprozessrecht I (2000) 237; *Fasching*, JBl 1981,229.

zunehmen ist, dass an das Beweismaß strenge Anforderungen gestellt werden. Der österreichische Zivilprozess verlangt die hohe Wahrscheinlichkeit als Beweismaß.⁹⁷ Um jene Schlussfolgerungen ziehen zu können, die eine solche Wahrscheinlichkeit vermuten lassen, müssen die Normen der Unmittelbarkeit während des Verfahrens eingehalten werden. Zugleich bezeichnet man das eben erörterte Beweismaß als Regelbeweismaß. Dies ist damit zu erklären, dass es gesetzlich verankerte Beweismaßabstufungen gibt. In manchen Fällen wird das Regelbeweismaß erhöht und in anderen Fällen herabgesetzt. Soll etwa festgestellt werden, dass ein Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt (Abstammungsverfahren), muss nach hRsp der Beweis der Unmöglichkeit oder an Gewissheit grenzenden Unwahrscheinlichkeit erbracht werden. Dies kann nur durch einen Vaterschaftstest per Blutgruppentest oder DANN - Vergleich erreicht werden. Hier ist das Regelbeweismaß erhöht, es genügt keine hohe Wahrscheinlichkeit. Umgekehrt ist natürlich der Raum für die freie Beweiswürdigung in solchen Fällen denkbar eng, da ein medizinischer Test nahezu absolute Aussagekraft besitzt. Folglich rückt auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz in den Hintergrund. Das Regelbeweismaß ist in manchen Fällen reduziert, es geht jedoch nur um Tatsachenfeststellungen für prozessuale Vorfragen, Zwischenverfahren und Provisorialentscheidungen. Wenn Tatsachenbehauptungen betroffen sind, die sich auf die Sachentscheidung selbst auswirken, darf das Regelbeweismaß nie reduziert werden. Beim herabgesetzten Regelbeweismaß genügt die Glaubhaftmachung einer Tatsache. Dabei spielen die Förmlichkeiten des Beweisverfahrens, somit auch die Unmittelbarkeit eine untergeordnete Rolle. Wichtig ist nur, dass das Beweismittel zur Verfügung steht und rasch aufgenommen werden kann (§ 274 Abs 1 ZPO). Hier spielt die freie Beweiswürdigung freilich wieder eine dominante Rolle. Der Richter hat genauso wie beim Regelbeweismaß nach bestem Wissen und Gewissen zu beurteilen, ob er einen Beweis als glaubhaft beurteilt.

Obwohl die ZPO von der freien Beweiswürdigung ausgeht, enthält sie dennoch auch einzelne gesetzliche Beweisregeln. Diese sind eigentlich Kennzeichen der gebunden Beweiswürdigung, wonach dem Richter durch gesetzliche Regeln vorgeschrieben wird, wann er einen Beweis als erbracht ansehen kann.⁹⁸ Wenn dieses System noch vorherrschte, wäre der Verlauf des Verfahrens starrer und es würde an Beweglichkeit fehlen sowie würden Einzelfälle zu wenig berücksichtigt werden. Die freie Beweiswürdigung gibt dem Richter Entscheidungsspielraum,

⁹⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 580.

⁹⁸ Zu nennen sind § 215 ZPO und §§ 292 bis 294 ZPO. Va öffentliche Urkunden begründen vollen Beweis dessen, was die Behörde oder die Urkundsperson darin erklärt oder verfügt. Die freie Beweiswürdigung greift somit nicht ein.

legt ihm gleichzeitig weitreichende Befugnisse in die Hand. Seine Wahrnehmungen und Eindrücke sind entscheidend, weshalb es wichtig ist, dass diese direkt und ungetrübt sind. Die Einhaltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist somit umso wichtiger, als die österreichische Rechtsordnung von der freien Beweiswürdigung ausgeht. Fehlentscheidungen aufgrund mangelnder persönlicher Eindrücke zu vermeiden und das Vertrauen in die Rsp/den erkennenden Richter zu stärken, dies sind somit weitere Vorteile des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.⁹⁹

e) Einschränkungen des Grundsatzes

Zu den Einschränkungen der (va sachlichen) Unmittelbarkeit wurde bereits im ersten Kapitel des Hauptteiles einiges ausgeführt. Es geht in erster Linie um die Beweisaufnahme im Rechtshilfverfahren (§§ 282 ff ZPO) und um die Bestimmung des § 281a ZPO. An dieser Stelle ist lediglich hinzuzufügen, dass nicht alle Normen diesbezüglich nur in der ZPO zu finden sind. Einige Bestimmungen betreffend die Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg sind auch in der JN verankert. Die §§ 36 ff JN regeln die Vorgehensweise der Gerichte zur Einleitung des Rechtshilfverfahrens. Sie sind sowohl an das ersuchende als auch das ersuchte Gericht gerichtet. Die genaue Regelung ist wichtig, da es wie bereits ausgeführt in der ZPO zahlreiche Möglichkeiten der Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg gibt.

Nun soll generell auf das Beweisverfahren in Grundzügen eingegangen werden, speziell zu den Grundsätzen der Beweisaufnahme. Der Fokus ist auf jene Bestimmungen zu richten, die intentional nicht den Unmittelbarkeitsgrundsatz beschränken wollen, dies aber dennoch uU bewirken. Obwohl es an einem unmittelbaren Zusammenhang mangelt, sollten einige Bereiche des Beweisverfahrens der Vollständigkeit halber nicht unerwähnt bleiben. Ein Sektor des Beweisrechts beschäftigt sich mit der Lösung eines non liquet - Falles. Ein solcher tritt ein, wenn nach Abschluss des Beweisverfahrens und im Zuge der freien Beweiswürdigung dennoch unklar ist, ob entscheidungsrelevante Tatsachen für wahr zu halten sind. Im österreichischen Zivilprozessrecht gibt es keine non - liquet Entscheidung, es muss folglich auch in einer solchen Situation ein Urteil gefällt werden.¹⁰⁰ Das Gesetz sieht die Lösung in den **Beweislastregeln**. Sie hilft dem

⁹⁹ Von der freien Beweiswürdigung ist das richterliche Ermessen zu unterscheiden. Dabei hat der Richter die Möglichkeit, einen Rechtsakt zu setzen oder auch zu unterlassen. Es betrifft nicht direkt die Urteilsfällung und hat keinen nennenswerten Zusammenhang mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz.

¹⁰⁰ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

Richter dabei, auch in einer non - liquet Situation ein eindeutiges Urteil zu fällen. Nach der allgemeinen Beweislastregel wirkt sich eine derartige Situation immer negativ für die Partei aus, deren Beweise eben nicht eindeutig belegen können, ob eine behauptete für sie günstige Tatsache vorliegt oder nicht. Wenn eine tatbestandsrelevante Tatsache unklar bleibt, ist so zu entscheiden, als wäre festgestellt worden, dass sie nicht vorliegt.¹⁰¹ In den materiellrechtlichen Gesetzen gibt es eine Reihe von Beweislastregeln, die bestimmen, welcher Partei die Beweisführung in bestimmten Fällen aufzubürden ist. Dass in einer unklaren Situation dennoch eine klare Entscheidung getroffen werden muss, ist nicht ohne Gefahr. Eine Beweislastentscheidung sollte deswegen stets die Ausnahme darstellen und nur dann zur Anwendung kommen, wenn das geforderte Regelbeweismaß nach Ausschöpfung der Möglichkeiten der Sachermittlung nicht erreicht wird. An dieser Stelle lässt sich auch ein Zusammenhang zum Unmittelbarkeitsgrundsatz herstellen. Denn es kann von keiner ultima ratio gesprochen werden, wenn noch Wege offen stehen, um Klarheit in die Sache zu bringen. Eine unmittelbare Beweisaufnahme im Zusammenhang mit den Aufschlüssen, die persönliche Eindrücke des Richters mit sich bringen können, ist sicherlich als ein solcher Weg zu sehen. Auf die Praxis umgelegt bedeutet es, dass der Richter keine Beweislastentscheidung treffen kann, wenn er im Zuge des Beweisverfahrens von bestimmten Einschränkungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes Gebrauch gemacht hat. Zu denken ist etwa an § 281a ZPO. Wenn der Richter von dieser Ausnahmebestimmung Gebrauch gemacht hat und dann eine non - liquet Situation eintritt, erscheint es nicht rechtens, wenn er nach der allgemeinen Beweislastregel das Urteil fällen. Vielmehr sollte er, wenn dies noch möglich ist, die betreffenden Beweise erneut aufnehmen. Dabei steigen die Chancen, dass er durch die unmittelbare Beweisaufnahme ein eindeutigeres Ergebnis erzielt, sodass keine Beweislastentscheidung notwendig ist. Ausdrückliche gesetzliche Normen gibt es diesbezüglich zwar nicht, dennoch könnte man in der materiellen sachlichen Unmittelbarkeit ähnliche Tendenzen erkennen. Der Richter kann immer die unmittelbare Beweisaufnahme wählen, wenn ihm dies zur Wahrheitsfindung notwendig erscheint.¹⁰² Diese Notwendigkeit wird als vorhanden zu erachten sein, wenn andernfalls eine non - liquet Situation eintritt.

Auch die **Beweisrichtung** ist ein Thema des Beweisverfahrensrechtes. Es gibt grundsätzlich vier Arten von Beweisen. Der Hauptbeweis wird von der beweisbelasteten Partei erbracht und dient zur Darlegung tatbestandrelevanter Tatsachen. Der Gegenbeweis wird von der gegne-

¹⁰¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003).

¹⁰² Die materielle sachliche Unmittelbarkeit wurde genau erörtert unter 2a.

rischen Partei zur Widerlegung eben dieser Tatsachenbehauptungen erbracht. Dieser ist regelmäßig leichter zu erbringen, da nicht das Nichtbestehen jener Tatsachen bewiesen werden muss. Vielmehr genügt es, wenn der Richter Zweifel hat (bekommt). Schwieriger ist es, wenn eine Partei eine gesetzliche Vermutung für sich hat. Dann muss der Gegner den Beweis des Gegenteils führen, der im Gegensatz zum Gegenbeweis ein Hauptbeweis ist. Dieser Beweis ist zulässig, sofern er nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird.¹⁰³ Die vierte Art der Beweise ist die eigentlich interessante in diesem Zusammenhang. Es geht um die mittelbaren Beweise. Es wurde bereits einiges dazu erwähnt, doch fehlt eine ausführliche Erörterung. In den vorigen Kapiteln wurde die mittelbare Beweisaufnahme nur in formellem Sinn dargestellt. Es geht etwa darum, dass ein Protokoll verlesen wird, statt den Zeugen persönlich zu laden. Nun betrifft es nicht die Art und Weise der Beweisaufnahme, sondern das Beweismittel selbst. Ein unmittelbarer Beweis zielt auf tatbestandsrelevante Tatsachen. Es kommt jedoch auch vor, dass diese Tatsachen nicht (direkt) bewiesen werden können. Man muss dann von erweislichen Tatsachen, die ihrerseits wiederum nicht unmittelbar auf tatbestandsrelevante Tatsachen zielen, auf jene relevanten schließen. Dazu wendet der Richter Erfahrungssätze an. Mittelbare Beweise sind alleine schon deshalb zulässig, weil der Richter die Streitsache nach seinem Wissenstand und den Erfahrungssätzen zu beurteilen hat. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung versteht es sich quasi von selbst, dass mittelbare Beweise zu berücksichtigen sind. Es muss aber klargelegt werden, dass dies nur der Fall ist, wenn der unmittelbare Beweis eben nicht erbracht werden kann. Gibt es also einen Beweis, der direkt auf die relevanten Tatsachen zielt, ist unbedingt jener zu erbringen und ein mittelbarer Beweis unzulässig. Das lässt sich ebenfalls aus der materiellen sachlichen Unmittelbarkeit ableiten, wonach unter mehreren Beweismitteln stets das zu wählen ist, das am aussagekräftigsten ist. Mittelbare Beweise sind somit nicht direkt als Einschränkungen der (hier materiellen sachlichen) Unmittelbarkeit zu sehen, da sie nur anzuwenden sind, wenn es eben an unmittelbaren Beweisen mangelt. Der Richter hat in diesem Fall keinen Spielraum. Gibt es etwa einen Zeugen, der das Geschehene persönlich erlebt hat, ist dieser jedenfalls einem Zeugen vom Hörensagen vorzuziehen. Besondere Bedeutung haben mittelbare Beweise bei inneren Tatsachen. Diese können regelmäßig nicht unmittelbar bewiesen werden.¹⁰⁴ ZB kann ein Gemütszustand so gut wie nie direkt bewiesen werden, es lässt sich allerdings durch Taten oder Aussagen des Betroffenen darauf schließen. *Rosenberg* sagt zur Zulässigkeit der mittelbaren Beweise: „Kraft seiner freien Be-

¹⁰³ Vgl § 270 ZPO.

¹⁰⁴ *Rechberger in Rechberger*, Kommentar zur ZPO (1994) Rz 20.

weiswürdigung nimmt der Richter das als erwiesen an, was erfahrungsgemäß die Regel des Lebens ist.“¹⁰⁵

Es gibt innerhalb der mittelbaren Beweise eine Einteilung in Indizien- und Anscheinsbeweis. Das oben Ausgeführte gilt grundsätzlich für den Indizienbeweis. Dabei wird von einer bewiesenen, tatbestandsfremden Tatsache auf eine andere, nicht unmittelbar beweisbare, tatbestandsrelevante Sache geschlossen. Man stelle sich eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises für ein KFZ vor. Der Beklagte behauptet, sich das Auto nur geliehen zu haben. Ein schriftlicher Kaufvertrag liegt nicht vor (unmittelbarer Beweis). Der Indizienbeweis in diesem Fall wäre, dass der Beklagte das Auto kurz nach Übergabe reparieren ließ. Es ist nicht anzunehmen, dass er dies mit einem geliehenen Fahrzeug tut. Der Richter wendet in dem Fall Erfahrungssätze an und beurteilt danach, ob er bestimmte Tatsachenbehauptungen für wahr hält oder nicht. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Regelbeweismaß gesenkt wird. Der geforderte Überzeugungsgrad ist auch hier nur dann erreicht, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit vorliegt. Anders ist es mit dem Anscheinsbeweis. Hier kommt es zu einer Reduzierung des Regelbeweismaßes. Dies ist ein Ausnahmefall und kommt nur bei Schadenersatzklagen zur Anwendung. Beim Anscheinsbeweis, auch *prima facie*- Beweis genannt, werden die Erfahrungssätze in noch stärkerem Ausmaß herangezogen. Es geht um die Feststellung des typischen Geschehensablaufs. Der Richter entscheidet dann mithilfe allgemeiner Erfahrungssätze, ob dieser Ablauf auf einen bestimmten Kausalzusammenhang oder ein Verschulden hinweist. Wird dies bejaht, gelten diese Tatbestandselemente auch im vorliegenden Einzelfall aufgrund des ersten Anscheins als erwiesen. Es kommt wie gesagt zu einer Beweismaßreduktion. Statt der hohen Wahrscheinlichkeit genügt hierbei überwiegende Wahrscheinlichkeit, um bestimmte Tatsachen als vorliegend zu betrachten. Wie erörtert kommt die Beweismaßreduzierung grundsätzlich bei prozessualen Fragen zur Anwendung. Der Anscheinsbeweis bei Schadenersatzklagen ist eine Ausnahme.¹⁰⁶ Er ist nicht gesetzlich bestimmt, sondern durch richterliche Rechtsfortbildung entstanden. Ziel ist die Überbrückung von Beweisnotständen im Schadenersatzprozess. Denkt man an die vielfältigen Möglichkeiten, wie heutzutage ein Schaden verursacht werden kann (gemeint ist vor allem der stark zunehmende Straßenverkehr), ist es schwer denkbar, dass die Geschädigten immer konkrete Beweise zum Beleg des Verschuldens des Schädigers bieten können. Häufig geben die äußeren Umstände keine Aus-

¹⁰⁵ Rosenberg, Die Beweislast (1965) 180.

¹⁰⁶ Das bedeutet aber nicht, dass es der einzige Anwendungsfall ist. Zu denken ist etwa auch an den Anscheinsbeweis in Sozialrechtssachen.

kunft über die Ursache eines Unfalls. Die allgemeine Lebenserfahrung lässt jedoch den Tathergang vermuten und somit auch auf das Verschulden einer Partei schließen. Ließe man den Anscheinsbeweis nicht zu, würde es stets zu einer non - liquet Situation kommen, worauf eine Beweislastentscheidung gefällt werden müsste. *Rechberger* sieht die Rechtfertigung der Beweismaßreduzierung in der besonderen Eigenart der materiellrechtlichen Tatbestandsmerkmale des Schadenersatzrechtes.¹⁰⁷ Freilich weist nicht jeder Schadensfall diese Merkmale auf. Ob der Anscheinsbeweis überhaupt erbracht werden darf, ist im Einzelfall zu beurteilen und unterliegt der rechtlichen Beurteilung des Gerichtes.¹⁰⁸

Verglichen mit dem Indizienbeweis gibt es noch einen anderen Unterschied. Dieser liegt in der Art und Weise der Entscheidungsbildung. Wie erwähnt wendet der Richter in beiden Fällen Erfahrungssätze an, um etwas über tatbestandsrelevante Tatsachen herauszufinden, die nicht unmittelbar bewiesen werden können. Beim Indizienbeweis verwendet er iel seine persönliche Erfahrung und Anschauung, während er sich beim Anscheinsbeweis an den Erfahrungssätzen der Allgemeinheit orientiert. Es geht um den typischen Geschehensablauf, den die Rechtsgemeinschaft vermuten würde.¹⁰⁹

Freilich wird anerkannt, dass im Einzelfall auch ein atypischer Geschehensablauf vorliegen kann. Da der Anscheinsbeweis keine gesetzliche Vermutung (§ 270 ZPO) für sich hat, muss der Gegner nur den Gegenbeweis erbringen. Dieser ist erbracht, wenn dargelegt werden kann, dass der typische Ablauf im konkreten Fall nicht zwingend ist und ein abweichender Geschehensablauf ernsthaft möglich ist.

Ob der Anscheinsbeweis erbracht wurde oder nicht, ist wie bei anderen Beweisen auch eine Frage der richterlichen Beweiswürdigung. Der Richter kann frei entscheiden und ist trotz der Beweismaßreduzierung an keine Beweisregeln gebunden. Wichtig ist auch hier die Betonung, dass er nur herangezogen werden darf, wenn es an unmittelbaren, aussagekräftigeren Beweisen mangelt. Aus materieller Sicht gesehen ist stets das unmittelbare Beweismittel zu bevorzugen. Es gibt auch im Gegensatz zu den Bestimmungen betr Art und Weise der Beweisaufnahme (formelle Sicht) keine gesetzlichen Bestimmungen, die den mittelbaren Beweisen den Vorzug geben, obwohl unmittelbare vorliegen. Sie werden herangezogen, um Beweisnotstände und non - liquet Situationen zu vermeiden.

¹⁰⁷ *Rechberger*, FS Baumgärtel (1990) 485.

¹⁰⁸ *Rechberger in Rechberger*, Kommentar zur ZPO (1994) Rz 22.

¹⁰⁹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 596.

Auch die **Beweisverbote** können sich uU auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz auswirken und diesen einschränken. Es lassen sich je nach Inhalt des Verbots drei Arten von Beweisverboten unterscheiden. Diese sind Beweisthemen-, Beweismittel- und Beweismethodenverbote. Das erste untersagt es dem Gericht, über bestimmte Tatsachen überhaupt Beweise aufzunehmen. Es gibt in der ZPO keine ausdrücklichen Beweisthemenverbote.¹¹⁰ § 281a ZPO kann nicht als ein derartiges Verbot gesehen werden, da er dem Richter lediglich eine Möglichkeit einräumt und nicht verpflichtet. Außerdem können die Parteien eine neuerliche Beweisaufnahme beantragen, was bei einem Beweisthemenverbot nicht möglich wäre. Hinterfragt wird an dieser Stelle, ob das Geständnis einer Partei bindende Wirkung hat. §266 ZPO normiert diesbezüglich, dass die von einer Partei behaupteten Tatsachen keines Beweises bedürfen, wenn der Gegner diese ausdrücklich zugestanden hat. Es ist zu überprüfen, ob dies auch ein Beweisthemenverbot darstellt. Nach Prinzipien der freien Beweiswürdigung und Wahrheitsfindung müsste der Richter imstande sein, trotz eines Geständnisses Beweise aufzunehmen, wenn er es iS der Wahrheitsfindung für notwendig erachtet. *Rechberger* meint, dass eine Bindung des Gerichtes an das Geständnis letztlich auf eine Parteiendisposition über Tatsachen hinausläuft, die den Grundsätzen der ZPO über die vollständige und wahrheitsgemäße Feststellung des Sachverhalts widerspricht.¹¹¹ Demnach liegt es in der Entscheidung es Richters, ob eine zugestandene Tatsache wirklich keines Beweises mehr bedarf, um eine Entscheidung zu fällen.¹¹²

Beweismittelverbote beziehen sich auf die Beweismittel selbst und untersagen dem Gericht die Benützung bestimmter Beweismittel. Dies kann generell sein oder nur in Hinsicht auf bestimmte Tatsachen (vgl § 320 ZPO). Es geht außerdem darum, ob von den Parteien rechtswidrig beschaffte Beweise aufgenommen werden dürfen. Beweismittelverbote spielen eine wesentlich größere Rolle als Beweisthemenverbote. Da es sich dabei grundsätzlich um Beweisaufnahmeverbote handelt¹¹³, ist auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz sinngemäß betroffen. Generell muss iS der Wahrheitsfindung geprüft werden, ob es gerechtfertigt erscheint, bestimmte Beweise nicht aufzunehmen, die für die Klärung der Sachlage wichtig sind.

¹¹⁰ Jedoch bejaht die Rsp die Bindung des Richters an Tatsachenfeststellungen eines Strafurteils, dies primär aufgrund der materiellen Rechtskraft desselben.

¹¹¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 600.

¹¹² Die hRsp bejaht allerdings eine Bindung des Richters an das Geständnis.

¹¹³ Auf die Unterscheidung zwischen Beweisaufnahme- und Beweisverwertungsverbote wird noch eingegangen.

Schließlich gibt es die Beweismethodenverbote. Sie verbieten dem Gericht ein bestimmtes Vorgehen bei der Beschaffung eines Beweismittels, auch wenn dieses an sich zulässig wäre. Über die Bestimmungen des ZPO hinaus dürfen jedenfalls keine Methoden eingesetzt werden, die das verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht eines Beteiligten verletzen.¹¹⁴

Es stellt sich die Frage nach der Konsequenz der Verletzung dieser Verbote. Daran geknüpft lässt es sich wiederum zwischen Beweisaufnahme- und Beweisverwertungsverböten unterscheiden. Die letzten verbieten dem Gericht die Berücksichtigung der bereits aufgenommenen Beweise bei der Urteilsfällung. Ein Großteil der Lehre lehnt dies ab, da es iS der Wahrheitsfindung nicht denkbar ist, dem Richter die Verwertung vorliegender Beweisergebnisse zu untersagen. Dies würde dem Hauptziel des Zivilprozesses widersprechen.¹¹⁵ Eine Ausnahme stellen Beweise dar, die entgegen dem Folterverbot aufgenommen wurden. Hier ist einerseits zweifellos dem Grundrecht auf körperliche und psychische Unversehrtheit der Vorzug zu geben. Andererseits kann eine unter Folter erreichte Aussage nicht der Wahrheitsfindung genügen.

In der Praxis spielen die Beweismittelverbote die Hauptrolle, speziell die Handhabung der durch die Parteien rechtswidrig erlangten Beweise. Es besteht eine Interessenabwägung zwischen dem Schutzbereich der übertretenen Norm und der umfassenden Sachverhaltserörterung. Die Rsp neigt eher zu deren Vorrang, was man daran erkennt, dass die Verletzung der Beweismittelverbote grundsätzlich ohne prozessuale Konsequenz bleibt. Nimmt das Gericht nämlich widerrechtlich erlangte Beweise dennoch auf und legt sie dem Urteil zugrunde, kann sich der Benachteiligte kaum wehren. Das begründet weder einen Nichtigkeitsgrund noch einen wesentlichen Verfahrensmangel iS des § 496 ZPO. § 496 Abs 1 Z 2 ZPO spricht von Mängeln des Verfahrens, die eine erschöpfende Erörterung der Sache verhindern. In diesem Fall handelt es sich eher um ein „Zu viel“ als ein „Zu wenig“.¹¹⁶ Bedenkt man die Tätigkeit des Gerichtes als eine hoheitliche mit dem Ziel, die wahre Sachlage zu klären, widerspricht es dem europäischen Rechtsdenken, dass ein inhaltlich richtiges Urteil angefochten werden kann, nur weil bei der Beweiserlangung bestimmte Rechtsvorschriften verletzt worden sind. *Fasching* zieht eine Grenze, wenn bei der Beweisbeschaffung strafgesetzliche Vorschriften verletzt worden sind, die den

¹¹⁴ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990).

¹¹⁵ *Graf/Schöberl*, ZAS 2004, 172 ff.

¹¹⁶ *Kodek*, ÖJZ 2001, 345.

„Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- oder Freiheitsrechte“ schützen.¹¹⁷ Das soll jedenfalls eine Verfahrensverletzung nach sich ziehen und das Urteil anfechtbar machen.

Beweisaufnahmeverbote sind für sich bereits eine Einschränkung der Wahrheitsfindung und iWS auch des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Sie sind dennoch nötig, um andere, vom Verfahren unabhängige Interessen zu schützen. Hier ist wie in zahlreichen anderen Fällen des Zivilprozessrechtes eine präzise Interessenabwägung geboten. Stelle man sich in der Praxis etwa den Fall des § 320 Z 3 ZPO vor. Wenn die Aussage eines Staatsbeamten von enormer Wichtigkeit für die Klärung eines Sachverhalts wäre und dem gegenüber das Interesse an der Wahrung des Amtsgeheimnisses verhältnismäßig geringer wäre, da etwa die Verletzung keine gravierenden Nachteile für die betreffende Behörde nach sich ziehen würde, sollte der Wahrheitsfindung der Vorzug gegeben werden.

Anders als bei den Beweisverboten geht es bei der **Beweisbedürftigkeit** um Tatsachen, die nicht bewiesen werden müssen. Dies ist dann der Fall, wenn es ausdrücklich gesetzlich bestimmt wird. Die ZPO bestimmt, dass zugestandene, offenkundige und gesetzlich vermutete Tatsachen keines Beweises bedürfen. Bei der zugestandenen Tatsache handelt es sich um ein Geständnis. Dazu wurde bereits oben Einiges ausgeführt. Offenkundig ist eine Tatsache nur, wenn sie allgemeinkundig oder gerichtskundig ist. Die Auslegung dieser Begriffe sollte restriktiv sein. Gerichtskundig ist eine Sache nur, wenn sie dem Gericht aus amtlicher Wahrnehmung bekannt wird; dazu zählt keinesfalls die Wahrnehmung des Richters im Privatleben. Gesetzlich vermutete Tatsachen sind vielfach in den Materiengesetzen normiert (zB §§ 1423, 1429, 1430 ABGB). Aufgrund einer Vermutungsbasis wird das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer tatbestandsrelevanten Tatsache angenommen. Diese Vermutung ist jedoch in den meisten Fällen widerlegbar. Da aber gesetzlich vermutete Tatsachen eine stärkere Aussagekraft haben, muss der Gegner den Beweis des Gegenteils erbringen. Es kommt zu einer Beweislastumkehr.¹¹⁸ Schließlich ermöglicht § 273 ZPO Beweisbefreiungen in bestimmten Fällen.¹¹⁹ Die Normen über mangelnde Beweisbedürftigkeit können sich kaum als Einschränkungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes auswirken, da sie va Tatsachen betreffen, die eben auch ohne Beweislegung leicht festzustellen sind. Beim Geständnis ist das Gericht ebenfalls befugt, von Amts wegen Beweise aufzunehmen, wenn

¹¹⁷ Fasching, Zivilprozessrecht (1990) Rz 936.

¹¹⁸ Dolinar/Holzhammer, Zivilprozessrecht I (2000).

¹¹⁹ Zum näheren Vergleich siehe § 273 ZPO.

es dies für unbedingt erforderlich hält.¹²⁰ Einzig bei § 273 Abs 2 ZPO ist Vorsicht geboten. Er räumt dem Richter die Möglichkeit ein, über Bestand und Höhe von unbedeutenden Ansprüchen frei zu entscheiden. Unbedeutend ist hier ein relativer Begriff und meint einen Anspruch, der im Vergleich zu anderen in derselben Klage geltend gemachten Ansprüchen weniger „Wert“ hat. Die Bestimmung ist auch auf Einzelansprüche anzuwenden, sofern der Streitwert von € 1000,- nicht überschritten wird.¹²¹ Kumulativ muss hinzukommen, dass die Feststellung der konkreten Ansprüche unverhältnismäßig aufwendig wäre. Dies ist etwa dann der Fall, wenn keine schriftlichen Verträge vorliegen und es auch keine (verfügbaren) Zeugen gibt. Diese Bestimmung kann sich va deshalb einschränkend auf die Wahrheitsfindung auswirken, da der Richter nicht nur die Höhe, sondern sogar das Bestehen des Anspruches bestimmen kann. Es fällt nicht nur die unmittelbare, sondern die Beweisaufnahme als solche aus. Im Ergebnis wird ein Anspruch bejaht oder verneint, ohne jemals ein Beweisverfahren durchzuführen. Dies ist im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip sogar verfassungsrechtlich bedenklich. Deshalb ist eine restriktive Auslegung geboten und im Zweifel mit normaler Beweisaufnahme vorzugehen.

An dieser Stelle müssen sinngemäß die **Grundsätze der Beweisaufnahme** erörtert werden, da der Unmittelbarkeitsgrundsatz dazu gehört, aber auch der Konzentrationsgrundsatz, der wiederum einschränkend ist. Konkret geht es um den Unmittelbarkeits-, Konzentrations- und Amtswegigkeitsgrundsatz. Die Grundsätze der Beweisaufnahme enthalten grundsätzlich nichts, was nicht auch Inhalt der allgemeinen Prozessgrundsätze ist. Sie beschränken sich eben auf den Gang des Beweisverfahrens. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz selbst wurde bereits in der Einleitung dargelegt. Ergänzend kann man sagen, dass „er im Laufe der Beweisaufnahme seine Hauptbedeutung entfaltet“.¹²² Damit ist gemeint, dass die sachliche Unmittelbarkeit die Hauptrolle spielt. Genau diese steht auch im Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Verfahrenskonzentration, weniger die zeitliche oder persönliche Unmittelbarkeit. Das Gesetz erlaubt daher zahlreiche Möglichkeiten der mittelbaren Beweisaufnahme, die jedoch teleologisch einzuschränken sind.¹²³ Die Wahrung der sachlichen Unmittelbarkeit ist das Essentielle eines fairen Verfahrens. *Bajons* unterstreicht den zentralen Wert der sachlichen Unmittelbarkeit, der sich nicht nur im Zusammenspiel mit den Grundsätzen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit ergibt, sondern auch

¹²⁰ Zu beachten sind aber hier die kontroversen Meinungen der hRsp und der Lehre.

¹²¹ Diese Möglichkeit wurde eingeführt durch die ZVN 2002.

¹²² *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990) Rz 912.

¹²³ *Rechberger in Rechberger*, Kommentar zur ZPO (1994) Rz 30.

aus der Komplementärfunktion zum Prinzip der freien Beweiswürdigung.¹²⁴ Ebenfalls zu betonen ist, dass nicht nur die formelle, sondern auch die materielle sachliche Unmittelbarkeit einzuhalten ist. *Fasching* meint, dass unter mehreren Beweismitteln die tatsächennäheren auszuwählen sind.¹²⁵ Auch der Verstoß gegen die materielle sachliche Unmittelbarkeit bildet einen wesentlichen Verfahrensmangel gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO, wenn nicht gar einen Nichtigkeitsgrund.¹²⁶

Der zweite wichtige Grundsatz in dem hier erörterten Zusammenhang ist der Konzentrationsgrundsatz.

Dieser enthält jene Gebote, die auch Inhalt des Prozessgrundsatzes der allgemeinen Verfahrenskonzentration ist, mit dem Unterschied, dass der Fokus lediglich auf die Beweisaufnahme gerichtet ist. Grundsätzlich stellen die Parteien die Beweisanbote, um ihre Tatsachenbehauptungen zu belegen. Das Gericht kann von Amts wegen Beweise aufnehmen, wenn es dies für notwendig befindet. Von den Parteien angebotene Beweise sind, falls dies nicht aus bestimmten Gründen untunlich ist, prinzipiell auch aufzunehmen. § 275 ZPO gibt dem Gericht jedoch die Möglichkeit, Beweisanbote zurückzuweisen, wenn die Beweise unerheblich erscheinen oder wenn deren Aufnahme den Prozess erheblich verzögern würde und seitens der Partei auch Verschleppungsabsicht besteht. Damit wird verhindert, dass die Parteien das Verfahren beliebig hinauszögern und verteuern können. § 275 Abs 2 fordert eine hohe Wahrscheinlichkeit („wenn bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Zweifel drüber besteht“) des Vorliegens der Verschleppungsabsicht. Diese Bestimmung ist also nicht auszudehnen und schon gar nicht zu missbrauchen. § 275 Abs 1 ist ebenfalls restriktiv auszulegen. Bei genauerer Überprüfung können auch die Bestimmungen über die Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg (§§ 282 ff ZPO) und § 281a ZPO als Normen des gegenständlichen Konzentrationsgrundsatzes betrachtet werden. Bei ersteren geht es darum, die mittelbare Beweisaufnahme zu ermöglichen, wenn die unmittelbare untunlich oder unökonomisch wäre. Bei letzterer wird die Beweisaufnahme ebenfalls vereinfacht, wenn Ergebnisse aus einem früheren Verfahren vorliegen. Es wird in beiden Fällen nicht generell auf die Beweisaufnahme verzichtet, jedoch eine Art und Weise gewählt, die das Verfahren vereinfacht und beschleunigt. Da die Normen die Beweisaufnahme selbst betreffen, können sie mE in diese Reihe eingeordnet werden. Der Widerspruch zwischen Unmittelbarkeit- und Kon-

¹²⁴ *Bajons*, FS *Fasching* (1988) 27; in der gegenständlichen Arbeit näher unter 2d.

¹²⁵ *Fasching*, *Zivilprozessrecht* (1990) Rz 912.

¹²⁶ Das wäre der Fall, wenn etwa das rechtliche Gehör verletzt wurde (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO). Die kontroversen Meinungen in der Lehre und auch Rsp bzgl der Folgen eines Verstoßes wurden ausführlich unter 2b erörtert.

zentrationsgrundsatz ist wieder einmal sichtbar, da gerade diese Normen die Ausnahmen von der sachlichen Unmittelbarkeit enthalten.¹²⁷ Auch § 279 Abs 1 ZPO ist eine Norm des Konzentrationsgrundsatzes. Demgemäß kann das Gericht eine Frist für die Beweisaufnahme setzen, wenn diese das Verfahren voraussichtlich verzögern würde. Verläuft diese Frist fruchtlos, wird das Verfahren ohne Rücksicht auf dieses Beweismittel fortgesetzt. Die Bedeutung der Konzentration zeigt sich auch darin, dass Beschlüsse bezüglich der Beweisaufnahme (so etwa zur Zurückweisung einzelner Beweisanbote oder Übertragung an einen beauftragten oder ersuchten Richter) nicht gesondert anfechtbar sind (§ 291 Abs 1 ZPO). Dem Gericht wird in dieser Hinsicht ein weiter Handlungsfreiraum eingeräumt. § 291 Abs 2 ZPO zählt jene Beschlüsse auf, gegen die gar kein Rechtsmittel zulässig ist. Dazu ist zu sagen, dass die Verfahrenskonzentration wichtig ist und letztlich auch zu einem gerechten Verfahren beiträgt. Gerade die Beweisaufnahme als zentraler Punkt des Prozesses sollte sowohl der uneingeschränkten Wahrheitsfindung dienen, wie er auch das ganze Verfahren nicht erheblich verzögern sollte. Die Normen des Konzentrationsgrundsatzes sind restriktiv auszulegen und sollten nicht missbraucht werden. Im Zweifelsfall ist eine Interessenabwägung geboten.

Der letzte Grundsatz ist jener der Amtswegigkeit. Dieser entspricht inhaltlich einer Mischung aus dem Amtstrieb und dem abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz. Es ist erneut zu betonen, dass die Parteien grundsätzlich die Protagonisten des Verfahrens sind. Haben sie sich jedoch einmal auf den Zivilprozess als staatliche Wohlfahrtsinstitution eingelassen, legen sie dem Gericht auch die Klärung der Streitsache in die Hände. Der Richter ist somit nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden, er kann von Amts wegen Beweise aufnehmen, wenn es ihm zur Klärung der Streitsache notwendig erscheint (§ 183 Abs 1 Z 4 ZPO). Überhaupt können die Normen der diskretionären Gewalt des Richters diesem Grundsatz zugeordnet werden (§§ 182 ff ZPO). Zudem leitet der Richter die Beweisaufnahme. (§288 Abs1 ZPO) Die Parteien haben freilich umfangreiche Mitwirkungsrechte. Sie können Fragen an Zeugen und Sachverständige stellen und auch ohne vorherige Ankündigung Personen mitnehmen, die sie als Zeugen oder Sachverständigen namhaft machen wollen. Va haben sie das Recht, anwesend zu sein. Demgegenüber steht eine weitere zentrale Norm des Amtswegigkeitsgrundsatzes. § 289 Abs 2 bestimmt, dass das Gericht die Beweisaufnahme auch durchführen kann, wenn keine der Parteien erschienen ist. Darin zeigt sich das Verständnis des Gerichtes als öffentliche Einrichtung zur Klärung der Sache, was notfalls auch in Abwesenheit der Parteiengeschehen kann. Vorausset-

¹²⁷ Darauf wurde unter 2a ausführlich eingegangen.

zung dafür ist lediglich, dass die Parteien zuvor ordnungsgemäß geladen wurden. Außerdem ist eine Ergänzung der Beweisaufnahme denkbar, wenn die Partei glaubhaft macht, dass ihr Nichterscheinen nicht schuldhaft verursacht wurde und dadurch eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme zur Folge hatte.

Die Normen iS dieses Grundsatzes wirken sich eher nicht als Einschränkungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes aus, da es auch an einem direkten Zusammenhang mangelt. Eine derartige Wirkung ist nur bei § 289 Abs 2 ZPO indirekt denkbar, da die Parteien die unmittelbare und ordnungsgemäße Beweisaufnahme nicht kontrollieren können, wenn diese auch in ihrer Abwesenheit zulässig ist.

Zum Beweisverfahrensrecht gehören auch die Bestimmungen über **die einzelnen Beweismittel**. Die ZPO regelt in den §§ 292 ff die fünf klassischen Beweismittel; diese Aufzählung ist jedoch nicht taxativ.¹²⁸ Dies wäre auch im Sinne einer umfassenden Erörterung der Sachlage nicht denkbar. Vielmehr sind alle Erkenntnisquellen als Beweismittel zugelassen, die nicht gesetzlichen Bestimmungen widersprechen und von denen die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen zu erwarten ist. Mit der Zeit und dem Fortschritt der Technik haben sich die sog „neuen“ Beweismittel etabliert. Dazu gehören etwa Bild -, Ton- und EDV- Träger.¹²⁹ Diese Mittel lassen Aufschlüsse über Tatsachen zu, die früher nur schwer zu belegen waren. Man behandelt sie rechtlich so, dass sie jenem klassischen Beweismittel zugeordnet werden, das ihnen am nächsten steht. Folglich können die Normen über die einzelnen Beweismittel in den meisten Fällen angewendet werden und manche von ihnen wirken sich einschränkend auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz aus.

Gemeint sind in diesem Zusammenhang eher die Normen betreffend die Art der Beweisaufnahme und weniger jene, die die Beschaffenheit des Beweismittels regeln. Dennoch sollte vollständigkeithalber auch einiges zu den einzelnen Beweismitteln als solchen ausgeführt werden. Zu beginnen ist mit dem Urkundenbeweis. Eine Urkunde ist die schriftliche Verkörperung von Gedanken, die Tatsachen überliefern.¹³⁰ Je nach ihrem Verfasser unterscheidet man zwischen öffentlichen und privaten Urkunden. Eine öffentliche Urkunde begründet „vollen Beweis“ dessen, was darin von der Behörde amtlich erklärt wird. Hierbei handelt es sich um eine gesetzli-

¹²⁸ Fasching, Zivilprozessrecht (1990) Rz 925; Dolinar/Holzhammer, Zivilprozessrecht I (2000) 238.

¹²⁹ Ferner sind dies die Anfrage an Behörden, Verwertung von Vorakten und (umstritten) Ergebnisse der Umfrage eines Meinungsforschungsinstituts.

¹³⁰ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 619.

che Beweisregel, die die freie Beweiswürdigung einschränkt. Privaturkunden (wie persönliche Briefe) unterliegen der freien Beweiswürdigung.¹³¹ Interessant im Zusammenhang mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz sind die Bestimmungen betreffend die Urkundenvorlage. Ein Urkundenbeweis ist unmittelbar erbracht, wenn die Originalurkunde direkt vor das erkennende Gericht gebracht wird, um dem Richter persönlich vorgelegt zu werden. Zumeist hat dies der Beweisführer zu tun. Befindet sich die betreffende Urkunde jedoch nicht in dessen Gewahrsam, sind folgende Bestimmungen der ZPO anzuwenden. Vergleichsweise einfach ist es, wenn sich die Urkunde bei einer öffentlichen Behörde oder in Verwahrung eines Notars befindet. Kann der Beweisführer diese nicht selbst erlangen, ist er befugt, die Herbeischaffung durch das Gericht zu beantragen (§ 301 ZPO). Komplizierter wird es, wenn sich die Urkunde bei anderen Privatpersonen befindet. Ein Dritter ist nur dann zur Vorlage verpflichtet, wenn ihn nach Bürgerlichem Recht eine Verpflichtung hierzu trifft oder wenn die Urkunde dem Inhalt nach eine für den Beweisführer und den Dritten gemeinschaftliche ist (§ 308 Abs 1 ZPO). Selbst dann kann der Dritte den Besitz der Urkunde leugnen, worauf der Beweisführer dies wiederum glaubhaft machen muss. (§308 Abs2 ZPO) Es ist leicht erkennbar, dass die unmittelbare Beweisvorlage in diesem Fall erheblich erschwert ist. Sollte es sich zudem um eine wichtige Urkunde handeln, kann eine Verzögerung des Verfahrens die Folge sein oder gar Mangelhaftigkeit der Sachermittlung, wenn der Prozess ohne Rücksicht auf jene Urkunde fortgesetzt wird. Freilich ist der Dritte nicht in gleichem Maße wie die Partei dazu verpflichtet, an der Wahrheitsfindung mitzuwirken. Bedenkt man jedoch, dass es sich bei Zeugen auch um Dritte handelt (also um jede von der Hauptpartei verschiedene Person), stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit dieser Vorschriften. Bekanntlich sind auch Zeugen grundsätzlich verpflichtet, zu erscheinen und auszusagen. Sollten dann Dritte, die wichtige Urkunden in ihrem Besitz haben, nicht auch mehr zur Mithilfe verpflichtet werden? Schärfer zeigt sich diese Problematik, wenn gar der Gegner (der selbst Partei des Verfahrens ist) im Besitz der Urkunde ist. § 304 Abs 1 ZPO bestimmt, dass diesen eine unbedingte Vorlagepflicht nur dann trifft, wenn er selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat, nach Bürgerlichem Recht zur Ausfolgung verpflichtet ist oder es sich um eine beiden Parteien gemeinschaftliche Urkunde handelt. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, kann er aus den Gründen des § 305 ZPO die Vorlage verweigern. Hierbei handelt es hauptsächlich um den Schutz der Privatsphäre und um Verschwiegenheitspflichten. § 305 Z 5 ZPO enthält jedoch eine Generalklausel, wonach die

¹³¹ Zu beachten ist allerdings § 312 Abs 1 ZPO.

Verweigerung der Vorlage zulässig ist, wenn „gleich wichtige Gründe“ vorliegen.¹³² Der Beweisgegner hat somit zahlreiche Möglichkeiten, um die Aufnahme des Urkundenbeweises zu blockieren, auch wenn der Beweisführer glaubhaft macht, dass er im Besitz des Schriftstücks ist. Bedenkt man die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien (§ 178 Abs 1 ZPO) und Ziel und Zweck des Prozesses, scheint dies nicht gerechtfertigt. Gerade die Parteien als Hauptfiguren des Verfahrens sollten verpflichtet sein, nach ihren Kräften an der Wahrheitsfindung mitzuwirken. Wahrheitsfindung und Schutz der jeweiligen Interessen iS des § 305 ZPO sollten sorgfältig abgewogen werden, wobei mE der Wahrheitsfindung in diesem Fall zu wenig Gewicht zukommt. Damit ist auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz in gewissem Maße eingeschränkt, weil das Gericht lediglich von den Behauptungen des Beweisführers ausgehen muss, statt die Urkunde selbst einzusehen. Eine restriktive Auslegung des § 305 ZPO ist somit jedenfalls geboten.

Auch Bestimmungen über den Zeugenbeweis können sich hinderlich auf die Wahrheitsfindung auswirken. Zeuge ist eine Person, die über ihre Wahrnehmung von vergangenen Tatsachen oder Zuständen aussagt. Er berichtet lediglich das subjektiv Erlebte und gibt keine Urteile über die Tatsachen ab.¹³³ Der Zeuge hat stets mündlich vor dem erkennenden Gericht auszusagen, was den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit entspricht. Davon darf nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen abgegangen werden. Grundsätzlich trifft jeden geladenen Zeugen die Pflicht, vor Gericht zu erscheinen und wahrheitsgemäß auszusagen (§338 Abs1 ZPO). Die Pflicht, vor Gericht zu erscheinen, fällt weg, wenn der Zeuge aufgrund von Krankheit oder Gebrechlichkeit nicht imstande ist, seine Häuslichkeiten zu verlassen. Dann wird er von einem beauftragten oder ersuchten Richter in seiner Wohnung vernommen (§328 Abs2 ZPO). Generell enthält § 328 ZPO Möglichkeiten der mittelbaren Zeugenbeweisaufnahme, die bereits eingehend erörtert wurden. Die ZPO enthält jedoch auch Bestimmungen, die die Aufnahme des Zeugenbeweises grundsätzlich verhindern / erschweren. Es sind dies die Beweismittelverbote des § 320 ZPO und Zeugnisverweigerungsgründe des § 321. § 320 Z 1 betrifft jene Personen, welche zur Wahrnehmung oder Berichterstattung über das Wahrgenommene nicht fähig sind. Diese dürfen sinngemäß nicht als Zeugen vernommen werden. Z 2-4 untersagen die Vernehmung von Geistlichen, Staatsbeamten und Mediatoren über das, was sie in Ausführung ihres

¹³² Vgl § 305 Z 1-5 ZPO.

¹³³ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

Amtes in Erfahrung gebracht haben.¹³⁴ Diese Beweisverbote sind von Amts wegen wahrzunehmen. Geht das Gericht danach vor, kommt es gar nicht zum Erscheinen der Personen in der Verhandlung. Kommt es dennoch zu einer Vernehmung, wird das Ergebnis folglich dem Urteil zugrunde gelegt und bleibt dies weitestgehend sanktionslos.¹³⁵ Zur Rechtfertigung des § 320 ZPO iS der Wahrheitsfindung gilt das bereits zum Urkundenbeweis Gesagte. Vom Prozess unabhängige Interessen sind freilich zu schützen; es kommt dabei auf die Verhältnismäßigkeit an. Ähnlich verhält es sich auch mit den Zeugnisverweigerungsgründen des § 321 ZPO. Darin werden Personen von der Aussagepflicht befreit, die in bestimmten Funktionen vertrauliche Tatsachen erfahren konnten, und jene, die durch eine Aussage sich selbst oder Angehörigen Nachteile zufügen würden.¹³⁶ Diese Zeugnisverweigerungsgründe wirken nicht so streng wie die Beweisverbote. Sie sind nicht von Amts wegen wahrzunehmen. Das Gericht kann die betreffenden Personen dennoch laden und diese können dann entscheiden, trotzdem auszusagen. Wollen sie dies nicht tun und sind geladen, trifft sie zumindest die Pflicht, vor Gericht zu erscheinen. Damit ist dem Unmittelbarkeitsgrundsatz bereits in gewissem Maße gedient, da der Richter einen persönlichen Eindruck gewinnt und auch die Verweigerung der Aussage insgeheim berücksichtigt. Der Betreffende kann sich nicht einfach auf § 321 ZPO berufen. Darüber, ob ein Tatbestand dieser Norm erfüllt ist, entscheidet das Gericht mit Beschluss (§ 324 Abs 1 ZPO). Außerdem zieht auch der Verstoß gegen § 321 ZPO keine Sanktionen nach sich. Bei den Bestimmungen über die Zeugenvernehmung selbst steht der Unmittelbarkeitsgrundsatz wieder im Vordergrund. Die Vernehmung eines Zeugen erfolgt in Abwesenheit des nächsten Zeugen, damit eine gegenseitige Einflussnahme ausgeschlossen wird (§ 339 Abs 2 ZPO). Sollten Zeugen widersprüchliche Tatsachen behaupten, können sie einander gegenübergestellt werden (§ 339 Abs 4 ZPO). Dies ist eine wichtige Bestimmung iS der Unmittelbarkeit, da sich der Richter aufgrund der jeweiligen Reaktionen ein Bild davon machen kann, wer die Unwahrheit behauptet. Auch die Parteien können sich daran beteiligen und Fragen an die Zeugen stellen. Dabei ist § 289 ZPO sinngemäß anzuwenden. Das Gericht muss die Fragen allerdings zulassen. Abschließend ist zu sagen, dass §§ 320, 321 ZPO für die Unmittelbarkeit des Verfahrens einschränkend sind, da die Aussagepflicht

¹³⁴ Dabei handelt es sich im Gegensatz zu § 328 Z 1 ZPO um relative Beweisverbote, da die betreffenden Personen zu anderen Erlebnissen sehr wohl befragt werden können.

¹³⁵ Dazu wurde bereits zum Thema Beweisverbote einiges ausgeführt. Zu beachten ist die differenzierende Sicht von *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990) Rz 936.

¹³⁶ Zum näheren Vergleich siehe § 321 Abs 1 Z 1-6 ZPO.

beim Letzteren wegfällt und beim Ersteren sogar diese und die Erscheinungspflicht vor Gericht. Es ist daher auch insofern eine restriktive Auslegung geboten.

Der Sachverständigenbeweis wird in den §§ 351 – 367 ZPO geregelt. Der Sachverständige ist eine Person, die dem Richter besonderes Fachwissen mitteilt, das dieser selbst nicht hat. Typische Sachverständige sind etwa Ärzte oder Techniker. Grundsätzlich finden auf die Sachverständigenbeweisaufnahme dieselben Normen Anwendung wie bei den Zeugen (§ 367 ZPO). Das bedeutet, dass Gutachten von Sachverständigen prinzipiell auch der freien Beweiswürdigung unterliegen. In der Praxis ist ihre Stellung jedoch sehr dominant. Liegt ein Gutachten eines Spezialisten vor, kann der Richter selten ohne Grund davon abgehen. Was die Pflichten des Sachverständigen betrifft und wann diese wegfallen, sind die Bestimmungen über den Zeugenbeweis sinngemäß anzuwenden. Zudem kann natürlich nicht jede Person bestellt werden, sondern nur jene, die auch über das entsprechende Fachwissen verfügt.¹³⁷ Der Sachverständige kann aus denselben Gründen, aus denen der Zeuge seine Aussage verweigern kann, die Enthebung von der Bestellung fordern (§ 353 Abs 2 ZPO). § 321 ZPO ist folglich auch hier anwendbar. Die Problematik für die Wahrheitsfindung ist allerdings entschärft, da ein Sachverständiger im Gegensatz zum Zeugen ersetzbar ist. Wird jemand bestellt und es liegen die Voraussetzungen des § 321 ZPO nicht vor, ist er zum Erscheinen vor Gericht, zur mündlichen Erörterung seines Gutachtens und zur rechtzeitigen Abgabe von Befund und Gutachten verpflichtet. Auch beim Sachverständigenbeweis ist es grundsätzlich wichtig, dass dieser unmittelbar aufgenommen wird. § 352 Abs 1 ZPO schafft unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der mittelbaren Beweisaufnahme.¹³⁸ Weiters kann sich § 357 Abs 2 ZPO uU einschränkend auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz auswirken. Demnach muss der Sachverständige sein schriftliches Gutachten mündlich erläutern, wenn es der Richter verlangt. Es ist somit auch möglich, auf diese Mündlichkeit zu verzichten, wenn es der Richter so will. Darin ist ein Problem dahingehend zu sehen, weil dann ein Gutachten in aller Regel schriftlich ist. Die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit verlangen eine mündliche Erläuterung und Erklärung in jedem Fall (!). Außerdem ist § 289 Abs 1 ZPO zu bedenken. Die Parteien haben das Recht, an den Sachverständigen Fragen zum Gutachten zu stellen. Eine mündliche Erörterung des Gutachtens sollte somit generell geboten sein.

Der Augenscheinsbeweis ist in den §§ 368 – 370 ZPO geregelt. Darunter versteht man jede direkte Sinneswahrnehmung, die etwas über Eigenschaften und Zustände von Personen und

¹³⁷ Zu den genauen Voraussetzungen im einzelnen vgl § 353 Abs 1 ZPO.

¹³⁸ Dies wurde bereits eingehend unter 2a erörtert.

Sachen aussagt.¹³⁹ Trotz des Wortlautes fällt nicht nur Wahrnehmung durch Sehen darunter. Sinnvollerweise sollte dieser Beweis unmittelbar aufgenommen werden, da das Gericht sonst keine Wahrnehmung erlangen kann. § 368 Abs 2 erlaubt jedoch in großzügigem Umfang (Generalklausel) die mittelbare Beweisaufnahme. Dies ist eine bedenkliche Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und die Generalklausel darf keineswegs sachzielwidrig ausgedehnt werden. Umso schärfer zeigt sich die Problematik, da ein derartiger Beschluss (gemeint ist die Übertragung an einen ersuchten oder beauftragten Richter) nicht angefochten werden kann (§ 368 Abs 2 letzter Satz). § 369 ZPO bestimmt, dass die §§ 303- 307 ZPO über den Urkundenbeweis sinngemäß anzuwenden sind, wenn sich der Gegenstand beim Prozessgegner befindet. Zur Problematik dazu gilt das zum Urkundenbeweis Gesagte. Auch § 301 ZPO ist sinngemäß anzuwenden, wenn sich die Sache bei einer öffentlichen Behörde oder einem Notar befindet. Es wird der Fall nicht geregelt, wenn sich die Sache bei einem Dritten befindet.¹⁴⁰ Folglich kann angenommen werden, dass der Dritte überhaupt nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist. Dies ist in Fällen von starken Eingriffen in die Privatsphäre (wenn etwa die Wohnung betreten werden müsste) auch gerechtfertigt. Allerdings sollte in der Wahrheitsfindung eine Differenzierung getroffen werden. Muss der Dritte lediglich ein Kleidungsstück oder Schmuckstück kurzzeitig vor Gericht bringen, erscheint fragwürdig, ob dann der Schutz der Privatsphäre der Wahrheitsfindung vorzuziehen ist. Eine Interessenabwägung ist auch hierbei geboten. Auch sog Augenscheinsgehilfen würden eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bewirken. Sie sind deshalb gesetzlich nicht vorgesehen.¹⁴¹ Wird der Augenschein außerhalb der mündlichen Verhandlung vorgenommen, sind die Parteien hierzu zu laden. Manchmal kann ein solcher Ortsaugenschein förderlich oder gar notwendig sein (wenn etwa ein Haus in Augenschein genommen wird). Einschränkung für den Unmittelbarkeitsgrundsatz und bedenklich ist die Vorgehensweise der Bezirksgerichte in der Praxis, wonach über Örtlichkeiten meist ein Sachverständiger gehört wird, statt einen Ortsaugenschein vorzunehmen.

Schließlich ist die Parteivernehmung in Grundzügen zu erörtern. Dabei handelt es sich um die Vernehmung einer Partei, um Aufschlüsse über streitige Tatsachen zu erlangen. In dieser

¹³⁹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 639.

¹⁴⁰ Es ist allerdings zu beachten, dass auf Auskunftssachen gem § 318 Abs2 ZPO dieselben Bestimmungen Anwendung finden wie beim Urkundenbeweis. Daher ist eine Grenzziehung zu den Augenscheinsgegenständen von Nöten.

¹⁴¹ Zum näheren Vergleich siehe *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990).

Funktion gleicht die Partei somit dem Zeugen.¹⁴² Die Parteien haben ebenso die Pflicht, zu erscheinen und auszusagen, allenfalls unter Eid. Allerdings können weder das Erscheinen noch die Aussage erzwungen werden (§ 380 Abs 3). Die Abwesenheit wirkt sich jedoch höchst wahrscheinlich negativ auf das Interesse des Abwesenden aus, da das Gericht trotzdem mit der Beweisaufnahme fortfahren kann (§ 380 Abs 2). Zudem wird das Nichterscheinen oder Nichtaussagen in die freie Beweiswürdigung mit einfließen (§ 381 ZPO). Wie bereits erwähnt, ist die Unmittelbarkeit in diesem Fall besonders streng gewahrt. § 375 Abs 2 ZPO lässt eine mittelbare Beweisaufnahme nur zu, wenn unübersteigliche Hindernisse oder unverhältnismäßig hohe Kosten entgegenstehen. Die Auslegung muss freilich restriktiv sein. Auch bei den Beweisverboten und Zeugnisverweigerungsgründen ist eine Parallele zur Zeugenvernehmung zu erkennen. Liegen Gründe des § 320 ZPO vor, darf keine Vernehmung stattfinden (§ 372 ZPO). § 380 Abs 1 normiert, dass der Weigerungsgrund des § 321 Z 2 ZPO (Verweigerung der Aussage wegen Gefahr vermögensrechtlicher Nachteile) in diesem Fall nicht gerechtfertigt ist. Es stellt sich die Frage, ob eine Weigerung bei Vorliegen anderer Fälle des § 321 ZPO zulässig ist. Die Problematik ist dahingehend obsolet, dass die Parteien ohnehin nicht zur Aussage oder überhaupt zum Erscheinen gezwungen werden können. Es liegt in ihrem Interesse, wie viel sie preisgeben. Selbst wenn es gänzlich an der Unmittelbarkeit mangelt (gemeint ist etwa der Fall, dass die Partei nicht erscheint), kann der Richter diese Verhaltensweise entsprechend würdigen und in die Urteilsfällung integrieren. Die einschränkenden Normen sind in der Praxis nicht wirklich einschneidend für den Unmittelbarkeitsgrundsatz, da es meist im Interesse der Parteien liegt, zu erscheinen und zur Sache auszusagen.

Abgesehen von den bereits erörterten Bestimmungen, die allesamt auf das Verfahren erster Instanz Anwendung finden, gibt es eine generelle Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips im Rechtsmittelverfahren. Die bedeutendste Norm diesbezüglich ist § 492 Abs 1 ZPO. Dem zu Folge können Parteien auf eine mündliche Berufungsverhandlung verzichten. Ein Verzicht wird bereits angenommen, wenn Gegenteiliges nicht ausdrücklich beantragt wird. Zwar wird der Anschein erweckt, dass die mündliche Verhandlung die Regel sei, in Wirklichkeit ist jedoch das Gegenteil der Fall. Nur selten wird eine solche beantragt. Die Entscheidung fällt dann in nichtöffentlicher Sitzung.¹⁴³ Entfällt die mündliche Verhandlung, sind freilich alle Grundsätze, die dar-

¹⁴² Von der Parteienvernehmung sind die Sachvorträge der Parteien zu unterscheiden, die keine Akte der Beweisaufnahme sind.

¹⁴³ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs (1927).

auf beruhen, außer Kraft gesetzt. Es braucht nicht diskutiert zu werden, dass diese Vorgehensweise in der Praxis eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips und große Einschränkung der Wahrheitsfindung bedeutet. Es lässt sich va daraus erklären, dass der Schwerpunkt des Prozesses in der österreichischen Rechtsordnung in erster Instanz liegt.¹⁴⁴ Die Dominanz des erstinstanzlichen Verfahrens zeigt sich auch in einer weiteren Besonderheit des österreichischen Zivilprozessrechtes, namentlich im Neuerungsverbot. § 482 Abs 1 ZPO normiert, dass in der Berufung weder neue Anträge noch neue Einreden erhoben werden dürfen. Neue Tatumstände und Beweise dürfen nur geltend gemacht werden, wenn sie zur Darlegung oder Widerlegung der genannten Berufungsgründe dienen (§ 482 Abs 2 ZPO). Auch erlaubt §488 Abs1 ZPO die Wiederholung oder Ergänzung eines bereits in erster Instanz aufgenommenen Beweises, sofern es das Gericht für die Entscheidung als notwendig erachtet. *Rechberger* sieht überdies eine natürliche Grenze des Neuerungsverbotes darin, wenn die Sache zur neuerlichen Verhandlung an das erstinstanzliche Gericht zurückverwiesen wird.¹⁴⁵ Dazu muss gesagt werden, dass es sich dann gewissermaßen wieder um das erstinstanzliche Verfahren handelt, wo das Neuerungsverbot ohnehin nicht greift. Somit ist fraglich, ob man hier von den dessen Grenzen sprechen kann. Für das Verfahren in zweiter Instanz stellt das Neuerungsverbot jedenfalls eine gravierende Einschränkung der Wahrheitsfindung dar.

Selbst wenn es zu einer mündlichen Berufungsverhandlung kommt, stellt sich die Frage nach der Durchsetzung der Unmittelbarkeit. In der Praxis pflegt das Berufungsgericht selten die Wiederholung der Beweisaufnahme. Wenn Beweisergänzungen notwendig sind, wird meist nach Fassung eines Beweisschlusses unmittelbar in das Stadium des ergänzenden Verfahrens eingetreten.¹⁴⁶ Damit entsteht eine ähnliche Situation wie bei einem Richterwechsel. Das Urteil wird nicht von denjenigen Richtern gefällt, die die Beweise selbst aufgenommen haben. Die persönliche Unmittelbarkeit scheint verletzt. § 412 Abs 2 ZPO erklärt bei einem Richterwechsel die Verwendung der Akten für zulässig. Ebenso wird hier vorgegangen. Es ist zu hinterfragen, ob dies gerechtfertigt ist. *Bajons* sieht den Unterschied va darin, dass das Berufungsgericht eine abgeschlossene Beweiswürdigung vor sich hat, während dies bei einem einfachen Richterwechsel nicht der Fall ist. Soweit keine Beweiswiederholung erfolgt, ist das Berufungsgericht an die Tatsachenfeststellungen, somit auch an die Beweiswürdigung des Erstgerichtes zumindest partiell

¹⁴⁴ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990).

¹⁴⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003) Rz 825.

¹⁴⁶ *Bajons*, FS Fasching (1988) 21.

gebunden. Sollte die Beweisergänzung zu dem Ergebnis führen, dass die in erster Instanz aufgenommenen Beweise nun auch in ein anderes Licht rücken, ist eine neue Gesamtwürdigung geboten. Dabei tritt das Problem wieder in den Vordergrund, dass das Berufungsgericht die Beweisaufnahme nicht selbst durchgeführt hat. §412 Abs2 ZPO kann somit keine Abhilfe verschaffen. In historischer Interpretation wird §281a ZPO auch in diesem Fall für anwendbar gehalten.¹⁴⁷

Geht man allein vom Wortlaut des § 281a ZPO aus, ist nur der Fall des erstinstanzlichen Verfahrens bedacht. Interpretiert man diese Vorschrift historisch, kann sie auch auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung finden.¹⁴⁸ Demzufolge wird von der Rsp und einem Teil der Lehre die Meinung vertreten, dass § 281a ZPO sowohl bei der Beweisergänzung als auch der Beweiswiederholung des Berufungsgerichtes anwendbar ist. Ein anderer Teil der Lehre versucht zu differenzieren. So wird die mittelbare Vorgehensweise bei der Beweiswiederholung grundsätzlich als zulässig erachtet, sollte jedoch eine Grenze finden bei den wichtigsten Zeugen, wenn es Bedenken gegen die erstinstanzliche Beweiswürdigung gibt. Diese sind jedenfalls persönlich zu vernehmen, da es ansonsten schwer vorstellbar ist, dass das Berufungsgericht durch bloße Verlesung der Protokolle die Beweiswürdigung des Erstgerichtes gebührend überprüfen kann.¹⁴⁹ Freilich ist es nur dann notwendig, wenn sich der persönliche Eindruck in irgendeiner Weise auf die Beweiswürdigung ausgewirkt hat, was allerdings meist nicht ausgeschlossen werden kann. Ein anderer Teil der Lehre spricht sich generell gegen diese großzügige Anwendung des § 281a ZPO oder gar gegen die Bestimmung selbst aus. Ihrer Meinung nach ist die Unmittelbarkeit so essentiell für den Zivilprozess, dass ihre derartige Zurückdrängung nicht in Kauf genommen werden kann. Es wird Bezug genommen auf die Verbindung zur Mündlichkeit, richterlicher Prozessleistungsbefugnis und der freien Beweiswürdigung, die den Unmittelbarkeitsgrundsatz so wichtig und unentbehrlich machen.¹⁵⁰ Lässt man die mittelbare Beweisaufnahme in so umfangreichem Ausmaß zu, sind zudem all jene Grundsätze verletzt, die mit der Unmittelbarkeit eine Einheit bilden. *Bajons* sieht die Notwendigkeit zur Einhaltung der Unmittelbarkeit zudem aus folgendem Grund: Die Kontrolle der erstgerichtlichen Beweiswürdigung ist als eine originäre Funktion des Berufungsgerichtes anzusehen. In zweiter Instanz soll keine Entscheidungsgrundlage neu gewonnen werden, denn diese liegt ja bereits vor, sondern sind die wertenden Ableitungen daraus zu überprüfen. Darin besteht der Unterschied zum herkömmlichen Anwendungsbereich des §

¹⁴⁷ *Bajons*, FS Fasching (1988).

¹⁴⁸ Abzulesen aus den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der ZVN 1983.

¹⁴⁹ *Petrasch*, ÖJZ 1985, 263.

¹⁵⁰ *Sprung*, JBl 1981, 346.

281a ZPO, wo das gegenständliche Verfahren mit dem früheren sachlich nicht zusammenhängt. Von bestimmten Schlüssen und Überzeugungen, die sich der erstinstanzliche Richter aufgrund der unmittelbaren Beweisaufnahme gebildet hat, kann das Berufungsgericht nur abgehen, wenn es ebenso einen persönlichen Eindruck gewinnt. Die Verlesung von Verhandlungsprotokollen kann in diesem Lichte gesehen nicht genügen. Nach *Bajons* fehlt es somit an einem sachlichen Anwendungsbereich des § 281a ZPO in diesem Fall.¹⁵¹ Demnach ist in der Berufungsverhandlung, wenn die Beweismwürdigung des Erstrichters angezweifelt wird, die Unmittelbarkeit zu wahren. Die Möglichkeit des Verzichts darauf oder der Disposition darüber wird verneint. Dazu gilt das bereits zum allgemeinen Unmittelbarkeitsgrundsatz Ausgeführte. Wichtig ist, dass das Berufungsgericht unabhängig von der Einstellung der Parteien nicht dazu verhalten ist, bloß fremde Beweisergebnisse zu übernehmen. Es sollte stets in der Lage sein, die Art der Beweisaufnahme zu wählen, von der es sich die bestmögliche Erörterung der Sachlage verspricht. Das gilt generell für die mündliche Berufungsverhandlung. § 492 Abs 2 ZPO normiert, dass eine mündliche Verhandlung stets anzuberaumen ist, wenn dies der Berufungsgrund erforderlich macht. Ein eventueller Verzicht der Parteien vermag daran nichts zu ändern.

Zum Schluss dieses Kapitels sollen in Grundzügen die divergierenden Meinungen in Lehre und Rsp zur Rechtmäßigkeit der zahlreichen Einschränkungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes erläutert werden. Die Vertreter der strengen Unmittelbarkeit sehen in den Einschränkungen teils gravierende Aushöhlungen dieses Grundsatzes. Einige Bestimmungen, va jene, die rein prozessökonomischen Gründen dienen, werden als bedenklich gesehen. *Rechberger* meint, dass die ZPO in erstaunlich großem Umfang die Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter ermöglicht und mit Einführung des § 281a ZPO eine schwerwiegende Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes eingeführt hat, die teleologisch einzuschränken ist.¹⁵² Er verweist auf die Bedeutung dieses Grundsatzes für die Aufklärung des Sachverhalts. Auch andere sehen in den zahlreichen Ausnahmbestimmungen eine Verletzung der Unmittelbarkeit, die nicht in Kauf genommen werden kann. *Sprung* betont speziell im Zusammenhang mit § 281a ZPO, dass diese Bestimmung die Unmittelbarkeit in einer Weise zurückdränge, die den Intentionen des historischen Gesetzgebers klar zuwiderlaufe. Er sieht in der Aufgabe dieses Prinzips eine Gefährdung all jener Verfahrensgrundsätze, die den österreichischen Zivilprozess in seiner Ge-

¹⁵¹ *Bajons*, FS Fasching (1988) 49ff.

¹⁵² *Rechberger in Rechberger*, Kommentar zur ZPO (1994) Rz 30.

samtheit konstituieren.¹⁵³ Gemeint sind iEL die Grundsätze des „fair trial“, die ja in vielerlei Hinsicht zusammenhängen und sich bedingen.

Eine Gegenmeinung sieht dies relativiert. *Fasching* etwa ist Vertreter einer „vernünftigen Lockerung“ des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Einschränkende Bestimmungen wie §281a ZPO sieht er als gerechtfertigt an. Überhaupt sei der Unmittelbarkeitsgrundsatz dann zu lockern, wenn er aus Gründen der Verfahrenskonzentration dem Prozess hinderlich ist und zudem keine Verbesserung der Erkenntnismöglichkeiten bringt. Das Prinzip dürfe nicht als „prozessideologisches Grundsatzdogma“ behandelt werden, sondern sei vielmehr „eine Frage prozessualer Zweckmäßigkeit.“¹⁵⁴ Demnach sind die Einschränkungen der ZPO notwendig und auch „sachgeboten“.¹⁵⁵ Auch *Schoibl* sieht in der strengen Durchsetzung des Grundsatzes eine Verlangsamung und Verteuerung des Verfahrens. Die Zweckmäßigkeit des gesamten Verfahrens sollte demnach im Vordergrund stehen.¹⁵⁶ ME fehlt es bei dieser Sichtweise an einer Differenzierung. Sicherlich sind bestimmte einschränkende Bestimmungen gerechtfertigt, gar notwendig für das Verfahren (zu denken ist etwa an §§ 281a Z 1 lit b, 328 Abs 1 Z 4 ZPO öä), andere stellen jedoch alleine die Prozessökonomie in den Vordergrund und werden einem fairen Verfahren (va bei extensiver Auslegung) nicht gerecht. Gerade § 281a ZPO, der in der Praxis großzügig angewandt wird, ist als bedenklich zu erachten. Diese Bestimmung verletzt nebst zwei Aspekten des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (die sachliche und persönliche Seite) auch den Mündlichkeitsgrundsatz. Ferner ist zu überlegen, ob nicht auch das Recht auf rechtliches Gehör beeinträchtigt sein kann, wenn einer Partei die Möglichkeit entzogen wird, Fragen direkt an einen Zeugen oder Sachverständigen zu stellen. Die Tatsache, dass die Parteien dennoch eine unmittelbare Beweisaufnahme beantragen können, ändert daran auch nichts, da der Prozess wie erwähnt eine staatliche Wohlfahrtseinrichtung ist, die von Amts wegen bestimmte Qualitäten eines fairen Verfahrens garantieren muss. Ich stimme dem Argument zu, dass der Grundsatz nicht als starres Prinzip, sondern als Mittel zum Zweck zu betrachten ist. Zweck ist in dem Fall die möglichst reibungslose und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, die letztlich zu einer inhaltlich richtigen Entscheidung führt. Freilich ist anzuerkennen, dass die Wahrheitsfindung nicht einziger Zweck eines Verfahrens ist. Auch Aspekte wie Ökonomie, Erledigung in angemessener Zeit und Vereinfachung des Verfahrens sind zu beachten. Bringt die Unmittelbarkeit in bestimmten Fällen tat-

¹⁵³ *Sprung*, Zielsetzung für eine Zivilprozessreform, JBl 1981, 346.

¹⁵⁴ Vgl *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990) Rz 671 ff, 677; *derselbe* JBl 1982, 124.

¹⁵⁵ *Fasching*, Zivilprozessrecht (1990) Rz 673.

¹⁵⁶ *Schoibl*, Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts (1987) 80.

sächlich keine Erweiterung der Erkenntnismöglichkeiten, ist eine Einschränkung mE gerechtfertigt. Das Problem daran ist, dass ein derartiger Fall schwerlich als vorliegend erkannt werden kann. Va bei Zeugenbeweisen ist kaum denkbar, dass das Gericht von vornherein ausschließen kann, dass die persönliche Vernehmung mehr Aufschlüsse bringen kann. So gesehen kann die Unmittelbarkeit bis auf einzelne Ausnahmefälle nicht sogleich als entbehrlich, weil unnötig für die Erkenntniserweiterung, angesehen werden. Erscheinen die Chancen auf bessere Aufklärung gering und stehen der unmittelbaren Beweisaufnahme schwerwiegende Gründe der Verfahrenskonzentration entgegen, sind diese zu würdigen und uU vorzuziehen. Es ist zu bedenken, dass alle Prozessgrundsätze idS nur „Mittel zum Zweck“ sind. Anzustreben ist eine endgültige und inhaltlich richtige Erledigung der Sache in einer angemessenen Zeit, unter zumutbaren Bedingungen und Aufwendungen aller Beteiligten. Dafür müssen oft verschiedene gegenläufige Interessen ausgeglichen und harmonisiert werden. Da in der Praxis jedoch eine stete Zurückdrängung der Unmittelbarkeit erkennbar ist, scheint dieses Ziel gefährdet. Manche Normen oder/und ihre Anwendung in der Praxis sind im Lichte dieses „Gesamtzieles“ jedenfalls als unverhältnismäßig einzustufen.

f) Zusammenhang mit Art 6 EMRK – Einschränkungen gerechtfertigt?

Grundsätzlich wird das Unmittelbarkeitsprinzip nicht ausdrücklich auf Verfassungsebene normiert. Art 6 Abs1 EMRK statuiert das Recht auf ein faires Verfahren sowohl im Zivil- als auch im Strafprozess. Express verbis genannt werden nur die Grundsätze der Öffentlichkeit und der Mündlichkeit. Die Öffentlichkeit sollte sowohl während der Verhandlung als auch bei Urteilsfällung vorherrschen. Aufgrund der genannten direkten Zusammenhänge mit diesen beiden Grundsätzen kann mE ein Gebot zur Unmittelbarkeit aus Art 6 EMRK interpretativ abgeleitet werden. Außerdem kann auch durch Prüfung des Wortlautes der Bestimmung derselbe Schluss gezogen werden. Denn sie räumt den Parteien das Recht ein, dass ihre Sache „in billiger Weise“ gehört wird. Dies meint einen Verlauf des Verfahrens, der die ausschöpfende Wahrheitsfindung und eine in gewissem Maße „gerechte“ Sachentscheidung zum Ziel hat. Dies wäre nicht zu erreichen ohne Beachtung des essentiellen Unmittelbarkeitsgebotes. Zudem wird von „angemessener Frist“ gesprochen. Dies kann ein Gebot zur Verfahrenskonzentration sein, aber auch eine Facette

der zeitlichen Unmittelbarkeit ausdrücken.¹⁵⁷ Schließlich muss die Überschrift der Bestimmung beachtet werden. Es wird vom „fairen Verfahren“ gesprochen, wozu auch die Effektivität des Rechtsschutzes gehört.¹⁵⁸ Diese ist nur gewährleistet, wenn sämtliche Aspekte des Unmittelbarkeitsgrundsatzes berücksichtigt werden. ZB kann nicht von einem fairen Verfahren gesprochen werden, wenn das Urteil von einem Richter ausgesprochen wird, der nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hat (Verstoß gegen die persönliche Unmittelbarkeit). Dies wäre nicht anders, selbst wenn es sich um einen unparteiischen Richter handelt. Eine Verlesung des Protokolls statt einer tunlichen direkten Zeugenvernehmung würde ebenfalls dem Gedanken eines effektiven Rechtsschutzes widersprechen. Somit können die Elemente des Unmittelbarkeitsgrundsatzes unter Art 6 Abs 1 EMRK subsumiert werden.

Die EMRK wurde in die österreichische Rechtsordnung auf Verfassungsebene inkorporiert, das Recht auf ein faires Verfahren ist somit ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Grundrecht. Doch ist sie nicht die einzige verfassungsrechtliche Quelle des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Eine weitere relevante Bestimmung ist Art 90 Abs1 B-VG. Dieser schreibt vor, dass die Verhandlungen in Zivil- und Strafrechtssachen vor dem erkennenden Gericht mündlich und öffentlich zu sein haben. Auch hier ist zu beachten, dass die Zivilgerichtsbarkeit ausdrücklich erwähnt wird. Mittels teleologischer Interpretation kann der Norm ebenfalls ein Gebot zur Unmittelbarkeit entnommen werden. Betrachtet man den Unmittelbarkeitsgrundsatz als verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Verfahrensrecht, müssen einfachgesetzliche Ausnahmebestimmungen der Verhältnismäßigkeitsprüfung¹⁵⁹ standhalten. Verhältnismäßig ist eine einschränkende Norm dann, wenn sie ihrerseits ein legitimes öffentliches Ziel verfolgt. Das eingesetzte Mittel (die Einschränkung) selbst muss geeignet und auch notwendig sein, um dieses Ziel zu erreichen. Zuletzt muss das Verhältnis zwischen dem Ziel und der Stärke des Eingriffs angemessen sein. Dabei handelt es sich um die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn. Bei einer derartigen Prüfung kommt es immer auch zu einer Interessenabwägung, genauer einer Abwägung der unterschiedlichen Ziele. Je wichtiger ein Ziel scheint, desto schwerwiegender wirkt seine Einschränkung. Dem muss ein gewichtiges Ziel gegenüberstehen, um dies zu rechtfertigen.

¹⁵⁷ Gemeint ist das Prinzip, wonach eine Beweisaufnahme möglichst rasch nach dem zu beweisenden Ereignis durchgeführt werden soll (*Fasching in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1,2002).

¹⁵⁸ *Öhlinger*, Verfassungsrecht (2007); außerdem ausgeführt im Erkenntnis des VfGH, VfSlg 10.291/1984).

¹⁵⁹ Genau behandelt in *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2005).

Im Lichte dessen gesehen stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit einiger bereits genannter Bestimmungen. Wendet man diese Prüfung auf § 281a ZPO an, ergibt sich, dass die Bestimmung eine Einschränkung der Unmittelbarkeit bedeutet. Es wird also in deren Schutzbereich eingegriffen. Zur Rechtfertigung ist zu sagen, dass ein legitimes Ziel erreicht werden soll, namentlich die Verfahrenskonzentration. Das eingesetzte Mittel ist sicherlich geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Bejaht man auch die Notwendigkeit, ist mE dennoch zuletzt das Verhältnis zwischen dem zu erreichenden Ziel und der Schwere des Eingriffs nicht gegeben. Natürlich ist es wichtig, das Verfahren zu vereinfachen und Kosten zu sparen. § 281a ZPO ermöglicht aber die mittelbare Beweisaufnahme in einem sehr großen Ausmaß. „Ein anderes gerichtliches Verfahren“ bezieht sich auf Prozesse aller Art wie zB auch ein Verfahren im Ausland. Durch die allgemein gehaltene Formulierung wird die Bestimmung auch auf Rechtsmittelverfahren angewendet, was, wie bereits ausgeführt, nicht rechtmäßig ist iS der Wahrheitsfindung. Fazit ist, dass der Eingriff in die Unmittelbarkeit gravierend ist. Betrachtet man das entgegengesetzte Ziel, so ist zu sagen, dass wiederum die allgemeine Regelung des § 281a dieses zu sehr hervorhebt und es an einer Differenzierung fehlt. Die Verhältnismäßigkeit wäre eventuell gegeben, wenn die mittelbare Beweisaufnahme etwa nur dann durchgeführt werden kann, wenn die erneute unmittelbare erschwert oder mit hohen Kosten verbunden wäre. Eine unmittelbare Beweisaufnahme, die tunlich und nicht besonders aufwendig wäre, einfach zu umgehen, nur weil Ergebnisse aus einem früheren Verfahren vorliegen, bevorzugt zu sehr die Verfahrenskonzentration vor dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und ist nicht verhältnismäßig. Verfolgt man den Gedanken weiter, wäre die Bestimmung nicht gerechtfertigt und somit verfassungswidrig, weil sie Art 6 EMRK verletzt.¹⁶⁰

Prüft man die Normen des Rechtshilfeverfahrens, stellt sich gleichfalls die Frage der Rechtfertigung einiger Bestimmungen. Besonders der Eingriff des § 328 Abs 1 Z 3 würde mAn einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalten. Die Verletzung der Unmittelbarkeit ist in diesem Fall gravierend, da es um die essentielle Zeugenaussage geht. Das Ziel ist jedoch rein prozessökonomischer Natur und sollte gegenüber der Wichtigkeit der unmittelbaren Zeugenaussage nicht überwiegen. Abhilfe verschafft in abgeschwächter Form § 328 Abs 4. Demnach ist im Falle des § 328 Abs 1 Z 3 der Zeuge dennoch vor das erkennende Gericht zu laden, wenn sich die das beantragende Partei bereit erklärt, die damit verbundenen Mehrkosten zu tragen. Diese

¹⁶⁰ Von dieser Überlegung ist §281a Zi1 litb ZPO auszunehmen, weil hier die Verhältnismäßigkeit jedenfalls vorhanden ist. Genauer gesagt liegt diesfalls nicht einmal ein Eingriff vor, da eine unmittelbare Beweisaufnahme gar nicht möglich wäre.

werden ihm nicht ersetzt, worin ein Problem gesehen werden kann. Denkt man etwa an einen ausländischen Augenzeugen, dessen persönliche Aussage von immenser Wichtigkeit sein kann, widerspricht es der Wahrheitsfindung, sich mit der Verlesung derselben zu begnügen. Anfallende Reise- und Unterbringungskosten sind freilich für eine Privatperson, die etwa ohnehin auf Verfahrenshilfe angewiesen ist, meist sehr belastend, weshalb sie sich oft dafür entscheiden wird, auf die persönliche Ladung des Zeugen zu verzichten.

Die Bestimmungen über die mittelbare Beweisaufnahme bei Sachverständigen- und Augenscheinbeweisen enthalten teils Generalklauseln.¹⁶¹ Diese verlagern die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sozusagen auf die Ebene der Rechtsanwendung. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die mittelbare Beweisaufnahme notwendig und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Wichtig ist eine restriktive Auslegung. Dies ist bei der Parteienvernehmung in noch stärkerem Ausmaß der Fall. § 375 Abs 2 enthält ebenfalls Generalklauseln, die auch an anderen Stellen vorkommen. Die Auslegung muss in diesem Fall besonders eng sein, da die Unmittelbarkeit der Parteienvernehmung wie gesagt besonders zu wahren ist.

Andere Bestimmungen, die unter 2e erörtert wurden,¹⁶² können nicht mehr der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden, zumindest nicht im Hinblick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz, da dessen Schutzzweck nicht derartig weit reicht.

Schließlich ist noch hinzuzufügen, dass die Grundrechte nicht nur einen Anspruch auf Schutz und Duldung gegen den Staat einräumen, sondern auch eine aktive Herstellung der nötigen Verhältnisse. Dies bekräftigt umso mehr die Sicht, dass das Gericht Regeln der Unmittelbarkeit auch unabhängig von eventuellen Anträgen der Parteien wahren muss. Dass die Parteien ihrerseits die unmittelbare Beweisaufnahme beantragen können, macht somit Bestimmungen wie etwa § 281a ZPO für sich allein noch nicht verhältnismäßig.

g) Handhabung in der Praxis – Richtungsweisende Gerichtsentscheidungen

Die Vorgehensweise der Rsp neigt bei der Zielabwägung im Großen und Ganzen zur Verfahrenskonzentration. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz wird in vielen Fällen eingeschränkt und ausgehöhlt. Gesetzliche Ausnahmebestimmungen werden großzügig herangezogen und teilweise

¹⁶¹ Vgl §§ 352 Abs 1, 368 Abs 2.

¹⁶² Gemeint sind jene, die im Ergebnis eine Einschränkung der Unmittelbarkeit bewirken können, in erster Linie jedoch andere Rechtsfragen regeln, wie zB die Zeugnisverweigerungsgründe der §§ 320, 321.

extensiv interpretiert. Auch strittige Fragen, die im Gesetz keine eindeutige Antwort finden, werden eher zu Gunsten der Verfahrenskonzentration gelöst. Gemeint ist an dieser Stelle va die Frage nach der Verzichtbarkeit des Unmittelbarkeitsprinzips. Während ein Teil der Lehre dies eindeutig verneint,¹⁶³ ist die Rsp anderer Meinung und geht dabei sogar von einem extremen Ausgangspunkt aus. Richtungsweisend dazu ist eine **Entscheidung des OGH vom 14.10.1992**.¹⁶⁴ Dabei geht es um ein Rechtshilfeersuchen des Landesgerichtes an ein BG. Es betrifft einen Verkehrsunfall. Die Parteien erklären sich damit einverstanden, dass der Ortsaugenschein und die Vernehmung der Zeugen und Parteien im Rechtshilfeweg und insofern mittelbar erfolgen. Das BG lehnt das Rechtshilfeersuchen ab, da die Vorgehensweise den Unmittelbarkeitsgrundsatz verletzen würde. Es lägen die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor, die eine mittelbare Beweisaufnahme rechtfertigten. Dem OGH oblag daher die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Rechtshilfe seitens des Bezirksgerichtes. § 37 Abs 3 JN normiert explizit lediglich, dass ein Rechtshilfeersuchen dann abgelehnt werden kann, wenn das ersuchte Gericht örtlich unzuständig ist. Dies ist jedoch nicht der einzige Ablehnungsgrund. Lehre und Rsp erachten auch die Unerlaubtheit und Unbestimmtheit der begehrten Rechtshilfe als zulässige Gründe. Der OGH stellt zunächst klar, dass die prozessuale Richtigkeit des Rechtshilfeersuchens nicht der Prüfung und Beurteilung des ersuchten Gerichtes unterliegt.¹⁶⁵ Zudem könne die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht als unerlaubte Vorgehensweise gesehen werden, da die Parteien auf die Einhaltung der Unmittelbarkeit ausdrücklich verzichten können. Diese Feststellung ist die das zentrale Argument im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Thema. Der Gerichtshof erachtet nämlich den Unmittelbarkeitsgrundsatz ausdrücklich für verzichtbar und lässt in Bezug auf ihn Dispositionsmöglichkeiten der Parteien zu. Er sagt hierzu folgendes: “Eine Verletzung stellt keinen Nichtigkeitsgrund dar, vielmehr können die Parteien auf die Einhaltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ausdrücklich verzichten. Dies haben sie im vorliegenden Fall auch getan und sich mit der Vornahme der Beweisaufnahmen im Rechtshilfeweg einverstanden erklärt, sodaß dem Rechtshilfegericht jegliche Berechtigung mangelt, der auf der freien Parteidisposition beruhenden Vorgangsweise des ersuchenden Gerichtes nicht zu entsprechen.“

¹⁶³ Ausführlich erörtert unter 2b.

¹⁶⁴ 2 Nd 25/92.

¹⁶⁵ Diese Schlussfolgerung wurde ua in der Entscheidung 8 Nd 3/86 ausgesprochen.

Die mit dieser Sichtweise verbundenen Ungereimtheiten wurden bereits ausgeführt. Der Haupteinwand ist mE, dass sie den Zivilprozess als staatliche Einrichtung, die eine ihm vorgelegte Sache inhaltlich richtig entscheiden soll, nicht ausreihend würdigt. Es scheint höchst bedenklich, dass die Parteien ein Verfahren zwar einleiten und vom Gegenstand her festlegen, das Gericht jedoch daran hindern können, die zur Erledigung notwendigen Maßnahmen zu treffen. In diesem Fall beantragen die Parteien die Vornahme eines Ortsaugenscheins und die Vernehmung der Zeugen und Parteien im Beisein eines Sachverständigen an Ort und Stelle. Bei all diesen Beweisaufnahmen ist zu hinterfragen, warum sie nicht ebenso unmittelbar erfolgen können. Während § 368 Abs 2 ZPO für den Ortsaugenschein eventuell als anwendbar betrachtet werden kann, ist die mittelbare Zeugen- und Parteienvernehmung keinesfalls gerechtfertigt. Die Gründe des §§ 328, 375 Abs 2 ZPO liegen im konkreten Fall nicht vor. Eine mittelbare Beweisaufnahme in dem Fall wäre hier somit keinesfalls vom Gesetz gedeckt, sondern unterläge alleine dem Willen der Parteien. Die Wichtigkeit der unmittelbaren Vernehmung ist auch in diesem Fall gegeben. Die Parteien, aber auch die Zeugen (zu denken ist etwa an einen Beifahrer, der ein Angehöriger einer Partei ist) könnten die Unwahrheit behaupten, um eine für sie bzw die ihnen nahestehenden Personen positive Entscheidung des Verfahrens zu erreichen. Eventuelle Reaktionen, Verhaltensweisen und Ungereimtheiten müssten unbedingt für das erkennende Gericht erkennbar bleiben. Durch die beantragte Vorgehensweise kommt es allerdings vor diesem nur zu einer Verlesung und der persönliche Eindruck fehlt. Folgt man dem Gesetz und auch dem Grundgedanken des Zivilprozesses, ist dies eine ungerechtfertigte Aushöhlung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.

Dieser Entscheidung sind zahlreiche ältere Entscheidungen vorausgegangen, die im Wesentlichen dasselbe aussagen. Die Rsp geht eindeutig von der Verzichtbarkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes aus. Was allerdings die Form eines wirksamen Verzichtes betrifft, hat sich die Ansicht des OGH mit der Zeit verändert. Es gab zunächst die Meinung, dass ein Verzicht gar nicht ausdrücklich sein muss, um Wirksamkeit zu erlangen.¹⁶⁶ Eine **Entscheidung des OGH vom 13.11. 1973**¹⁶⁷ schreibt dann eine strengere Form vor. Demnach liegt ein wirksamer Verzicht nur vor, wenn die Parteien dies dem Gericht ausdrücklich mitteilen. In diesem Fall ging es um die Parteienvernehmung. Eine der Parteien wird im Rechtshilfeweg vernommen, ohne dass die andere dies ausdrücklich rügt. Es stellte sich die Frage, ob dies nun ein wirksamer Verzicht

¹⁶⁶ JBl 1953,659.

¹⁶⁷ 8 Ob 221/73; auf diesen und folgende Sachverhalte wird nicht eingegangen, um Ausuferung zu vermeiden.

auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz ist. Der Gerichtshof führte aus, dass es nicht genügt, die Verlesung der Aussage der im Rechtshilfeverfahren vernommenen anderen Partei zu dulden. Ein Verzicht sei nur dann wirksam, wenn die Partei ausdrücklich die Verlesung dieser Aussage beantragt. Der OGH spricht vom Verzicht auf die Unmittelbarkeit „im Hinblick auf die einer neuerlichen Vernehmung entgegenstehenden Hindernisse.“ Klar ist, dass damit nicht die Hindernisse iS des § 375 Abs 2 ZPO gemeint sind. Würden diese vorliegen, wäre die mittelbare Beweisaufnahme ohnehin zulässig oder sogar notwendig. Zu denken ist an Gründe, die nicht derart schwerwiegend sind und die es einer Partei dennoch einfacher erscheinen lassen, auf die Unmittelbarkeit zu verzichten. Diese Dispositionsmöglichkeiten, die mE den Absichten des Gesetzgebers freilich gleichfalls nicht entsprechen, sind wie vielfach gesagt äußerst bedenklich. Wenn der OGH einen wirksamen Verzicht schon zulässt, ist allerdings die Aussage dieser Entscheidung zu begrüßen. Es muss zweifelsfrei sein, dass die Partei auf die Rechte aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz verzichtet. Dies kann sie nur, wenn sie diese kennt und unter Abwägung der Schwierigkeiten entscheidet, welche Vorgehensweise vorteilhaft ist. Bedenkt man, dass es in dieser Hinsicht keine Aufklärungspflicht seitens des Gerichtes gibt, muss eine entsprechende Form für die Wirksamkeit eines Verzichtes gefordert werden.

In diesem Zusammenhang ist auch eine **Entscheidung des OGH vom 15.02.1973**¹⁶⁸ zu nennen. Darin wird allgemein die Form eines Verzichtes ausgesprochen. „Ein ausdrücklicher Verzicht der Parteien auf die Einhaltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bei Beweiswiederholung und Beweisergänzung ist zulässig. Der Verzicht muß ausdrücklich sein und im Protokoll beurkundet werden.“ Dies betrifft zwar die Vorgehensweise bei der Berufungsverhandlung, kann jedoch auch für das Verfahren erster Instanz herangezogen werden.

Zu hinterfragen ist, ob auch Anforderungen an den Zeitpunkt des Verzichtes gestellt werden sollen. ME sollte es nicht zulässig sein, bereits zu Beginn eines Verfahrens auf die Unmittelbarkeit im Ganzen zu verzichten. Der Verzicht sollte höchstens bestimmte Beweismittel betreffen, die die verzichtende Partei kennt und von deren unmittelbarer Aufnahme sie sich keine umfassendere Aufklärung erwartet. Ein genereller (Voraus-)Verzicht auf die Unmittelbarkeit des Verfahrens darf, unabhängig von der Form, keinesfalls zulässig sein (!).

Da die Umstände des Einzelfalls vielfältig sein können, ist teilweise unklar, was bereits als ein ausdrücklicher Verzicht zu werten ist. In der **Entscheidung des OGH vom 22.05.1975**¹⁶⁹

¹⁶⁸ 6 Ob 28/73.

¹⁶⁹ 2 Ob 104/75.

geht es um die Verwendung von Beweisprotokollen aus früheren gerichtlichen Verfahren. Die Erklärung, die Skizze und Lichtbilder im verlesenen Strafakt gäben eine betreffende Örtlichkeit richtig wieder, kann als Verzicht auf Wiederholung des Lokalaugenscheins durch das erkennende Gericht verstanden werden. Der OGH spricht in dieser Entscheidung jedoch auch klar aus, dass damit nur auf den unmittelbaren Augenscheinbeweis verzichtet wurde. Damit lässt sich die Partei nicht generell auf die ausschließliche Verwendung des Strafaktes ein.¹⁷⁰ Eine derartige Erklärung kann mE richtigerweise als Verzicht auf die Unmittelbarkeit in diesem Punkt angesehen werden. Zu beachten ist allerdings, dass der Partei die Möglichkeit der unmittelbaren Beweisaufnahme bewusst sein muss. Außerdem sollte der wortwörtlich ausdrückliche Verzicht stets als Maßstab genommen werden, um Ausuferungen zu vermeiden, die dazu führen könnten, dass konkludente Handlungen oder Erklärungen bereits als Verzicht gedeutet werden.

Eine ähnliche Richtung wurde auch schon von der **Entscheidung des OGH vom 27.11.1973**¹⁷¹ eingeschlagen. Allerdings geht es hierbei nicht um die Art und Weise des Verzichtes, sondern hauptsächlich um dessen Reichweite. Der Gerichtshof führt aus: “Bloßer Verzicht auf Parteienvernehmung im Berufungsverfahren bedeutet aber noch kein Einverständnis dafür, daß das Berufungsgericht die ihm etwa erforderlich erscheinende Abänderung oder Ergänzung der Tatsachenfeststellungen ohne Wiederholung der Parteienvernehmung des Klägers nur auf Grund der Aktenlage vornimmt.“ Es geht um den Schutz der bei der Parteienvernehmung besonders wichtigen Unmittelbarkeit. Sollen Tatsachenfeststellungen des erstinstanzlichen Gerichtes geändert oder ergänzt werden, wobei der Parteibeweis eine Rolle spielt, kann es nicht genügen, bloß die Akten des Verfahrens erster Instanz heranzuziehen. Die Parteienvernehmung wird als derartig wichtig angesehen, dass es in diesem Fall undenkbar erscheint, sich darüber hinweg zu setzen.

Generell sollte, wenn man schon einen wirksamen Verzicht auf die Unmittelbarkeit zulässt, die formelle sachliche von der materiellen Unmittelbarkeit getrennt betrachtet werden. Auf diese kann mE keinesfalls verzichtet werden, da sie auch mit der diskretionären Gewalt des Richters zusammenhängt. Dieser ist verpflichtet, die umfassende Ermittlung der Sachlage unter Verwendung der ihm gesetzlich dazu eingeräumten Befugnisse zu erreichen. Erachtet er ein bestimmtes Beweismittel (oder eben auch die unmittelbare Aufnahme eines Beweises) als notwen-

¹⁷⁰ Zur Vorgehensweise des OGH bezüglich der Anwendung des § 281a ZPO im Rechtsmittelverfahren weiter unten.

¹⁷¹ 8 Ob 224/73.

dig, um dieses Ziel zu erreichen, kann seitens der Parteien kein wirksamer Verzicht ausgesprochen werden. In solchen Fällen hat also das Gericht somit jedenfalls die unmittelbare Beweisaufnahme vorzuziehen.

In neueren Entscheidungen ist jedoch wieder die ursprüngliche Rechtsansicht zu erkennen. Da wird die Notwendigkeit eines ausdrücklichen Verzichtes generell in Frage gestellt. Eine der ersten Entscheidungen des OGH in dieser Richtung ist **jene vom 20.10.1988**¹⁷². Da geht es um eine Geldforderung aus einer Zwangsversteigerung. Die Klägerin behauptet, dass der Beklagte durch Absprachen mit anderen Bietern verhindert hat, dass ein höheres Meistgebot abgegeben wird. Zuletzt geht die Rechtssache bis vor das Höchstgericht, wobei beide Parteien Revision erheben. Der Beklagte nennt als Revisionsgründe Nichtigkeit und Mangelhaftigkeit des Verfahrens, weil der Unmittelbarkeitsgrundsatz seiner Meinung nach zu seinem Nachteil verletzt wurde. Der OGH sieht darin keine Nichtigkeit, da das Berufungsgericht gem § 281a ZPO berechtigt sei, die Beweiswiederholung nur aufgrund der Protokolle durchzuführen. Die zentrale Aussage betrifft jedoch die Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Der Gerichtshof führt aus: “Aber auch eine Mangelhaftigkeit des berufsgerichtlichen Verfahrens könnte nur geltend gemacht werden, wenn die Verletzung der Unmittelbarkeit bereits in der mündlichen Verhandlung gemäß § 196 ZPO gerügt worden wäre. Dies war jedoch nicht der Fall. Die umfangreichen Ausführungen der Revision des Beklagten zu den Erwägungen, die das Berufungsgericht hätte anstellen oder unterlassen sollen, um die vom Beklagten gewünschten Feststellungen treffen zu können, laufen im Grunde genommen darauf hinaus, die Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes zu bekämpfen. Dies ist aber im Revisionsverfahren nicht statthaft.“

Diese Rechtsansicht weicht komplett von der in den vorher ausgeführten Entscheidungen vertretenen ab. Ein konkludenter Verzicht auf die Unmittelbarkeit wird somit durchaus zugelassen. Der OGH geht hier sogar noch weiter. Verletzungen des Grundsatzes müssen gem § 196 ZPO gerügt werden, um überhaupt in einem Rechtsmittel geltend gemacht werden zu können. Jede Unterlassung dieser Rüge wird folglich als schlüssiger Verzicht gewertet. Damit ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz freilich ausgehöhlt. § 196 ZPO ist anwendbar bei Verfahrens-, insbesondere bei Formverletzungen. Es handelt sich um Mängel, die in der Gewichtigkeit unter den wesentlichen Verfahrensmängeln des §496 ZPO stehen. Die Bestimmungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes darunter zu subsumieren, ist schlichtweg unrichtig. Verletzungen des Prinzips

¹⁷²

8 Ob 528/88.

bilden jedenfalls einen Verfahrensmangel iS des § 496 Abs 1 Z 2, wenn sie nicht unter bestimmten Voraussetzungen sogar Nichtigkeitsgründe sind.¹⁷³ Deswegen ist § 196 ZPO keinesfalls anwendbar.

Weiter interessant in diesem Zusammenhang ist die **Entscheidung vom 18.12.2002**¹⁷⁴. Da geht es um einen Rechtsstreit aufgrund der Dienstbarkeit an einem Grundstück. Der Beklagte nennt als Berufungsgrund ua einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz, was vom Berufungsgericht nicht geteilt wird. Hinzuzufügen ist, dass eine Rüge gem § 196 ZPO vorlag. Letztlich kommt es zu keiner Sachentscheidung. Der Gerichtshof sieht die Revision schlichtweg als unzulässig an und weist diese zurück. Begründet wird dies damit: “Angebliche Verfahrensmängel erster Instanz, die vom Berufungsgericht verneint wurden (hier: Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz), können nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht mehr in der Revision geltend gemacht werden. Dies ist im Übrigen - wie die Revisionsbeantwortung zutreffend aufzeigt - auch der zitierten Entscheidung zu entnehmen, die gerade derartige, vom Obersten Gerichtshof als nicht mehr anfechtbar beurteilte Verfahrensmängel zum Gegenstand hat.“ Damit wird klargestellt, dass nur Mängel des zweitinstanzlichen Verfahrens in der Revision geltend gemacht werden können. Ein solcher liegt nach Meinung des OGH nur vor, wenn das Berufungsgericht eine Erledigung der Mängelrüge unzulässiger Weise unterlässt. Dies sei im vorliegenden Fall nicht geschehen. Sowohl im Zulassungsantrag als auch im Zulassungsauspruch wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Verstoß gegen die Unmittelbarkeit nur nach vorheriger Rüge gem § 196 Abs 1 ZPO geltend gemacht werden kann. Der Gerichtshof lässt in casu diese Frage explizit unbeantwortet.

Diese Entscheidung ist deshalb erwähnenswert, weil sie die Möglichkeiten der Revision in Bezug auf Verfahrensmängel eingrenzt. Auch hinsichtlich der Form des Verzichtes auf die Unmittelbarkeit ist sie relevant. Der OGH scheint wieder einen Schritt zurückzugehen, da wenigstens die Rede davon ist, ob eine Geltendmachung des Verstoßes nur nach Mängelrüge zulässig ist. Geht man von der Entscheidung 8 Ob 528/88 aus, sollte dies ohne weiteres zu bejahen sein. Die Rechtsprechung scheint in diesem Punkt noch nicht völlig ausgereift.

Eine **Entscheidung des OGH vom 29.12.2006**¹⁷⁵ spricht sich wieder gegen den ausdrücklichen Verzicht aus. Diese ist deshalb erwähnenswert, weil sie relativ aktuell ist. Es geht

¹⁷³ Nähere Ausführung siehe Kapitel 2b.

¹⁷⁴ 1 Ob 293/02t.

¹⁷⁵ 13R163/06w.

um die Klage eines Patienten auf Schadenersatz gegen den behandelnden Arzt. Die beklagte Partei nennt ua den Verfahrensmangel des Verstoßes gegen die Unmittelbarkeit, den er zuvor gerügt hat. Der Sachverständige wurde im Rechtshilfeweg einvernommen, statt sein Gutachten vor dem erkennenden Gericht zu erläutern. In der Stellungnahme dazu ist auch die Rechtsansicht des OGH zum Unmittelbarkeitsgrundsatz zu erkennen. Zwar sieht er den Verstoß als gegeben an, da die Voraussetzungen des § 352 ZPO nicht vorlagen, befindet aber einen schlüssigen Verzicht für zulässig. Im Konkreten sagt er: „Die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes begründet - jedenfalls wenn sie nach § 196 ZPO gerügt wurde - eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Die Wesentlichkeit dieses Verfahrensmangels ist offensichtlich, weil auch der erkennende Richter einen persönlichen Eindruck vom Sachverständigen bei der Beantwortung der von den Parteienvertretern - möglicherweise erst während der mündlichen Erörterung des Gutachtens - gestellten Fragen bekommen soll.“ Eine Geltendmachung ist somit nur zulässig, wenn der Verstoß zuvor gerügt wurde. Der Gerichtshof unterstreicht sehr wohl die Wichtigkeit des Grundsatzes. „Der - in § 276 ZPO geregelte - Unmittelbarkeitsgrundsatz verlangt u. a., dass dem erkennenden Richter ein unmittelbarer persönlicher Eindruck von allen Beweisen verschafft wird, um ihm eine möglichst zuverlässige Grundlage für die freie Beweiswürdigung zu geben. Die Beweisaufnahme hat somit grundsätzlich unmittelbar durch den erkennenden Richter stattzufinden.“ Daher erscheint es insofern widersprüchlich, wenn ein formloser Verzicht als durchaus zulässig betrachtet wird und die Gebote der Unmittelbarkeit auf dieselbe Stufe wie jene Formvorschriften iS des § 196 ZPO gestellt werden.

Dies waren einige richtungsweisende Entscheidungen zu der Rechtsfrage, ob und in welcher Form auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz wirksam verzichtet werden kann. In Folge sollen nun Entscheidungen genannt werden, die andere Aspekte des Prinzips betreffen.

Eine ältere **Entscheidung des OGH vom 27.05.1959**¹⁷⁶ relativiert grundsätzlich den Stellenwert des Unmittelbarkeitsprinzips. Wörtlich wird ausgeführt: „Aus der Anführung des Umstandes, daß auch unverhältnismäßige Kosten einen Grund zum Abgehen von der Norm des § 375 Abs 2 Satz 1 ZPO abgeben, ist zu erkennen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers nicht übermäßige Anforderungen gestellt werden dürfen. Ob ein Verstoß gegen diese Norm als wesentlich bezeichnet werden muß, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen.“ Es ist daraus die Ansicht erkennbar, der Grundsatz müsse nicht zu streng gewahrt werden, da der Gesetzgeber selbst beim so wichtigen Parteienbeweis eine derartige Ausweichmöglichkeit vorsieht.

¹⁷⁶

2 Ob 267/59.

Nach Meinung des Gerichtshofes in dieser Entscheidung begründet ein Verstoß gegen § 375 Abs 2 1. Satz ZPO nicht unbedingt einen wesentlichen Verfahrensmangel. Während diese Sichtweise sicherlich veraltet ist – ein allenfalls gerügter Verstoß ist jedenfalls als wesentlicher Verfahrensmangel zu sehen – besitzt die erste Aussage immer noch Aktualität. Von einem Teil der Lehre werden häufig die zahlreichen gesetzlichen Ausnahmebestimmungen als Grund genannt, die mittelbare Beweisaufnahme in weiterem Ausmaß zuzulassen.¹⁷⁷ Tatsächlich kann es als vom Gesetzgeber beabsichtigte Zurückstufung der Unmittelbarkeit gesehen werden, dass unverhältnismäßig hohe Kosten sogar beim Parteienbeweis eine mittelbare Aufnahme rechtfertigen. Andererseits kann dahin argumentiert werden, dass der Gesetzgeber bloß Extremfälle bedacht hat und einen strengen Auslegungsmaßstab an die Rsp legt. ME sind überhaupt alle Ausnahmebestimmungen als das zu sehen, was sie dem Wortlaut nach sind, eben Ausnahmen. Da der Parteienbeweis besonders bedeutsam ist, sollten die diesbezüglichen Ausnahmen besonders restriktiv ausgelegt werden. Es kann nicht geleugnet werden, dass in manchen Fällen bestimmte Kosten einfach nicht zumutbar sind. Somit sind diese vom Gesetzgeber in § 375 Abs 2 ZPO bedacht. Es kann allerdings nicht dem Grundgedanken der ZPO entsprechen, den Unmittelbarkeitsgrundsatz aufgrund dieser Ausnahmen generell als entbehrlich zu betrachten.

Der OGH geht – entgegen einem Teil der Lehre – von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 281a ZPO im Berufungsverfahren aus. Die **Entscheidung des OGH vom 05.12.1989**¹⁷⁸ betrifft lediglich die Grenzen dieser Bestimmung. Dabei geht es um eine Rechtsache zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsträger. Das Berufungsgericht stützt sich auf Sachverständigengutachten, die von der beklagten Partei im Zuge eines Leistungsverfahrens in Auftrag gegeben worden waren. In diesem Fall geht es darum, ob die Bestimmung überhaupt anwendbar ist. § 281a ZPO bezieht sich nur auf Beweise, die in einem gerichtlichen Verfahren aufgenommen wurden. Beispiele dafür wären etwa ein früheres Strafverfahren oder ein Verfahren vor einem ausländischen Gericht. Im Vordergrund steht die staatliche Autorität und Aufsicht bei derartigen Verfahren. Ein soeben genanntes Versicherungsverfahren steht jedoch unter der Autorität des Versicherungsträgers und kann somit nicht unter § 281a subsumiert werden. Der OGH erachtet die Vorgehensweise des Berufungsgerichtes deshalb als unzulässig und als einen wesentlichen Verfahrensmangel aufgrund des Verstoßes gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz.

¹⁷⁷ Vgl etwa *Fasching in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II/1 (2002) Rz 48.

¹⁷⁸ 10 Ob 253/89.

Dass ein Teil der Lehre sich prinzipiell gegen die Anwendbarkeit des § 281a ZPO im Berufungsverfahren wendet und welche Argumente sie dazu anführen, wurde bereits in einem früheren Kapitel erörtert.¹⁷⁹ Zu unterstreichen ist mE die Ansicht von *Bajons*, dass es sich bei der Kontrolle erstgerichtlicher Beweiswürdigung um eine originäre Aufgabe des Berufungsgerichts handelt. Es hat keine Entscheidungsgrundlage erst zu gewinnen, sondern die Erkenntnisse und daraus gezogenen Schlussfolgerungen des Erstgerichtes zu überprüfen. Diese Aufgabe kann nicht gehörig erfüllt werden, wenn das Verfahren bloß auf der Verlesung der Beweisaufnahmeprotokolle aufbaut. Gerade persönliche Eindrücke spielen bei der Beweiswürdigung die Hauptrolle. Deswegen muss das Berufungsgericht diese selbst gewinnen, um die Schlussfolgerungen des Erstgerichtes überprüfen oder ändern zu können.¹⁸⁰ Die Vorgehensweise der Praxis, § 281a ZPO ohne weiteres im Berufungsverfahren anzuwenden, verkennt diese Sichtweise völlig.

Die **Entscheidung des OGH vom 27.09.1990**¹⁸¹ betrifft ebenfalls die Anwendung des § 281a ZPO und die Grenzen dieser Bestimmung. Es wird betont, dass die Parteien dennoch eine unmittelbare Beweisaufnahme beantragen können (§ 281a Z 1 lit a ZPO). Von diesem Recht können sie indes nur Gebrauch machen, wenn das Berufungsgericht die mittelbare Beweisaufnahme ankündigt und gehörig über die Möglichkeit eines derartigen Antrages belehrt. Im vorliegenden Fall geschah dies nicht und das Berufungsgericht führte die Beweisaufnahme mittelbar gem § 281a ZPO durch. Der OGH sieht in dieser Vorgehensweise einen Verfahrensmangel, der eine erhebliche Verletzung des Prozessrechtes iS des § 502 Abs 1 ZPO darstellt. Die Ausnahme ist für ihn freilich, wenn der Fall des § 281a Z 1 lit b ZPO erfüllt ist. Außerdem sagt der Gerichtshof: "Nur schon vom Erstgericht mittelbar aufgenommene Beweise können jedenfalls durch Verlesung der Beweisaufnahmeprotokolle wiederholt werden." In einem derartigen Fall stellt sich die Frage, ob inzwischen andere Verhältnisse etwas daran ändern, namentlich der Wegfall eines Grundes für die mittelbare Beweisaufnahme. In der Praxis stelle man sich vor, dass ein wichtiger Zeuge nicht geladen werden konnte, da er sich länger im Ausland aufhielt (§ 328 Abs 1 Z 3 ZPO). Nun wohnt dieser wieder im Inland und wäre ohne weiteres in der Lage, vor Gericht zu erscheinen und auszusagen. Dies sollte in der Berufungsverhandlung zweifellos Berücksichtigung finden.

¹⁷⁹ Näheres siehe 2e.

¹⁸⁰ Vgl *Bajons*, FS Fasching (1988) 49.

¹⁸¹ 7 Ob 656/90.

Eine weitere **Entscheidung des Gerichtshofes vom 16.12.2003**¹⁸² spricht in gewissem Maße ähnliche Punkte an. Es geht darum, dass das Berufungsgericht es unterlässt, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, da auch bereits die Beweisaufnahme in erster Instanz mittelbar war. Der Gerichtshof sagt dazu: “War Grundlage der erstgerichtlichen Entscheidung nur eine mittelbare Beweisaufnahme, dann haben die Parteien im Berufungsverfahren auch nur ein Recht auf Wiederholung dieser mittelbaren Beweisaufnahme. Die mangelnde Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung, die nur den Zweck hätte, die mittelbar aufgenommenen Beweise (neuerlich) zu verlesen, kann dann aber keinen relevanten Verfahrensmangel darstellen, auch wenn das Berufungsgericht ergänzende Feststellungen aus diesen mittelbar aufgenommenen Beweisen trifft.“

Es wird hervorgestrichen, dass in der Berufungsverhandlung ohnehin nur eine Verlesung stattfinden würde, was sie somit entbehrlich macht. Interessant ist, dass bei Anwendung des § 281a ZPO auch bloß eine Verlesung in der Berufungsverhandlung stattfindet. Bedeutet dies ebenfalls die Entbehrlichkeit der Verhandlung? Freilich handelt es sich in dieser Entscheidung um die abermalige Verlesung der vorher auch bloß mittelbaren Beweisaufnahme. Ich sehe darin aber keinen Grund, damit die Unterlassung der Verhandlung zu rechtfertigen, da die Verlesung jedes Mal von und vor einem anderen Gericht durchgeführt wird. Alle Mängel, die eine bloße Verlesung mit sich bringt (zb Mangel des persönlichen Eindruckes, Bindung an Feststellungen und Ansichten des die Beweise unmittelbar aufnehmenden Richters) sind auch schon bei der erstmaligen Verlesung vorhanden. Dieselbe Ansicht wird auch in aktuellen OGH - Entscheidungen vertreten¹⁸³. Die Schlüssigkeit des dahinter liegenden Gedankens scheint mir allerdings als fragwürdig.

Bekanntlich sind mündliche Berufungsverhandlungen heute generell die Ausnahme, obwohl sie (ursprünglich) vom Gesetz als Regelfall gedacht waren. Die Parteien müssen eine solche ausdrücklich beantragen, da Stillschweigen als Verzicht gewertet wird. Darin ist mE eine unerfreuliche – weil zu weitgehende – Manifestation der Verfahrenskonzentration zu sehen, die beinahe alle Grundsätze des fair trial aushöhlt.¹⁸⁴

¹⁸² 1 Ob 189/03f.

¹⁸³ Vgl etwa 6 Ob 234/07s; 2 Ob 59/09d.

¹⁸⁴ Dies ist selbstverständlich, da die meisten Grundsätze des fair trial nur auf die mündliche Verhandlung bezogen sind.

Die **Entscheidung des OGH vom 07.02.1989**¹⁸⁵ betrifft wieder die Anwendung des § 281a ZPO. Werden im Rahmen einer Beweisergänzung Beweise über Umstände aufgenommen, die nur durch den persönlichen Eindruck ermittelt werden können, ist die Anwendung des § 281a ZPO unzulässig. Nun ist davon auszugehen, dass die Beweiswürdigung vielfach auf persönlichen Eindrücken aufbaut. Soll diese überprüft werden, müsste das Berufungsgericht oft auf die Anwendung dieser Bestimmung verzichten. Dem ist in der Praxis bekanntlich nicht so. Vom Grundgedanken her entspricht die Kernaussage dieser Entscheidung der Meinung jenes Teils der Lehre, der für eine vermittelnde Lösung ist, was die Anwendbarkeit des § 281a ZPO im Berufungsverfahren betrifft. Dieser Ansatz ist grundsätzlich richtig. Das Problem liegt mAn eben darin, dass die Grenzziehung in vielen Fällen schwierig sein könnte, welche Ermittlungen nun des persönlichen Eindruckes bedürfen und welche nicht. Bei Zeugen- und Parteivernehmungen wird der persönliche Eindruck wohl beinahe immer entscheidend sein.

Ob die Notwendigkeit einer neuerlichen unmittelbaren Beweisaufnahme besteht, ist wiederum eine Frage der Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes. Diesbezüglich trifft die **Entscheidung des OGH vom 12.11.1984**¹⁸⁶ eine relevante Aussage. „Die Beurteilung durch das Berufungsgericht, ob eine verlässliche Überprüfung der Beweiswürdigung des Erstgerichtes nur auf Grund des unmittelbaren Eindruckes der Zeugen und Parteien oder auf Grund einer Beweisaufnahme gemäß § 281a ZPO möglich ist, gehört dem Bereich der durch den OGH nicht mehr überprüfbaren Beweiswürdigung an.“

Somit kann das Berufungsgericht frei entscheiden, ob es nun auf persönliche und unmittelbare Eindrücke ankommt. Fällt es eine falsche Entscheidung, kann diese nicht mehr beanstandet werden. Die einzige Ausnahme besteht darin, dass das Berufungsgericht unter Anwendung des § 281a ZPO die in erster Instanz aufgenommenen Beweise unwürdigt, obwohl eine Partei die unmittelbare Beweisaufnahme explizit beantragt hat. Dabei handelt es sich nach Meinung des OGH um einen Mangel des Berufungsverfahrens. Stimmt das Berufungsgericht allerdings der Beweiswürdigung des Erstgerichtes zu, liegt kein Verfahrensmangel vor, dies unabhängig von einem eventuellen Antrag der Parteien.

Diese Übersicht über die richtungsweisenden Entscheidungen zeigt eine klare Zurückdrängung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Verzicht seitens der Parteien und Anwendbarkeit des § 281a ZPO im Berufungsverfahren (bezogen auf die erstinstanzliche Beweisaufnahme) werden

¹⁸⁵ 1 Ob 695/88.

¹⁸⁶ 1 Ob 30/84.

ohne weiteres als zulässig betrachtet. Einzelheiten (zB die genaue Form des Verzichtes) sind noch nicht eindeutig ausjudiziert. Wünschenswert wäre eine Aufwertung des Prinzips aufgrund seiner essentiellen Bedeutung für die Wahrheitsfindung. Die Vorgehensweise der Praxis ist mE allzu stark der Verfahrensökonomie zugewandt und bringt das Verhältnis von Mündlichkeit/Öffentlichkeit/Unmittelbarkeit zur Verfahrenskonzentration zu Gunsten letzterer aus dem Gleichgewicht.

h) Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland

Da die geschichtliche Entwicklung der ZPO mit jener des deutschen Zivilprozessrechts im Konnex steht und auch sonst viele Parallelen beider Gesetze bestehen, lohnt sich ein vergleichender Blick auf die Regelungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Nachbarland.

Auch im deutschen Zivilprozessrecht ist das Unmittelbarkeitsprinzip ein wichtiger Prozessgrundsatz. Seine Bedeutung wird va darin gesehen, der Wahrheitsfindung zu dienen. Die deutsche Lehre betont die Unmittelbarkeit als eigenständigen Grundsatz, getrennt von jenem der Mündlichkeit. Demnach kann auch ein mündliches Verfahren als mittelbares, umgekehrt ein schriftliches Verfahren als unmittelbares gestaltet sein.¹⁸⁷ Es kann etwa das mündliche Geständnis unmittelbar vor dem erkennenden Gericht, aber auch mittelbar zu Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters erklärt werden. Grundsätzlich herrscht freilich auch im deutschen Zivilprozessrecht ein enger Zusammenhang zwischen diesen beiden Grundsätzen. Dieser Zusammenhang hat gar noch evidentere Auswirkungen auf die Unmittelbarkeit als im österreichischen Recht. Der Grund dafür ist die Bestimmung des § 128 Abs 2 dZPO. Demnach kann die mündliche Verhandlung generell entfallen, wenn die Parteien dem zustimmen. Das Verfahren basiert dann lediglich auf Schriftsätzen. (Diese Möglichkeit gibt es in der öZPO für das erstinstanzliche Verfahren nicht.) Wird von ihr Gebrauch gemacht, sind natürlich auch die Gebote der Unmittelbarkeit hinfällig.

Auch im deutschen Zivilprozessrecht gibt es eine Aufgliederung der Unmittelbarkeit in ihre drei Aspekte. Es fällt auf, dass die persönliche Unmittelbarkeit (von der deutschen Lehre auch als die formelle Unmittelbarkeit bezeichnet) im Vordergrund steht. Wird lediglich von Unmittelbarkeit als solcher gesprochen, ist zumeist die persönliche gemeint. Darunter wird die Unmittelbarkeit innerhalb der Verhandlung vor dem erkennenden Richter verstanden, während die

¹⁸⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht* (2004) 516.

sachliche Unmittelbarkeit eher als jene des Maßstabs der Beweisaufnahme bezeichnet wird. Eine wichtige Norm der persönlichen Unmittelbarkeit ist § 128 Abs 1 dZPO. Demgemäß verhandeln die Parteien vor dem erkennenden Gericht mündlich. Während diese Norm freilich auch als eine solche der Mündlichkeit anzusehen ist, ist auch die persönliche Unmittelbarkeit in gewissem Maße darin verankert. Bedeutsam ist, dass die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu geschehen hat. Eine weitere Norm diesbezüglich (aus der Sicht der öZPO gewiss die wichtigere) ist § 309 dZPO. Darin wird bestimmt, dass das Urteil nur von jenen Richtern gefällt werden kann, die der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben. Dies entspricht der österreichischen Regelung der persönlichen Unmittelbarkeit. Auch die dZPO bedenkt den Fall des Richterwechsels. Allerdings ist die Regelung etwas anders als jene des § 412 Abs 2 öZPO. Zunächst ist klarzustellen, dass § 309 dZPO restriktiv interpretiert wird. Als maßgeblich wird nur die letzte mündliche Tagsatzung angesehen. Es ist somit ausreichend, dass die entscheidenden Richter an diesem letzten Termin teilgenommen haben. Begründet wird dies *va* damit, dass die Zivilprozesse oft länger andauern und in mehrere Verhandlungen gesplittet sind. Richterwechsel sind somit kaum zu vermeiden.¹⁸⁸ Daher sei der Schwerpunkt auf die letzte Tatsachenverhandlung zu legen, da diese dem Urteil zugrunde liegt. Eine derartig differenzierte Betrachtungsweise der einzelnen Tagsatzungen gibt es in der öZPO nicht. ME ist die deutsche Sichtweise verfehlt, da sie verkennt, dass die mündliche Streitverhandlung als Einheit zu sehen ist, auch wenn sie in mehrere Tagsatzungen zerfällt. Essentiell ist, dass die Beweisaufnahme nicht in jeder Tagsatzung wiederholt wird, sondern sich womöglich auf alle Termine erstreckt. Nimmt ein Richter lediglich am letzten Termin teil, bedeutet es, dass er eventuell einen wesentlichen Teil der Beweisaufnahme versäumt hat.

Betrachtet man die Modalitäten bei einem derartigen Richterwechsel, kommt man *summo summarum* wieder auf ähnliche Konsequenzen wie bei § 412 Abs 2 öZPO. In Österreich muss die mündliche Verhandlung von neuem durchgeführt werden. Dies ist nach der dZPO nicht notwendig. Es reicht aus, wenn der neu eingetretene Richter Kenntnis vom bisherigen Prozessstoff erlangt. Das kann durch Parteivortrag, aber auch durch Bezugnahme auf die Schriftsätze geschehen. Geständnisse, Verzichte udgl müssen ebenfalls nicht mehr wiederholt werden; dasselbe gilt für eine vorher durchgeführte Beweisaufnahme. Die Lage ist nach der öZPO nicht viel anders, da § 412 Abs 2 öZPO die Benützung der Klage und der Beweis- und Verhandlungsprotokolle erlaubt. Erfolgt der Richterwechsel nach Schluss der letzten Tagsatzung, muss nach deutschem

¹⁸⁸

Lüke, Zivilprozessrecht (2006) Rz 32.

Recht die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden, damit der neu eintretende Richter an der Urteilsfällung teilnehmen kann. Die Ergebnisse sind in beiden Rechtsordnungen sehr ähnlich. Erheblich ist, dass in beiden Fällen keine Wiederholung der unmittelbaren Beweisaufnahme nötig ist, da sich der neue Richter auf die vorliegenden Beweisprotokolle stützen kann. Diese Schwäche ist also auch der dZPO immanent. Allerdings vertritt ein Teil der Lehre und die deutsche Rsp die Meinung, dass es davon eine Ausnahme geben muss. Kommt es beim Zeugenbeweis auf den persönlichen Eindruck an, müssen alle Richter, die schließlich das Urteil fällen, auch an der Beweisaufnahme teilgenommen haben. Beim Richterwechsel müsste also eine derartige Zeugenbeweisaufnahme sehr wohl wiederholt werden. Darin wird eine notwendige Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gesehen.¹⁸⁹ In diesem Punkt besteht in der österreichischen Zivilprozessrechtsordnung in gewissem Maße ein Manko, da eine derartige Differenzierung nicht gemacht wird. Generell scheint die deutsche Lehre bzw Rsp Wert darauf zu legen, dass das erkennende Gericht *va vom Zeugen* einen persönlichen Eindruck erlangt, da die Unmittelbarkeit speziell hier als essentiell betrachtet wird.

Unter sachlicher Unmittelbarkeit versteht das deutsche Zivilprozessrecht wie erwähnt jene der Beweisaufnahme. Die zentrale Norm diesbezüglich ist § 355 dZPO. Diese bestimmt, dass die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht zu erfolgen hat. Eine Übertragung an ein Mitglied des Prozessgerichtes oder ein anderes Gericht ist nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen zulässig. Grob betrachtet entspricht diese Norm § 276 öZPO. Es liegt jedoch ein gravierender Unterschied vor. § 276 Abs 1 macht alle Ausnahmen vom Gesetz abhängig. § 355 dZPO hingegen bestimmt dies nur für die Fälle der Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter (!).

Dazu sind die §§ 372 Abs 2, 375, 402, 434, 451, 479 dZPO zu erläutern. § 372 Abs 2 dZPO eröffnet die Möglichkeit der Augenscheinbeweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter. Das Problematische an dieser Bestimmung sticht sogleich ins Auge. Es werden keine Voraussetzungen genannt, bei deren Vorliegen eine Übertragung zulässig ist. Somit liegt es im Ermessen des erkennenden Gerichtes (*idR* eines einzelnen Richters), die Beweisaufnahme an ein anderes Gericht zu übertragen. Dadurch unterscheidet sich diese Bestimmung entscheidend von jener des § 368 Abs 2 öZPO. (Es widerspricht nämlich dem Gedanken eines fairen Verfahrens, eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ohne jeden Grund zuzulas-

¹⁸⁹ BGH NJW – RR 1997, 152.

sen). Da nicht einmal eine diesbezügliche Generalklausel besteht, kann auch durch deren restriktive Auslegung keine Abhilfe verschafft werden.

§ 375 dZPO regelt die Beweisaufnahme im Rechtshilfeverfahren beim Zeugenbeweis. Hier bestehen im Gegensatz zum Augenscheinbeweis sehr wohl Bedingungen, die vorliegen müssen. Demnach darf die Zeugenbeweisaufnahme an einen ersuchten oder beauftragten Richter übertragen werden, wenn die Vernehmung an Ort und Stelle der Wahrheit dienlich erscheint, der Zeuge am Erscheinen vor das Prozessgericht verhindert ist, oder dem Zeugen das Erscheinen aufgrund der großen Distanz und der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann. Der zweite und dritte Fall liegt allerdings nur unter der Voraussetzung vor, dass eine sog „Videoverhandlung“ gem § 128a dZPO¹⁹⁰ nicht stattfindet. Vergleicht man die Norm mit § 328 ZPO, erkennt man, dass die Gründe relativ ähnlich sind. Sowohl praktische als auch ökonomische Gründe spielen eine Rolle, wobei die dZPO allerdings die Möglichkeit des § 328 Abs 4 öZPO nicht vorsieht. Das Wesentliche, was die deutsche Regelung jedoch im Hinblick auf die Wahrung der Unmittelbarkeit dem österreichischen Recht voraus hat, ist folgender Punkt: § 375 dZPO nennt als zusätzliche Voraussetzung, dass von vornherein anzunehmen ist, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck vom Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag. Dies muss kumulativ zu den anderen Bedingungen vorliegen. Darin erkennt man die bereits besagte besondere Stellung des Zeugenbeweises. Es wird richtig erkannt, dass es bei Zeugen (generell Personen) oft darauf ankommen kann, die Reaktionen und Verhaltensweisen persönlich und direkt zu beobachten. Nur dann kann eine richtige Schlussfolgerung daraus gezogen werden. Der deutsche Gesetzgeber betont diese Notwendigkeit und baut sie in die betreffenden Bestimmungen ein. Dies ist begrüßenswert und sollte in der österreichischen ZPO auch besser berücksichtigt werden. Zumindest bei Generalklauseln könnte der Gedanke dahingehend eine Rolle spielen, dass zB „erhebliche Schwierigkeiten“ umso gravierender sein müssen, um eine mittelbare Beweisaufnahme zu rechtfertigen, je wichtiger der persönliche Eindruck für die Beweiswürdigung sein wird. Freilich lässt eine derartige Formulierung Raum für die Auslegung zu, die im Einzelfall extensiv sein kann, doch ist zumindest die Tendenz mE die richtige.¹⁹¹

¹⁹⁰ Darauf wird im Folgenden näher eingegangen.

¹⁹¹ § 375 Abs 1a dZPO gestattet gar den Einsatz des beauftragten Richters, wenn dies zweckmäßig erscheint. Diese Vorschrift ist jedoch heute von geringer Bedeutung, da an den deutschen Landesgerichten im Regelfall ohnehin nur ein Einzelrichter entscheidet.

§ 402 dZPO besagt lediglich, dass die Vorschriften über den Zeugenbeweis entsprechend auch auf den Beweis durch Sachverständige angewendet werden können, sofern nicht anderes geregelt ist. Auf den gegenständlichen Fall umgelegt bedeutet dies, dass der Sachverständigenbeweis unter denselben Voraussetzungen wie der Zeugenbeweis durch einen beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommen werden kann. Beim Vergleich mit § 352 Abs 1 öZPO stellt man fest, dass die deutsche Regelung strenger ist. § 352 Abs 1 schwächt die Bedingungen im Vergleich zum Zeugenbeweis ab und verwendet dabei Generalklauseln. Wichtig ist auch hier, dass die Bedeutung des persönlichen Eindrucks vom Sachverständigen für die Beweiswürdigung abgeschätzt werden muss. Natürlich fällt diese Regelung in diesem Fall weniger ins Gewicht, da Sachverständige im Regelfall weniger Anlass haben Unwahres zu bekunden als so mancher Zeuge. Dennoch ist diese relativ strenge Regelung im Sinne des Unmittelbarkeitsprinzips.

§ 434 dZPO regelt die mittelbare Beweisaufnahme bei Urkunden. Demnach ist die Vorlage vor einem ersuchten oder beauftragten Richter möglich, wenn eine Urkunde wegen erheblicher Hindernisse nicht bei der mündlichen Verhandlung vorgelegt werden kann oder es bedenklich erscheint, sie wegen ihrer Wichtigkeit und der Besorgnis ihres Verlustes oder Beschädigung vorzulegen. Damit gleicht die Norm inhaltlich fast völlig § 300 Abs 1 öZPO und ist somit nicht so streng wie jene über die Aufnahme von Zeugen- oder Sachverständigenbeweisen. Dies lässt sich einfach damit erklären, dass die Komponente des persönlichen Eindruckes bei Urkunden wegfällt. Der Richter, dem sie vorgelegt wird, muss lediglich ihre Echtheit und Richtigkeit beurteilen. Deshalb scheint es gerechtfertigt, dass die Voraussetzungen nicht derartig streng sind wie etwa beim Zeugenbeweis. Unverständlich ist, warum es im deutschen Zivilprozessrecht für den Augenscheinbeweis keine ähnliche Regelung gibt, da dessen unmittelbare Aufnahme doch nicht weniger bedeutsam ist wie beim Urkundenbeweis.

Für die Parteienvernehmung im Rechtshilfeweg gelten gem § 451 dZPO die gleichen Voraussetzungen wie für Zeugen. Das scheint auch selbstverständlich, da es ebenfalls auf den persönlichen und direkten Eindruck ankommt. Zieht man einen Vergleich zu § 375 Abs 2 öZPO, erkennt man, dass es keine Sonderbehandlung der Parteienvernehmung in der deutschen ZPO gibt. Die österreichische Lehre betont die besondere Wichtigkeit der unmittelbaren Parteienvernehmung. Dabei spielt nicht nur der Unmittelbarkeitsgrundsatz eine Rolle, sondern auch der Gedanke, dass letztendlich die Parteien die Protagonisten des Verfahrens sind und sich das Gericht nicht über sie hinwegsetzen sollte. Da § 375 dZPO aber ohnehin relativ streng gehalten ist, scheint diese sinngemäße Anwendung auf den Parteienbeweis unbedenklich. Gerade bei den Par-

teilen ist es auch wichtig, abschätzen zu müssen, ob der persönliche Eindruck auf die Beweiswürdigung Auswirkungen haben könnte, da dies selten zu verneinen sein wird. Im Regelfall haben die Parteien am meisten Grund, die Unwahrheit zu behaupten oder etwas zu verschweigen. Die freie Beweiswürdigung baut auf der Menschenkenntnis und den dem Richter bekannten Erfahrungssätzen auf, um dies zu erkennen. Das ist ohne persönlichen Kontakt kaum vorstellbar.

Schließlich ist noch § 479 dZPO zu erwähnen. Dabei geht es grundsätzlich nicht um die Beweisaufnahme, sondern um das Ablegen des Eides. Auch dieser ist prinzipiell vor dem Prozessgericht zu leisten. Die Vereidigung vor einem ersuchten oder beauftragten Richter ist zulässig, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor dem Prozessgericht verhindert ist oder sich in großer Entfernung von dessen Sitz aufhält und die Leistung des Eides per „Videoverhandlung“ gem § 128a Abs 2 dZPO nicht stattfindet. In der öZPO gibt es keine vergleichbare Regelung. § 338 Abs 3 bestimmt lediglich, dass das erkennende Gericht nachträglich eine Beeidigung anordnen kann, wenn eine unbeeidigte Zeugenaussage, die vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geschah, einlangt.¹⁹²

Dies sind die Fälle der Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter. Der Vollständigkeit halber sollte aber erwähnt werden, dass auch der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen in erster Instanz und der vorbereitende Einzelrichter in der Berufungsinstanz zur Beweisaufnahme befugt sind (§§ 349 Abs 1, 527 dZPO). Dies sollte nur in Ausnahmefällen geschehen und bildet ebenfalls eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.¹⁹³

Eine weitere Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz im deutschen Zivilprozessrecht ist die Bestimmung des § 128a dZPO. Dabei geht es um die bereits viel zitierte „Video-Verhandlung“. Demgemäß kann das Gericht den Parteien gestatten, sich während einer Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Das Geschehen wird zeitgleich in Bild und Ton an dem Ort, an dem sich die Parteien befinden, und in das Sitzungszimmer übertragen (§ 128a Abs 1 dZPO). Der Abs 2 dieser Bestimmung sieht diese Möglichkeit auch für einen Zeugen, Sachverständigen oder nur eine der Parteien vor. Voraussetzung ist stets das Einverständnis der Parteien. Diese Möglichkeit erspart es den Parteien und deren Prozessvertretern oder sonstigen Beteiligten, persönlich zum Prozessgericht zu kommen. Es kann hilfreich in vielen Fällen sein, in denen das Erscheinen einer Person vor dem Verhand-

¹⁹² Um Ausuferung zu vermeiden, wird an dieser Stelle nicht näher auf die Beeidigung im deutschen Zivilprozessrecht eingegangen. Zum näheren Befassen siehe §§ 478 – 484 dZPO.

¹⁹³ *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht* (2004) 795.

lungsort einem unüberwindbaren Ereignis unterliegt und es andernfalls zu einer Vernehmung im Rechtshilfeweg kommen würde. Von dieser Sicht aus betrachtet ist die Bestimmung durchaus vorteilhaft im Sinne der Unmittelbarkeit. Wenn entsprechende technische Vorkehrungen eine wahrheitsgetreue Übertragung garantieren, sind bei einer derartigen Video - Verhandlung grundsätzlich auch die Vorteile eines unmittelbaren Verfahrens enthalten. Wichtig ist, dass der persönliche Eindruck beim Richter ankommt und ein direktes Gespräch möglich ist, um die Reaktionen der jeweils befragten Personen einzuschätzen. Freilich handelt es sich hier dennoch um eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip zugunsten der Prozessökonomie.¹⁹⁴ ME ist der ökonomische Aspekt bei einer derartigen Verhandlung jedoch zweifelhaft, da sowohl beim Gericht als auch den jeweiligen Betroffenen eine entsprechende technische Ausstattung vorhanden sein muss, die in der Anschaffung beträchtliche Kosten verursachen kann. Es ist zu erwägen, ob das persönliche Erscheinen (selbst bei großer Distanz und hohen Reisekosten) nicht im Vergleich noch günstiger wäre und zudem noch der vollen Unmittelbarkeit entspricht. *Lüke* ist der Ansicht, dass die Norm eher für die Zukunft konzipiert ist, da es zurzeit den meisten Gerichten an der entsprechenden Technik mangelt und die Einrichtung unverhältnismäßig teuer wäre.¹⁹⁵ § 128a dZPO nennt lediglich die Möglichkeit, räumt somit keinen Anspruch auf eine Video-Verhandlung ein. Es bleibt abzuwarten, inwiefern sich der reale Stellenwert dieser Norm im Laufe der Zeit ändern wird.

Eine weitere wichtige Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Zivilprozessrecht enthält § 284 2.Satz dZPO. Es wird dort normiert, dass das Gericht mit Einverständnis der Parteien die Beweise in der ihm geeignet erscheinenden Art aufnehmen kann. Das Einverständnis kann sich auf einzelne Beweiserhebungen oder auf die Beweisaufnahme als solche gerichtet sein. Um zu verdeutlichen, was die Bestimmung meint, muss zunächst einiges über den Unterschied zwischen Streng- und Freibeweis im deutschen Zivilprozessrecht gesagt werden. Der Begriff Strengbeweis steht für die Beweisaufnahme im Rahmen des gesetzlich geregelten förmlichen Verfahrens.¹⁹⁶ Zudem sind nur bestimmte Beweismittel zugelassen. Namentlich sind es der Augenschein-, Zeugen-, Sachverständigen-, Urkunden- und der Parteienbeweis. Demgegenüber gibt es den Freibeweis. Dieser beschränkt das Gericht weder auf diese Beweismittel noch auf das

¹⁹⁴ *Lüke*, Zivilprozessrecht (2006) Rz 32a.

¹⁹⁵ *Lüke*, Zivilprozessrecht (2006) Rz 32a.

¹⁹⁶ Dazu Näheres siehe §§ 284 1.Satz, 355ff dZPO.

förmliche Beweisverfahren. Beispiele dafür wären Befragungen per Telefon oder einem anderen Telekommunikationsmittel oder das Einholen von Amtsauskünften.

Diese Rechtslage unterscheidet sich von jener in Österreich. In der öZPO gibt es keine Beschränkung auf bestimmte Beweismittel. Zwar sind auch nur jene der dZPO genannt, doch handelt es sich dabei nach hL um keine taxative Aufzählung. Tatsächlich sind alle Beweismittel zugelassen, die als Erkenntnisquellen dienen könnten. Das förmliche Beweisverfahren jedoch, wozu auch die Gebote der Unmittelbarkeit gehören, ist jedenfalls einzuhalten.¹⁹⁷ Es gibt kein Ventil des Freibeweises, der sämtliche Gebote eines ordnungsgemäßen Verfahrens übergehen kann. § 284 2. Satz dZPO ermöglicht zwar eine schwerwiegende Aushöhlung des Unmittelbarkeitsprinzips, der im Hinblick auf die Wahrheitsfindung nicht gerechtfertigt erscheint. Va man gelt es dabei mAn an ausreichender Beachtung der materiellen sachlichen Unmittelbarkeit. Von allen möglichen Beweismitteln ist jenes vorzuziehen, das am aussagekräftigsten ist. Eine Videoaufzeichnung ist zB durchaus als Beweismittel vorstellbar, allerdings nur dann, wenn der unmittelbare Augenscheinbeweis nicht möglich ist. Bei einem Freibeweis ist das Gericht jedoch auch daran nicht gebunden, was sehr bedenklich ist. Das Ziel ist auch hier die Prozessbeschleunigung und ökonomie. Allerdings ist das Gleichgewicht in diesem Fall enorm zum Nachteil der Unmittelbarkeit verschoben. Daran ändert es auch nichts, dass die Parteien ihr Einverständnis dazu erteilen müssen.¹⁹⁸

Die Möglichkeit der Video-Verhandlung und der Beweisaufnahme im Wege des Freibeweises sind Durchbrechungen der sachlichen Unmittelbarkeit, die es im österreichischen Zivilprozessrecht nicht gibt. Demgegenüber kennt die dZPO keine Regelung, die jener des § 281a öZPO gleicht, was wiederum der Unmittelbarkeit zugutekommt. Bei einem generellen Vergleich ist erkennbar, dass die deutsche ZPO noch mehr Ausnahmen zugunsten der Verfahrenskonzentration ermöglicht, was insbesondere beim Freibeweis zu einer allgemeinen Aushöhlung der Unmittelbarkeit führt.

Auf die zeitliche Unmittelbarkeit wird in der deutschen Lehre kaum Bezug genommen, doch ist auch sie in gewissem Maße gesetzlich verankert. § 310 dZPO bestimmt, dass das Urteil in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzu-beraumenden Termin verkündet werden muss. Dazwischen kann ausnahmsweise ein Zeitraum

¹⁹⁷ Ausnahmen müssen bekanntlich gesetzlich vorgesehen sein.

¹⁹⁸ Zur deutschen Rechtsansicht über die Verzichtbarkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wird im Folgenden eingegangen.

von bis zu drei Wochen liegen, wenn wichtige Gründe dies erfordern. § 415 öZPO sieht hier eine Frist von vier Wochen vor. Außerdem ist bei Fällung des Urteils nicht zwangsweise eine Verhandlung anzuberaumen, was als Gefährdung der Mündlichkeit und Öffentlichkeit angesehen werden kann. § 310 Abs 2 dZPO schreibt vor, dass das „verspätet“ gefällte Urteil gleich bei Verkündung in vollständiger Form abgefasst sein muss. Dies ist im österreichischen Zivilprozessrecht ebenso geregelt. Grundsätzlich ist das Urteil aber in beiden Rechtsordnungen möglichst sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung zu fällen, was die Wirkung des noch frischen Eindrucks garantiert. Während § 414 Abs 3 öZPO für das Abgeben des verkündeten Urteils zur schriftlichen Ausfertigung eine Frist von vier Wochen vorsieht, sieht § 317 Abs 1 dZPO eine Möglichkeit der Hinausschiebung der Zustellung vor. Demnach kann die Zustellung des gefällten Urteils bis zu fünf Monaten nach Verkündung geschehen. Berücksichtigt man auch § 318 dZPO, stellt dies doch einen Eingriff in die Rechtssphäre der Parteien dar und bedarf deshalb ihres Einverständnisses (§ 317 Abs 1 dZPO).

Nachdem die drei Aspekte des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in Grundzügen einem Vergleich unterzogen wurden, sind die Folgen der Verletzung des Prinzips zu erörtern. Zunächst ist allgemein anzuführen, dass die dZPO weniger Berufungsgründe enthält als die österreichische. § 513 dZPO normiert, dass die Berufung nur darauf gestützt werden kann, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht oder nach § 529 dZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.¹⁹⁹ Speziell zum Unmittelbarkeitsgrundsatz ist zu sagen, dass die Sanktionen bei einem Verstoß sehr begrenzt sind. Hauptgrund dafür ist § 355 Abs 2 dZPO. Dieser gilt bei der Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter und bestimmt, dass der diesbezügliche Beschluss des Gerichtes unanfechtbar ist. Das würde bedeuten, dass das Gericht nicht nur imstande ist, die diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen (etwa jene des § 375 Abs 1 dZPO) zu überschreiten, sondern sich gar insgesamt über das Gesetz hinwegzusetzen. Es liegt auf der Hand, dass dies nicht im Sinne eines ordnungsgemäßen und fairen Verfahrens sein kann. Unanfechtbarkeit bedeutet auch, dass der Verstoß nicht in der Berufung oder Revision geltend gemacht werden kann (vgl §§ 512, 557 Abs 2 dZPO).

Diese Handhabung der Unmittelbarkeit ist nicht zufriedenstellend. Vertreter der deutschen Lehre sind daher für eine restriktive Auslegung des § 355 Abs 2 dZPO, da die wörtliche Interpretation nicht dem Sinne des Gesetzes entspricht. Als Lösung wird eine Differenzierung angesehen. Eine Anfechtung ist dann ausgeschlossen, wenn behauptet wird, dass das Gericht ei-

¹⁹⁹ Näher dazu siehe §§ 513, 529, 546 dZPO.

ne bestimmte Bestimmung falsch oder exzessiv anwendet. Überträgt das Gericht die Beweisaufnahme jedoch ohne jede gesetzliche Grundlage, ist eine Anfechtbarkeit zu bejahen.²⁰⁰ Dann wäre noch die weitere Frage unklar, ob sofortige Beschwerde gem § 567 Abs 1 dZPO erhoben werden muss oder der Verstoß mittels Berufung oder Revision geltend zu machen ist. Gem § 512 dZPO kann nicht mehr per Berufung geltend gemacht werden, was mit einer sofortigen Beschwerde zu beanstanden war. ME ist selbst bei dieser differenzierenden Sicht die Unmittelbarkeit deshalb ungerechtfertigt verletzt, weil falsche Anwendungen der Ausnahmebestimmungen nicht anfechtbar sind. Es ist unklar, warum dies nicht unter eine Rechtsverletzung des § 546 dZPO zu subsumieren ist und daher jedenfalls mittels Berufung anfechtbar ist. Erklären lässt sich dies wohl nur mit der generellen Zurückdrängung des Grundsatzes.

Im Gegensatz zur Rechtslage in Österreich besitzt das Unmittelbarkeitsprinzip im deutschen Zivilprozessrecht keine Verbindlichkeit auf Verfassungsebene. Das deutsche Bundesverfassungsgericht bezeichnet es als „Ideal ohne Verbindlichkeit nach dem Grundgesetz.“²⁰¹ Die Lehre sieht in der Übertragung der Beweisaufnahme ohne jede gesetzliche Ermächtigung allerdings uU eine Verletzung des Willkürverbotes des Art 3 Abs 1 GG.

Zuletzt soll einiges zur Verzichtbarkeit des Grundsatzes ausgeführt werden. Die deutsche Lehre und Rsp sind der Meinung, dass die Unmittelbarkeit der Parteiendisposition unterliegt und ein Verzicht somit zulässig ist. Bedenkt man die sonstige Regelung, ist diese Sicht nicht weiter überraschend. Auch bei der Form des Verzichtes ist das deutsche Recht großzügig. Generell unterliegen Verstöße gegen die Unmittelbarkeit dem Rügeverzicht des § 295 Abs 1 dZPO. Diese Bestimmung gleicht inhaltlich jener des § 196 Abs 1 öZPO. Bedenkt man die Praxis in Österreich, die vergleichbare Verstöße ebenfalls als rügepflichtige Mängel abtut, ist darin eine Gemeinsamkeit zu sehen.²⁰² Allerdings ist in der österreichischen Lehre die Meinung weitestgehend vertreten, dass Verletzungen dieses Grundsatzes zumindest wesentliche Verfahrensmängel darstellen, was in Deutschland nicht der Fall ist.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das deutsche Zivilprozessrecht zwar keine der Vorschrift des § 281a ZPO vorsieht, sonst jedoch noch stärkere Aushöhlungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes enthält als das österreichische. Va die Möglichkeit des Freibeweises gibt es in der öZPO nicht, ebenso wenig die Beschränkung des § 355 Abs 2 dZPO. Zwar ist es gut durch-

²⁰⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2004) 796.

²⁰¹ B VerfGE 1, 418, 429 = NJW 1953, 177.

²⁰² Die Nachteile dieser Sichtweise wurden bereits unter 2b eingehend erörtert.

dacht, die Notwendigkeit des persönlichen Eindruckes bei Zeugen-, Sachverständigen-, und Parteienbeweisen zu unterstreichen, die fehlende Möglichkeit einer Anfechtung bei Nichtbeachtung dieses Aspekts macht dies jedoch wieder zunichte. Die generelle Handhabung des Grundsatzes im deutschen Zivilprozessrecht genügt mE daher nicht den Anforderungen eines „fairen Verfahrens“ und verrückt das Gleichgewicht zugunsten der Prozesskonzentration zum Nachteil der Wahrheitsfindung.

3) Schluss

a) **Entwicklungstendenz**

Um die Zukunft des Grundsatzes abzuschätzen, muss ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung geworfen werden. Nach der Wertung des historischen Gesetzgebers steht der Unmittelbarkeitsgrundsatz offensichtlich an wichtiger Stelle. *Klein* betont in vielen seiner Werke dessen Wichtigkeit. Etwa sagt er: „Jeder einzelne Process predigt ohne alles Zuthun eindrucklich die unvergleichliche Productivität des unmittelbaren prozessualen Contactes zwischen Richter, Parteien und Beweismitteln und lehrt überzeugend, wie sehr die Unmittelbarkeit den innersten Bedürfnissen des Processes dient und durch sie gefordert wird.“²⁰³ So hatte das Prinzip in der Zeit bis zur ZVN 1983 hohen Rang.

Verstöße gegen gerade diesen Grundsatz wurden teils als Verletzung des rechtlichen Gehörs angesehen und unter den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO subsumiert. Zudem wurde diese Norm als Auffangbestimmung für andere Verstöße herangezogen, die an Schwere gleich oder ähnlich sind. Andere Verstöße bilden zumindest einen wesentlichen Verfahrensmangel. Freilich waren auch damals Möglichkeiten der mittelbaren Beweisaufnahme vorgesehen, doch waren dies nur Fälle der Übertragung an einen ersuchten oder beauftragten Richter. Diese sind in einem beweglichen System der Prozessgrundsätze nicht zu vermeiden und wurden als Ausnahmeregelungen vorgesehen, die das Unmittelbarkeitsprinzip nicht aushöhlen oder einschränken, sondern lediglich gestalten und mit konkurrierenden Interessen harmonisieren sollen.²⁰⁴

²⁰³ *Klein/Engel*, Der Zivilprozeß Österreichs (1927) 208.

²⁰⁴ *Bajons*, FS Fasching (1988) 31.

Die ZVN 1983 bringt Änderungen des Unmittelbarkeitsprinzips mit sich, allen voran § 281a ZPO. Diese Bestimmung eröffnet weitgehend Möglichkeiten der Verlesung von Protokollen statt der direkten Beweisaufnahme. Auch auf das Verfahren zweiter Instanz hat dies wesentliche Wirkung, da die Norm hier ebenfalls angewendet wird. Mit der Zeit hat sich die Bewertung des Grundsatzes ebenfalls geändert. Ein Teil der Lehre betont die Lockerung des Prinzips, da das Gesetz selbst in zunehmendem Maße Ausnahmen vorsieht.

Die wesentlichsten Einschränkungen des Grundsatzes bewirkt nicht zuletzt die gerichtliche Praxis. Es wird ohne weiteres als zulässig betrachtet, auf Gebote der Unmittelbarkeit zu verzichten und Verstöße gegen dieselben werden gar zu rügepflichtigen Formmängeln degradiert. Diese Praxis setzt sich über den Gesetzestext hinweg und entspricht nicht dem Gedanken eines „fairen Verfahrens“. Generell ist die zunehmende Tendenz zur Prozessökonomie und –vereinfachung klar zu erkennen und es erscheint durchaus wahrscheinlich, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz weiter zurückgedrängt wird.

b) Zusammenfassung

Als Resümee kann gesagt werden, dass das Gesetz drei Aspekte der Unmittelbarkeit bestimmt, wobei das Hauptgewicht auf die sachliche, nämlich jene der Beweisaufnahme, entfällt. Diese unterteilt sich wieder in die formelle und die materielle Seite, wobei beide teils ineinandergreifen und dennoch separat zu beachten sind. Vom Grundsatz darf nur in den gesetzlichen vorgesehenen Fällen abgegangen werden, die trotz ihrem Zahlreichtum als Ausnahmen konzipiert wurden und auch so zu behandeln sind. Verstöße gegen das Prinzip sind jedenfalls als wesentliche Verfahrensmängel zu behandeln, wenn nicht gar als Nichtigkeitsgrund. Ein Verzicht auf den Grundsatz kann nicht zugelassen werden, da er nicht der Parteiendisposition unterliegt.

Die Rsp heute drängt diesen Grundsatz wesentlich zurück, was auf den Hang zur Forcierung der Prozessökonomie zurückzuführen ist. Diese ist als Prozessgrundsatz sehr wohl ebenfalls zu beachten, doch wird verkannt, dass stets ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen ihnen beiden herrschen muss. In vielen Fällen muss daher eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden, was letztlich zu einer Interessenabwägung im Einzelfall führt. Bei der Vorgehensweise in der heutigen Praxis findet leider eine derartige Abwägung nicht ausreichend statt.

Literaturverzeichnis

- Bajons*, Beweiswiederholung und Verfahrensergänzung in der Berufungsinstanz, FS *Fasching* (1988) 19-53
- Böhm*, Die österreichischen Justizgesetze (1986)
- Böhm*, Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung des zivilgerichtlichen Verfahrens aus verfassungsrechtlicher Sicht, FS *Machacek/Matscher* (2008) 731- 741
- Dolinar/Holzhammer*, Zivilprozessrecht I (2000)
- Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechtes, ÖJZ 1993,10
- Fasching*, Zivilprozessrecht (1990)
- Fasching*, Die Zivilverfahrensnovelle 1981, JBl 1982,124
- Fasching*, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß §273 ZPO, JBl 1981, 229
- Fasching in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1 (2002)
- Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2005)
- Graf/Schöberl*, Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht? ZAS 2004, 172
- Holzhammer*, Der Beweisgegenstand im Zivilprozess, FS *Holzhammer* (1985) 390
- Klein/Engel*, Der Zivilprozess Österreichs (1927)
- Kodek*, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, ÖJZ 2001, 334.
- König*, §279 ZPO und die „gehörige Fortsetzung“ des Verfahrens, JBl 1976, 303.
- Kralik*, Zur Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1954, 157
- Lüke*, Zivilprozessrecht (2006)
- Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß (1985)
- Oberhammer*, Parteiaussage, Parteienvernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZZP 113 (2000) 295
- Öhlinger*, Verfassungsrecht (2007)
- Rechberger*, Maß für Maß im Zivilprozeß? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion, FS *Baumgärtel* (1990) 471
- Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren (2003)
- Rechberger in Rechberger*, Kommentar zur ZPO (1994)
- Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (2004)
- Rosenberg*, Die Beweislast (1965)
- Schoibl*, Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechtes (1987)
- Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1930)
- Sprung*, Zielsetzung für eine Zivilprozessreform, JBl 1981, 346

Zusammenfassung

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit ist einer der grundlegenden Prinzipien, auf denen die österreichische Zivilprozessordnung beruht. Die Prinzipien lassen sich in zwei Gruppen unterteilen, wobei der Unmittelbarkeitsgrundsatz der Gruppe der „Grundsätze des fair trials“ zuzuordnen ist. Er dient iel der umfassenden Erörterung der Sachlage und ist daher essentiell für die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens.

Das Gesetz unterscheidet drei Aspekte der Unmittelbarkeit. Es sind dies die persönliche, sachliche und zeitliche Unmittelbarkeit. Die persönliche Unmittelbarkeit hat ihren Fokus auf die Person des erkennenden Richters, die sachliche Unmittelbarkeit auf die Vorgehensweise bei der Beweisaufnahme und die zeitliche Unmittelbarkeit auf den Zeitpunkt der Beweisaufnahme sowie der Urteilsfällung. Das Hauptgewicht liegt im österreichischen Zivilprozessrecht auf der sachlichen Unmittelbarkeit, wobei § 276 Abs 1 ZPO die diesbezüglich zentrale Norm ist. Demnach hat die Beweisaufnahme in erster Linie unmittelbar vor dem erkennenden Richter stattzufinden.

Die sachliche Unmittelbarkeit unterteilt sich ihrerseits in die formelle und die materielle Seite, wobei beide teils ineinandergreifen und dennoch separat zu beachten sind. Der formelle Aspekt betrifft die Art und Weise der Beweisaufnahme, während die materielle Seite das Beweismittel selbst betrifft.

Vom Unmittelbarkeitsgrundsatz darf nur in den gesetzlichen vorgesehenen Fällen abgegangen werden, die trotz ihrem Zahlreichtum als Ausnahmen konzipiert wurden und auch so zu behandeln sind. Die lückenlose Durchsetzung ist nicht möglich, da auch andere Grundsätze (in diesem Zusammenhang steht an erster Stelle der Grundsatz der Verfahrenskonzentration) zu beachten sind.

Verstöße gegen das Prinzip sind jedenfalls als wesentliche Verfahrensmängel zu behandeln, wenn nicht gar als Nichtigkeitsgrund. Die Rsp degradiert diese teils lediglich zu rügepflichtigen Mängeln, was nicht rechtens ist. Ein Verzicht auf den Grundsatz kann nicht zugelassen werden, da er nicht der Parteiendisposition unterliegt.

LEBENS LAUF

Mag. Sonja Huber

geboren am 8. Mai 1985 in Shanghai, China

Wohnort: Bräuhäusgasse 62/18, 1050 Wien

Tel. 0669/19024252

E-Mail: soni.huber@gmx.at



Familienstand: ledig

Österreichische Staatsbürgerin

Schulbildung

1991-1994 Volksschule in Shanghai, China

1994-1996 Volksschule Hagenbrunn, NÖe

1996-2004 Bundesgymnasium BRG F21, Wien-Floridsdorf

2004 Matura mit ausgezeichnetem Erfolg

2004 Beginn des Diplomstudiums an der juristischen Fakultät der Uni Wien

2005 Abschluss des ersten Abschnittes im Oktober mit ausgezeichnetem Erfolg

2007 Abschluss des zweiten Abschnittes im Jänner

2008 Abschluss des dritten Abschnittes im Jänner

2008 Beginn des Doktoratstudiums

2010 Beginn des Rechtspraktikums am Bezirksgericht Meidling

Berufserfahrung

2005 Ferialpraktikum in der Anwaltskanzlei Dr. Alois Leyrer, 1080 Wien

2008-2009 Geringfügige Beschäftigung in der Anwaltskanzlei Dr. Stefan Stoiber, 1010 Wien

Sprachkenntnisse

Englisch in Schrift und Sprache

Französisch auf Gymnasialniveau (6 Jahre)

Chinesisch fließend in Schrift und Sprache

Latein auf Gymnasialniveau (4 Jahre)
