
1. Prozessgewinn vor Prozessbeginn. Strategische Überlegungen

Markus Kolland

1.1. Einleitung

Der Zivilprozess ist eine von Rede und Gegenrede geprägte kompetitive Kommunikationsveranstaltung, an deren Ende typischerweise das Urteil als ein weiteres kommunikatives Ereignis steht. Will die Partei diese Veranstaltung gewinnen, so muss sie, wie bei jedem Wettkampf, gute Vorbereitungsarbeit leisten. Der Ausgang des Kampfes hängt nämlich ganz wesentlich von der Qualität jener Arbeit ab, die geleistet wird, bevor die Widersacher in den „Gerichtsring“ steigen. Es ist die Entwicklungsstufe des Streites, in der die Gestaltungsmacht noch vollständig in den Händen der Parteien und noch nicht beim Richter liegt. 1

Die Vorbereitung auf den Prozess kann also genauso wichtig sein wie der eigentliche Prozess. Nicht selten entscheidet sich dessen Schicksal überhaupt schon mit der Vorbereitung.

Die vorprozessuale Phase lässt sich grob schematisch in zwei **Teilphasen** untergliedern, und zwar in den 2

- Zeitraum der Konfliktfreiheit
und in den
- Zeitraum der vorprozessualen Auseinandersetzung.

Die weiteren Betrachtungen widmen sich vorrangig der zweiten Teilphase, was aber nicht die Wichtigkeit der ersten relativieren soll, weil gerade in dieser Phase auf anwaltlicher Ebene entscheidende Schritte getan werden können, etwa im Bereich der Vertragsgestaltung, im Rahmen von Handlungsempfehlungen und bei der Dokumentation des sich entwickelnden Sachverhalts.

Es ist natürlich nicht möglich, eine generelle Handlungsschablone für die vorprozessuale Auseinandersetzung anzubieten. Dennoch gibt es Fragen, die sich regelmäßig stellen und die für den Prozess von zentraler Bedeutung sind. Einige dieser Fragen betreffen die *Sachverhaltsebene*, andere die *rechtliche Ebene*. Wie bei der Anfertigung eines richterlichen Urteils sollen in der Praxis aufgrund der bestehenden Wechselwirkungen stets beide Ebenen zugleich beachtet werden. Daneben ist natürlich immer die *Kostenebene* im Auge zu behalten. 3

1.2. Definition der Ziele eines Rechtsstreites

Am Anfang jeder Überlegung über das Ob und das Wie einer rechtlichen Auseinandersetzung muss die Frage nach dem **Ziel** stehen, das die Partei damit erreichen will. Dieses Ziel besteht meistens in einer **Verhaltenssteuerung**, die durch den Rechtsstreit oder dessen gerichtliche Erledigung herbeigeführt werden soll: Der Gegner soll zur Zahlung gezwungen werden, zur Unterlassung rufschädigender Äußerungen oder der Nutzung von Grundstücken, er soll Rechnung legen, ein Werk fertigstellen oder eine Fertigstellung unterlassen, nicht mehr für den Kläger arbeiten dürfen udgl. Aufgrund einer Rechtsgestaltungsklage kann eine verweigerte Zustimmung durch ein Urteil ersetzt werden, sodass dem Kläger eine **Handlungsbefugnis** erteilt wird. Die Feststellungsklage soll vor allem **Rechtssicherheit** für die Zukunft bringen. 4

Diese schon dem Wesen der Klage immanenten Ziele müssen aber nicht die einzigen sein. Hinter dem Streit können weitere (zum Teil ganz andere), oft höherrangige Ziele materieller und immaterieller Natur, zB persönliche Genugtuung, stehen.

Letztlich besteht das Ziel bei jedem Rechtsstreit darin, mit dem größtmöglichen (materiellen und/oder immateriellen) Gewinn auszusteigen. Der **größtmögliche Gewinn** kann mitunter darin bestehen, den **kleinstmöglichen Verlust** zu erleiden.

In jedem Fall sollte jeder, der sich auf eine gerichtliche Auseinandersetzung einlässt, eine **sorgfältige Kosten-Nutzen-Analyse** anstellen, **ob es sich denn auch lohnt**.

Zu bedenken sind **Faktoren**, die oft **nicht ausreichend beachtet** oder die **unterschätzt** werden: Gerichtsverfahren können weit mehr als nur Geld kosten: Arbeit, Zeit, Ärger, Sorgen, Ängste, Ansehen bspw. Und der **Ausgang** des Prozesses, sobald er einmal streitig geworden, ist **so gut wie immer ungewiss**. Auch wenn man hundertmal recht hat – muss man es allein deswegen nicht bekommen. Die Sache kann am Richter scheitern, der ein Fehlurteil fällt.¹ Es kann aber auch daran liegen, dass der Gegner ganz einfach – „noch rechter“ hat. Oder – und das ist gar nicht selten der Fall –, dass der Partei im Prozess Fehler unterlaufen, die sie später nicht mehr gutmachen kann.

1.3. Objektive Analyse der Ausgangslage

- 5 Jeder Prozessführung muss eine **sorgfältige, nüchterne, objektive Analyse** der Ausgangslage vorangehen, damit eine (einigermaßen) realistische Einschätzung der Erfolgsaussichten vorgenommen werden kann.

Gegenstand der Analyse sind zum einen die Beweislage und damit die **Sachverhaltsebene**; und zum anderen die **rechtliche Ebene**. Gefordert ist auf beiden Ebenen nicht nur eine dialektische **Auseinandersetzung** mit den **eigenen Standpunkten**, sondern auch eine Auseinandersetzung mit den – in der Regel schon bekannten oder zumindest vorhersehbaren – **Standpunkten des Gegners**, um diese im Rahmen der späteren Konfrontation rasch und sicher entkräften zu können.² Besonders wichtig ist ferner, die Augen nicht vor den **eigenen Schwächen** zu verschließen, weil diese nur dann behoben oder gemindert werden können, wenn man sie *sieht*, was aber voraussetzt, dass man sie auch sehen *will*. Im günstigsten Fall lassen sich erkannte Schwächen in Stärken verwandeln.

Beispiel:

Privaturkunde mit nachteiligem Inhalt. Durch ein später entstandenes Dokument oder durch einen Zeugen lässt sich nachweisen, dass den in der Privaturkunde getroffenen Aussagen falsche Annahmen zugrunde lagen.

- 1 Man sollte nicht darauf zählen, dass die Rechtsmittelgerichte den Fehler beheben. Oft genug „betonieren“ sie ihn nur. Oder noch schlimmer, das Instanzgericht „korrigiert“ ein richtiges Ersturteil, sodass daraus ein falsches Instanzurteil wird.
- 2 Bei der vorprozessualen Konfrontation ist darauf zu achten, welche Argumente man bereits ausspielen und welche man vielleicht noch zurückbehalten sollte.

Am Ende der Analyse steht die Entscheidung,

- ob man es auf eine prozessuale Auseinandersetzung ankommen lassen will; und falls ja, auf welche;³
- ob man (vorerst) auf eine außergerichtliche Einigung setzen möchte;
- oder ob man von beidem (vorerst oder endgültig) absieht.⁴

6

1.4. Die Prüfung der Ausgangslage im Erstgespräch

Sofern der Anwalt den Mandanten nicht schon vor Beginn der außergerichtlichen Auseinandersetzung rechtlich begleitet hat, beginnt die Prüfung der Ausgangslage im Erstgespräch mit dem Mandanten. Unabdingbare Grundvoraussetzung für dieses Gespräch ist die ungeteilte Aufmerksamkeit des Anwalts. Das Gespräch sollte daher nicht „zwischen Tür und Angel“ stattfinden und auch nicht durch Telefonate unterbrochen werden (es sei denn, sie betreffen dieselbe Sache).⁵

7

1.4.1. Die Ermittlung des Sachverhalts

Am Anfang jeder Analyse stehen die Fragen: Worum geht es und was ist passiert?

8

Auf eine erste, der Orientierung dienende Grobdarstellung sollte eine chronologisch geordnete Feindarstellung des Sachverhalts folgen. Bei dieser kann der Anwalt oft schon eine Einschätzung der kommunikativen Fähigkeiten des Mandanten gewinnen und erste Schlüsse auf dessen künftiges Verhalten vor Gericht ziehen.

Enthält die freie Sachverhaltsdarstellung des Mandanten nicht alle rechtlich erheblichen Elemente, muss der Anwalt nachfragen. Das muss er auch dann machen, wenn ihm die Art der Schilderung oder das Verhalten des Mandanten, zB dessen Körpersprache oder Wortwahl, verraten, dass dieser etwas (zumeist Unangenehmes) verschweigt. Psychologisch kritische und rechtlich besonders bedeutsame Punkte sollten näher beleuchtet werden. Außerdem sollte der Standpunkt des Gegners eruiert werden.

Schließlich ist eine erste Analyse der Beweislage anzustellen, weil der schönste Sachverhalt nichts nützt, wenn er vor Gericht nicht bewiesen werden kann.

► Tipp:

Zur raschen Aufklärung von Missverständnissen empfiehlt es sich, dass der Anwalt den Sachverhalt in seinen wesentlichen Punkten zusammenfasst und sich – sofern gegeben – die Richtigkeit vom Mandanten bestätigen lässt.

3 Das betrifft etwa die Frage, ob man in der Klägerrolle oder in der Beklagtenrolle stehen will; oder die Frage, welche Art der Klage gewählt wird. Siehe dazu noch Rz 75 ff.

4 In manchen Fällen kann es ratsam sein, sich eine Streitigkeit vorzubehalten, bspw, wenn eine berechtigte Erwartung besteht, dass sich die Ausgangslage noch zum eigenen Vorteil entwickeln werde; oder bei vielschichtigen Auseinandersetzungen, wenn der Streit zunächst auf anderer Ebene – etwa im Rahmen anderer Prozesse – geführt werden soll.

5 Vgl auch *Breucker*, Anwaltsstrategien im Zivilprozess (2006) Rz 11.

1.4.2. Die Prüfung der Rechtslage

- 9 Zuweilen scheitern Klagen schon im Vorfeld daran, dass sich der Anwalt nicht eingehend genug mit der Rechtslage befasst. Das ist aber – abgesehen von sehr einfachen „08/15-Fällen“ – notwendig, will er im Verfahren keine bösen Überraschungen erleben.

Niemand kann alles wissen. Es ist aber wichtig, Wissenslücken rasch und zuverlässig zu schließen. Idealerweise erfolgt dies schon im Laufe des Erstgesprächs. Dazu ist es nötig, dass der Anwalt die vorhandenen Rechtsdatenbanken sozusagen mit dem kleinen Finger zu bedienen weiß. Dies erfordert nicht nur eine gewisse Übung, sondern auch eine Auseinandersetzung mit den vorhandenen Suchfunktionen. Beherrscht man diese, kann man sich nach meiner Einschätzung über den Daumen gepeilt bis zu 50 % an Zeit sparen.

Im **Kapitel A.2.** finden Sie Tipps für eine rasche und zuverlässige Ergründung der Rechtslage, insb bei der Arbeit mit dem Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS).

1.4.3. Die Dokumentation des Erstgesprächs

- 10 Der Mandant könnte ein künftiger Prozessgegner sein. Schon deswegen ist es – ähnlich wie beim ärztlichen Aufklärungsgespräch – wichtig, die zentralen Inhalte des Mandantengesprächs zu dokumentieren. Die Dokumentation dient aber nicht nur der Abwehr künftiger Haftungsansprüche, sondern vor allem auch einem raschen und aussagekräftigen Überblick über den Fall. Sie sollte insb die folgenden Punkte enthalten:

- Zusammenfassung des vom Mandanten geschilderten Sachverhalts
- Ergebnisse der Erörterung der Beweis- und Rechtslage
- Erörterung der Chancen und Risiken, insb auf den Ebenen der Beweisbarkeit, Rechtslage, Kosten und Einbringlichkeit
- Weiteres Vorgehen
- Honorarvereinbarung

➔ **Tipp:**

Idealerweise wird die Dokumentation in den Mandantenbrief mit dem Ersuchen um Durchsicht und allfällige Stellungnahme aufgenommen. Bleibt sie unwidersprochen, kann sie ein wertvolles Beweismittel in einem Haftungsprozess oder in einem Honorarstreit bilden und ermöglicht es zugleich dem Mandanten, übersehene Punkte nachzutragen oder Unrichtigkeiten zu korrigieren.

1.5. Die Beweislage

- 11 Primäre Aufgabe in der Vorbereitungsphase eines Prozesses ist es, auf Basis der Rechtslage den Sachverhalt aufzubereiten. Um diese Aufgabe kunstgerecht erfüllen zu können, muss der **Beweislage** auf den Grund gegangen werden.

Folgende fünf Fragen stellen sich dabei:

- Welche dem eigenen Mandanten bekannten Beweise gibt es?
- Welche Beweise könnte es außerdem geben?
- Welche Beweise können noch hergestellt werden?
- Welche Beweise sollen in den Prozess Eingang finden?
- Wann, wie und von wem⁶ sollen die Beweise in den Prozess eingeführt werden?

1.5.1. Welche dem eigenen Mandanten bekannten Beweise gibt es?

1.5.1.1. Unmittelbar verfügbare bekannte Beweise

Bekannte Beweise können frei verfügbar sein oder auch nicht.

12

Frei verfügbare Beweise sind insofern unproblematisch. Problematisch kann nur die Auswahl der Beweismittel sein, die vorprozessual oder im Prozess eingesetzt werden. Darauf wird in Rz 25 ff näher eingegangen.

1.5.1.2. Nicht unmittelbar verfügbare bekannte Beweise

Beweise können in der Hand von Dritten sein, insb von Privatpersonen, einer Anstalt (zB einer Krankenanstalt), (anderen) juristischen Personen (zB einer Kapitalgesellschaft), einer Behörde oder eines Notars. Ebenso gibt es Orte, die frei aufgesucht werden können (zB eine Bundesstraße); und solche, auf die das nicht zutrifft (zB eine Privatwohnung).

13

➔ Tipp:

Zuweilen sträuben sich herausgabepflichtige Personen aus unterschiedlichen Gründen, Urkunden herauszugeben, bspw Banken an ihre Kunden. In solchen Fällen kann eine Anündigung helfen, die herausgebungspflichtige Person oder deren Mitarbeiter als Zeugen namhaft zu machen und gegebenenfalls Schäden aus der verweigten Herausgabe geltend zu machen.

Ob überhaupt und unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen Sachbeweismittel erlangt werden können, wird auch noch im Kapitel D.3., insb Rz 64 ff näher behandelt.

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn sich die Partei zwar an **Beweismittel** erinnert oder zu erinnern glaubt, diese aber **nicht findet**, was vor allem in verstrickten und langwierigen Auseinandersetzungen, insb bei schwer überschaubarer Urkundenlage der Fall sein kann. Es stellt sich also die Frage: **Welche Beweise könnte ich haben oder hatte ich, die ich nicht finde oder die ich verloren habe?**

14

⁶ Ein Sachbeweis (Urkunde, Auskunftssache, Augenscheinsgegenstand) kann etwa von der Partei oder von einem Zeugen vorgelegt werden.

Beispiel:

Bei den Vertragsverhandlungen und bei der Vertragsabwicklung wurden Hunderte E-Mails ausgetauscht; die Partei ist sich unsicher, ob bzw wie viele dieser E-Mails welchen Inhaltes gelöscht wurden.

➤ Tipp:

Lassen sich E-Mails technisch nicht rekonstruieren, können etwa folgende Maßnahmen ergriffen werden:

- Analyse des vorhandenen E-Mailverlaufs darauf, ob Rückschlüsse auf die Tatsache und gegebenenfalls Inhalte verlorener Dokumente möglich sind;
- Recherche, ob dritte Personen in „cc“ gesetzt wurden und eine Rekonstruktion über diese Dritten erfolgen kann;
- Durchsicht von Korrespondenzen mit Dritten, nicht in „cc“ gesetzten Personen, bei denen es wahrscheinlich ist, dass sie über Inhalte verlorener E-Mails anderweitig informiert wurden;
- Evaluierung von zeitnah zu den fraglichen E-Mails geschaffenen Tatsachen, die Rückschlüsse auf das Vorhandensein oder die Verbreitung solcher E-Mails geben könnten;
- Durchsicht ausgedruckter E-Mails, die danach gelöscht wurden;
- Prüfung aller noch elektronisch vorhandenen Nachrichten des Postein- und -ausgangs auf Verlaufsprotokolle;
- Befragung von Zeugen, ob und inwiefern sie sich an verlorene E-Mails erinnern können;
- Einsichtnahme in Verwaltungs- oder Prozessakten, in denen sich Hinweise finden lassen könnten.

Den Möglichkeiten, die bis hin zur Versetzung in Hypnose gehen können, sind keine Grenzen gesetzt. – Willkommen in der Welt der Prozessvorbereitung!

- 15 Spricht das verlorene Beweismittel aus der Erinnerung *gegen* den eigenen Standpunkt, stellt sich die Frage, ob der *Gegner* darüber verfügen könnte, zB weil er ein verlorenes E-Mail *nicht* gelöscht hat. In diesem Fall muss sich die Partei argumentativ wappnen und nach Beweisen suchen, die den Beweiswert des fraglichen Beweismittels erschüttern könnten.

Spricht das verlorene Beweismittel *für* den eigenen Standpunkt, kann im Prozess versucht werden, seine Vorlage nach §§ 303 ff, 318 oder 369 zu erwirken. Wird die Herausgabe unberechtigt verweigert oder die Innehabung geleugnet, greift die richterliche Beweiswürdigung, auf die durch die Parteiaussage zusätzlich Einfluss genommen werden kann, indem die Innehabung durch den Gegner und der Beweisinhalt möglichst anschaulich und genau dargestellt werden.⁷ Wurden der Name und/oder die Anschrift eines Zeugen vergessen bzw ver-

7 Näheres dazu im Kapitel D.3., Rz 74 ff.

loren, kann der Gegner zur Preisgabe dieser Daten im Wege des § 184 verhalten werden.⁸ Leugnet er die Kenntnis darüber, unterliegt die Weigerung der freien Beweiswürdigung. Diese kann insb davon abhängen, wie nahe der Zeuge dem Gegner steht.

Beispiel:

Ist der fragliche Zeuge ein Arbeitnehmer oder ständiger Geschäftspartner des Gegners, wird seine Weigerung, die Daten des Zeugen offenzulegen, anders zu würdigen sein als bei Zeugen, die der Gegner selbst nur flüchtig kennengelernt hat.

➔ **Tipp:**

Aktive Erinnerungsarbeit der Partei kann durch **intensive Gespräche** über den Sachverhalt **mit einem Vertrauten** unterstützt werden. Ein positiver Nebeneffekt solcher Gespräche ist, dass die Partei **Lücken oder Widersprüche** in ihrer Sachverhaltserzählung leichter **erkennen** kann als durch bloße Denkvorgänge.

Werden Urkunden, Auskunftssachen (zB Pläne) und Augenscheingegenstände (zB Fotos) nicht gefunden, kann diesem Umstand ein **Dokumentations- und/oder Organisationsproblem** zugrunde liegen. Dieses ist häufig selbst verschuldet, was aber nicht zwingend der Fall sein muss. So kann es etwa sein, dass dem Beweismittel, das sich plötzlich als wichtig entpuppt, vor Entstehen des Streites keine Relevanz zugemessen werden musste.

16

Achtung:

1. Es kann einen folgenschweren Verstoß gegen die prozessuale Diligenzpflicht darstellen, wenn eine Partei nicht die ihr zumutbaren Erhebungen pflegt, um alle für den Prozess erheblichen Beweismittel rechtzeitig zu finden. Dies gilt auch für die unterlassene oder verspätete Ausforschung von Zeugen.⁹
2. Bei Zeugen ist zu beachten, dass sich deren Namen zuweilen aus Urkunden ergeben. Übersieht dies eine Partei, kann ein Antrag auf Vernehmung des Zeugen gem § 179 als verspätet zurückgewiesen werden.¹⁰

⁸ Näheres und weitere Beispiele zum Fragerecht nach § 184 im Kapitel C.1., Rz 46.

⁹ Vgl RS0109743, zB 6 Ob 161/19y (unterlassene Nachforschung nach einem E-Mail).

¹⁰ Vgl OLG Wien 22. 6. 2020, 15 R 73/20f (verspäteter Zeugenbeweis: gravierender Fehler des Beweisführers bei der Informationsaufnahme zur Prozessvorbereitung); OLG Graz 29. 1. 2021, 4 R 163/20b (verspäteter Zeugenbeweis: Relevanz der Zuverlässigkeit eines hydrologischen Gutachtens war dem Beweisführer zumindest seit der Klage bekannt; Name des Zeugen ging aus dem Gutachten hervor); OLG Graz 28. 8. 2019, 5 R 93/19i (verspäteter Zeugenbeweis: Auftrag des Erstgerichts nach § 258, sämtliche Beweismittel bis zur VTS bekanntzugeben; das verspätete Beweismittel [Zeuge als Aussteller einer vorgelegten Urkunde] war dem Beweisführer schon früher bekannt – Vorwurf, sich nicht mit den Urkundeninhalten auseinandergesetzt zu haben).

1.5.2. Welche dem eigenen Mandanten unbekannte Beweise könnte es noch geben?

1.5.2.1. Unbekannte Beweise in der Verfügungsmacht des Gegners

- 17 Vorhandene Beweismittel können den Parteien **bekannt oder unbekannt** sein. Gerade in Vertragsstreitigkeiten wird der Gegner zwar häufig über die gleichen Beweise verfügen, vor allem über (gemeinschaftliche) Urkunden. Manchmal hat der Gegner aber noch weitere Beweise, so etwa Fotos von Entwicklungsstadien eines Schadens, die er vorvertraglich nicht übermittelt; oder Urkunden, die ihm von einem Dritten zugespielt wurden; oder Zeugen, die bestimmte Abläufe in Unkenntnis der anderen Partei beobachtet haben.

Es stellt sich also die Frage: **Welche Beweise könnte mein Gegner haben, die ich nicht kenne?**

- 18 Manches Mal **prahlt der Gegner** in der vorprozessualen Korrespondenz mit erdrückenden Beweisen, über die er angeblich verfüge. In solchen Fällen stellen sich zusätzliche Fragen:

- ob der Gegner blufft, um eine Klage abzuwehren oder um sich in eine günstige Position für Vergleichsverhandlungen zu bringen;
- ob er trotz möglicher strafrechtlicher Sanktion nicht davor zurückschreckt, ein falsches Beweismittel herzustellen, etwa eine Lugurkunde;

Beispiel:

Der Bauträger lässt einen seiner Subunternehmer eine rückdatierte, inhaltlich falsche Bestätigung über eine prozessrelevante Tatsache ausstellen.

- ob er Zeugen beeinflusst oder eingeschüchtert hat, oder ob er dies noch zu tun gedenkt;
- oder ob die Behauptung vielleicht auch stimmt.

Je ängstlicher die Partei ist, umso größer muss das Geschick des Anwaltes sein, eine objektiv unbegründet erscheinende Verunsicherung aufzulösen, damit der Mandant nicht den Kopf verliert und Fehlentscheidungen trifft. Das Gebot in solchen Fällen lautet: **In aller Ruhe analysieren und auf Plausibilität prüfen.**

➔ Tipps:

1. Das Gericht kann in der Beweiswürdigung auch das gesamte vor- und außerprozessuale Verhalten der Parteien berücksichtigen, soweit dieses Eingang in den Prozess gefunden hat.¹¹ – Zu dickes Auftragen schadet der Glaubwürdigkeit.
2. Der Gegner kann über Beweise verfügen, bspw über unverdächtige Mitteilungen an Dritte, die die eigene Glaubwürdigkeit schwer beeinträchtigen können.

11 § 272 Abs 1; vgl etwa RES0000156; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 272 Rz 1. Näheres zur richterlichen Beweiswürdigung im Kapitel D.2., Rz 1 ff.

Beispiel:

Die Scheidung steht vor der Tür. WhatsApp-Nachricht eines Freundes des Mannes an die Ehefrau: „Hallo, Flora! Ich bin fassungslos. Gerade hat mich der Günter angerufen und mich gefragt, ob ich im Falle des Falles aussagen kann, dass er sich gestern Abend mit mir und nicht mit seiner neuen Flamme getroffen hat. Aber da spiele ich nicht mit. Liebe Grüße, Martin. PS: Als Zeuge sage ich sicher nicht aus. Habe ich Günter auch schon gesagt. Obwohl ich sein Freund bin.“ Zwei Minuten später löscht Martin die WhatsApp-Nachricht; da hat sie Flora aber schon gelesen und als Beweismittel gesichert.

1.5.2.2. Beiden Parteien unbekannte Beweise

Außerdem kann es Beweise geben, die zwar vorhanden sind, die aber *beide* Parteien nicht kennen. Es stellt sich also die Frage: **Welche Beweise könnte es noch geben?** 19

➔ Tipps zu 1.5.2.:

1. Die Einsichtnahme in **öffentliche Register** wie das Grund- und das Firmenbuch und in deren Urkundensammlungen oder in die Ediktsdatei kann ebenso wie eine gründliche Internetrecherche wertvolle Dokumente und andere Beweismittel offenbaren.¹²
Wer entsprechendes Geschick hat, kann in manchen Fällen trotz Anonymisierung sogar im **Rechtsinformationssystem des Bundes** durch Schlagwortsuche wertvolle Informationen tatsächlicher Natur gewinnen, zB über frühere Projekte des Gegners, die zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt haben. Bei großen Bauunternehmen und Bauträgern sollte auch in **verwaltungsgerichtliche Entscheidungen** geblickt werden, weil sich gerade aus der darin enthaltenen Darstellung von Großprojekten, etwa in UVP-G-Verfahren, systematische Unregelmäßigkeiten bei gegnerischen Projekten ergeben können.
2. Zu beachten ist, dass die **Daten aus öffentlichen Registern** wie dem Grund- und dem Firmenbuch **nicht offenkundig** iSd § 269 sind, sodass dazu nicht nur Vorbringen zu erstatten, sondern auch Beweis zu erbringen ist.¹³
3. Durch **Recherchen über soziale Foren** können ebenfalls wertvolle Informationen gewonnen werden, bspw über andere „unzufriedene“ Kunden (und damit potenzielle Kontrollbeweise), die Geschäftspraktiken eines Unternehmens schildern, oder über öffentliche Rufschädigungen oder Verfolgungshandlungen eines Stalkers.

1.5.3. Welche Beweise (und Tatsachen) können noch hergestellt werden?

Bei der Analyse der Beweislage kann sich herausstellen, dass es Lücken in der Beweisführung gibt; dass die Beweislage unsicher ist; oder dass die derzeitige Tatsachengrundlage als nicht 20

¹² So können etwa personelle und ökonomische Verflechtungen auf Seiten des Gegners aufgedeckt werden.

¹³ Vgl RS0111112.

ausreichend günstig einzuschätzen ist. In solchen Fällen kann versucht werden, weitere Beweise zu produzieren.

- 21 Bei Beweismitteln, die erst geschaffen werden sollen, stellt sich zudem die Frage, **ob** es auch **nötig** ist, die **Sachverhaltslage zu verändern** oder in eine bestimmte Richtung zu wenden.

Damit ist zugleich die Frage angesprochen, **wie lange** mit der Einleitung eines Prozesses **zugewartet werden kann und soll**.¹⁴

In jedem Fall ist das **Verjährungsrecht** im Auge zu behalten, wobei stets die stRsp zur Verjährung von Ansprüchen im Fall der Unterlassung der rechtzeitigen Erhebung eines Feststellungsbegehrens zu beachten ist,¹⁵ weil die schönste Tatsachen- und Beweislage nichts nützt, wenn der Anspruch verjährt ist.

Steht noch ausreichend Zeit zur Verfügung, können **neue Sachverhaltslagen und neue Beweismittel** geschaffen oder gefunden werden. So können etwa noch private Sachverständigengutachten eingeholt, Korrespondenzen geführt oder andere Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände hergestellt werden. Und man kann versuchen, den Gegner zu Fehlern zu verleiten.

Lässt sich etwa ein Rechtsbruch des Gegners nicht ausreichend beweisen, kann sich die Beweislage durch weitere gleichartige Rechtsbrüche, die aber besser dokumentiert werden, entscheidend verbessern, auch hinsichtlich früherer (vielleicht viel bedeutenderer) Vergehen.

.....

Beispiel:

Nachbar B betritt widerrechtlich das Grundstück des A und beschädigt dieses. Vor Zeugen zur Rede gestellt, bestreitet er. A klagt (noch) nicht, installiert aber eine (nur sein Grundstück überwachende)¹⁶ Kamera und ertappt den B, der wiederum sein Grundstück betritt. Jetzt klagt er ihn nicht nur auf Unterlassung, sondern wegen des früheren Verstoßes mit Beschädigung des Grundstücks auch auf Schadenersatz.

.....

- 22 Vor allem bei Vertrags- und Dienstbarkeitsstreitigkeiten muss in Betracht gezogen werden, dass dem **Gegner ebenso viel Zeit** zur Verfügung steht, um sich in Position zu bringen und seine Beweislage zu stärken.

Ebenso ist zu erwägen, dass der **Gegner mit einer Klage zuvorkommen** könnte, bspw mit einer Besitzstörungsklage oder einer negativen Feststellungsklage.

- 23 Beweise können auch durch **vorgelagerte** oder **flankierende Prozesse** oder im Rahmen einer **Teileinklagung** gewonnen werden.

¹⁴ Diese Frage stellt sich nicht nur für den potenziellen Kläger, sondern auch für den künftigen Beklagten, der gegebenenfalls versuchen könnte, den Kläger von einer Klage vorläufig abzuhalten.

¹⁵ Vgl zuletzt etwa 4 Ob 14/23x mwN.

¹⁶ Rechtlich gesehen kommt es für die Unzulässigkeit einer Überwachung auf den Überwachungsdruck an, den der Überwachte nach dem Eindruck, der sich für einen unbefangenen, objektiven Betrachter bei Betrachtung der Kamera ergibt, empfindet; vgl etwa RS0107550 (T3); auch RS0127583.