



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Moderne Entwicklungen im Beweisrecht
der österreichischen Zivilprozessordnung“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Monika Maier

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2017 / Vienna, 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it ap-
pears on the student record sheet:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the
student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

*Für all meine Lieben,
die mich auf diesem Weg stets unterstützten sowie ermutigten und
immer an mich geglaubt haben.*

VORWORT

Großer und herzlicher Dank gilt Herrn Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny, den ich nicht nur als Vorgesetzten und als besonderen Mensch schätzen und kennen lernen durfte, sondern der mir als Betreuer meiner Dissertation stets zur Seite stand. Ich bedanke mich für die Übernahme der Betreuung, für die Ermutigung zum Weitermachen und die sehr wertvollen Anregungen, die er mir zu Teil werden hat lassen. Ohne ihn wäre das Abfassen dieser Dissertation nicht möglich gewesen.

Weiters möchte ich mich auch recht herzlich bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Thomas Klicka für die Übernahme der Zweitbegutachtung bedanken.

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	9
I. Einleitung.....	17
II. Überblick der historischen Entwicklung des zivilprozessualen Beweisrechts	19
A. Allgemeines	19
B. Reformen.....	22
1. Zivilverfahrens-Novelle 1983	23
2. Zivilverfahrens-Novelle 2002	23
3. Zivilverfahrens-Novelle 2004	25
4. Zivilverfahrens-Novelle 2009	26
C. Modernisierung des Zivilprozessrechts	26
D. Eindringen moderner Informationstechnologien in den österr Zivilprozess.....	27
1. Einleitung.....	27
2. Elektronisches Mahnverfahren.....	28
3. Elektronischer Datentransfer.....	30
4. Zusammenfassung.....	32
III. Überblick der gesetzlichen Neuerungen im Beweisrecht	33
A. Zivilverfahrens-Novelle 2009	33
B. 2. GeSchG	36
C. Die Beweisaufnahme im Ausland.....	38
D. Der Geheimnisschutz im Beweisrecht	41
IV. Allgemeines zum Beweisrecht der Zivilprozessordnung	43
A. Beweisverfahren	43
1. Allgemeines	43
2. Beweismaß	43
3. Behauptungs- und Beweislast.....	44
4. Prozessgrundsätze	44
5. Grundsätze für die Gestaltung des Verfahrens	45
6. Gang des Verfahrens.....	47
B. Beweisaufnahme	48
1. Grundsätze für die Beweisaufnahme.....	48
2. Beweisaufnahme durch den ersuchten oder beauftragten Richter.....	54
3. Verfahren bei der Beweisaufnahme	54
4. Beweisaufnahme im Ausland	55
C. Beweismittel.....	55
1. Allgemeines	55
2. Beweismittel im Einzelnen.....	58

V. Europäisches Zivilprozessrecht	64
A. Allgemeines	64
B. Die Beweisaufnahme im Ausland.....	64
1. Beweisaufnahme eines österr Gerichtes im Ausland.....	65
2. Beweisaufnahme ausl Gerichte in Österreich.....	69
C. EuBVO	71
1. Allgemeines	71
2. Beweisaufnahme durch den ersuchten Mitgliedstaat.....	72
3. Ersuchen um unmittelbare Beweisaufnahme	75
4. Dialogische Beweisaufnahme	76
5. Einsatz moderner Kommunikationstechnologien	77
VI. Die Videokonferenz	80
A. Definition	80
B. Geschichte	80
C. Gesetzliche Grundlagen.....	83
1. § 91a GOG	83
2. Videokonferenzerlässe	83
3. EuBVO	83
4. § 39a JN.....	84
5. § 35 AußStrG.....	84
6. § 277 ZPO	84
7. Budgetbegleitgesetz 2011	85
8. Art 10 EU-RhÜbk	85
9. StPO	85
D. Technische Aspekte	86
E. Geltungsbereich und Anwendungsfälle der Videokonferenzen	89
1. Strafprozess	89
2. Zivilprozess	90
3. Unternehmensrecht.....	91
F. Verfahrensablauf	93
1. Ausstattung der Gerichte mit Videokonferenzenanlagen.....	93
2. Bestellung einer Betreuungsperson	93
3. Raumverwaltung und Videokonferenzräume	93
4. Anberaumung und Durchführung einer Videokonferenz	94
G. Grenzüberschreitende Videokonferenz.....	94
H. Exkurs: Identitätsfeststellung mittels Videoidentifikation	95
I. Vorteile der Videokonferenz	96
J. Nachteile der Videokonferenz	98
K. Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz	99

VII.	2. GeSchG	102
A.	Einleitung.....	102
B.	Opferschutz.....	102
1.	Opferbegriff.....	102
2.	Rechte der Opfer	103
C.	Prozessbegleitung	104
D.	Absehen von der Vernehmung.....	105
1.	Einleitung.....	105
2.	Anwendungsvoraussetzungen	106
E.	Abgesonderte Vernehmung	107
1.	Einleitung.....	107
2.	Durchführung der Vernehmung.....	108
3.	Anwendungsvoraussetzungen	110
F.	Gerichtliche Entscheidung	111
1.	Absehen von der Vernehmung.....	111
2.	Abgesonderte Vernehmung	112
G.	Getrennte Räume in Gerichtsgebäuden	113
1.	Allgemeines	113
2.	Nationale Umsetzung	113
3.	Internationale Umsetzung	114
4.	Fazit.....	115
H.	Kontradiktorische Vernehmung.....	116
1.	Allgemeines	116
2.	Gesetzliche Regelung	116
3.	Ablauf der kontradiktorischen Vernehmung	117
I.	EXKURS: Neuerungen durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016	119
1.	Allgemeines	119
2.	Ausbau der Opfer- und Beschuldigtenrechte	120
3.	Ausblick auf bevorstehende StPO-Novellen	122
VIII.	Der Geheimnisschutz im Beweisrecht	125
A.	Allgemeines	125
B.	Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen	126
1.	Begriff.....	126
2.	Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.....	127
3.	Schutz von Berufsgeheimnissen im Strafprozess.....	131
C.	Know-How Richtlinie.....	134
1.	Einleitung.....	134
2.	Gegenstand der RL	134
3.	Fazit.....	135
D.	Enforcement-Richtlinie.....	136

1.	Einleitung.....	136
2.	Umsetzung des Art 6 Enforcement-RL	137
3.	Fazit.....	138
D.	Geheimnisschutz und effektiver Rechtsschutz	139
E.	In-Camera Verfahren	139
1.	Definition	139
2.	Beschränkung des rechtlichen Gehörs	140
3.	Durchsetzung des Verfahrens	140
4.	Ausschluss der beweisbelasteten Partei.....	141
5.	Ausschluss der nicht beweisbelasteten Partei	142
IX.	Modernste Kommunikationstechnologien als Beweismittel	144
A.	Einleitung.....	144
B.	Digitale Beweismittel.....	145
1.	Internet.....	145
2.	E-Mails	147
3.	Soziale Netzwerke.....	150
4.	Videoüberwachung	154
5.	Videoaufzeichnung	155
C.	Unsicherheiten digitaler Beweismittel	158
1.	Manipulierbarkeit	158
2.	Fälschung.....	159
3.	Datensicherheit	160
D.	Fazit	160
X.	Verwertbarkeit von digitalen Beweismitteln	164
A.	Rechtswidrig erlangte Beweismittel.....	164
1.	Allgemeines	164
2.	Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel	164
3.	Rechtsgrundlagen.....	165
4.	Zusammenfassung.....	166
B.	Moderne Beweismittelführung.....	167
XI.	EXKURS: Schiedsverfahren mit modernen Kommunikationstechnologien	170
A.	Einleitung.....	170
B.	Schiedsverfahren via Internet	171
1.	Abschluss des Schiedsvertrages	171
2.	Grundsätze der Verfahrensgestaltung	172
3.	Beratung und Abstimmung der Schiedsrichter	175
4.	Schiedsspruch	175
5.	Zusammenfassung.....	175

XII. Rechtsvergleichende Betrachtungen im Überblick	177
A. USA.....	177
B. Österreich	178
C. Deutschland	179
XIII. Der „virtuelle Zivilprozess“.....	182
LITERATURVERZEICHNIS	185
INTERNETQUELLEN	195

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS¹

A

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C = Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L = Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	Absatz
ADV	Automationsunterstützte Datenverarbeitung
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung JGS 1781/13
AHG	Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20
AktG	Aktiengesetz 1965 BGBl 1965/98 (Legalabkürzung: BGBl I 2009/71)
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (1970 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer]
ARD	ARD-Betriebsdienst [Lit und E 2000 ff: Heft/Nummer/Jahr]
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl 2003/111
ausl	ausländische, -e, -er, -es
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51

B

Bd	Band
BeweisVO	Beweisverordnung
begr	begründet
BG	a) Bezirksgericht b) Bundesgesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt [österreichisch: Jahr/Nummer]; ab 1997: Teil Jahr/Nummer]
Blg	Beilage, -n
BlgNR	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	a) Bundesminister, -in b) Bundesministerium
BMeiA	BM für europäische und internationale Angelegenheiten
BMJ	BM für Justiz
BRÄG	Berufsrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2009/141
BRZ	Bundesrechenzentrum
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
BVwG	(deutsches) Bundesverwaltungsgericht

¹ Die Abkürzungs- und Zitierweise folgt im Wesentlichen *Friedl/Lobenstein*, AZR – Abkürzungs- und Zitierregele der österreichischen Rechtssprache und europarechtliche Quellen⁷ (2012).

bzw beziehungsweise

C

ca cirka oder zirka (ungefähr)
CB Fachzeitschrift Compliance Berater
CD-ROM Compact Disc Read-Only Memory
CoC Chain-of-Custody

D

d deutsch (vor einer anderen Abkürzung)
ders derselbe
DES Dokumenteneinbringservice
DNS Domain-Name-Server
Dr. Doktor, -in
DRdA Das Recht der Arbeit (1951 ff) [Lit 1956 ff: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer]
DRiZ Deutsche Richterzeitung (1909 – 1935, 1950 ff)
DSG Datenschutzgesetz 2000 BGBl I 1999/165
DSL Digital Subscriber Line

E

E Entscheidung
ecolex Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (1990 ff) [Lit: Jahr, Seite; E 1999 ff: Jahr/Nummer]
EDRM Electronic Discovery Reference Model
EF-Z Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (2006 ff) [Lit: Jahr/Nummer oder Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer]
EG Europäische Gemeinschaft, -en
EGMR Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E-Mail electronic mail
EMRK (*auch: MRK*) Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
ERV Elektronischer Rechtsverkehr
EU Europäische Union
EuBagatellVO VO (EG) Nr 861/2007 vom 11.7.2007 zur Einführung eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl L 2007/199, 1
EuBVO Europäische Beweisaufnahme-Verordnung VO (EG) 1206/2001 des Rates vom 28.5.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen ABl L 2001/174, 1
EuEheKindVO (*auch: Brüssel IIa-VO oder EuGVVO II*) VO (EG) 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und im Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der VO (EG) 1347/2000 ABl L 2003/338, 1

EuGVVO (<i>auch: Brüssel I-VO</i>)	= VO (EG) 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im Zivil- und Handelssachen, ABl L 2001/12, 1
EuGVVO 2012 (<i>auch: Brüssel Ia-VO</i>)	= VO (EG) 1215/2012 des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im Zivil- und Handelssachen, ABl L 2012/351, 1
EuInsVO	Europäische Insolvenz-Verordnung VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl L 2000/160, 1
EuMahnVO	Verordnung (EG) Nr 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl L 2006/399, 1
EuVTVO	Europäische Vollstreckungstitel-Verordnung VO (EG) 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl L 2004/143, 15
EuZVO	Verordnung (EG) 1393/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten („Zustellung von Schriftstücken“) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 1348/2000 des Rates, ABl L 2007/324, 79
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung (1934 – 1938, 1946 ff) [Jahr/Nummer]
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F	
f	und der, die folgende
FB	Forschungsband
FMA	Finanzmarktaufsicht
FM-GwG	Finanzmarkt-Geldwäschegesetz
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
FS	Festschrift
G	
GEG	Gerichtliches Einbringungsgesetz BGBl 1962/288 (Kurztitel: BGBl I 2009/52)
gem	gemäß
GES (<i>früher: GeS aktuell</i>)	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht (2002 ff; <i>früher: Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht</i>) [Lit und E: Jahr, Seite]
GeSchG	BG zum Schutz vor Gewalt in der Familie BGBl 1996/759
2. GeSchG	Zweites Gewaltschutzgesetz BGBl I 2009/40
GesRÄG	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz
ggf	gegebenenfalls
GGG	Gerichtsgebührengesetz BGBl 1984/501
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBI 1906/58
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz RGBI 1896/217
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (1967 ff) [Jahr, Seite]
GVG	(deutsches) Gerichtsverfassungsgesetz RGBI 1877/41

H

hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber

I

idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
iFamZ (bis 2007: FamZ)	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (2006 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer]
IHR	Internationales Handelsrecht – Zeitschrift des Rechts des Internationalen Warenkaufs und –vertriebs (2001 ff) [Lit und E: Jahr, Seite]
IP	Internetprotokoll
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts [Jahr, Seite]
ISDN	Integrated Services Digital Network
iSd	im Sinne des, - der
iwS	im weiteren Sinn
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht

J

JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (1990 ff) [2000 ff: Jahr/Jahr/Nummer oder Jahr/Jahr, Seite]
JB	Jahrbuch
JBl	Juristische Blätter (1872 – 1938, 1946 ff) [Jahr, Seite]
JGS	Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1781–1848)
JN	Jurisdiktionsnorm RBGI 1895/111
JSt	Journal für Strafrecht (2003 ff) [Lit: Jahr, Seite; E: Jahr/Nummer]
JusGuide	JusGuide [Jahr/Woche/Nummer]
jusIT	Fachzeitschrift für Rechtsinformation, Datenschutz und IT-Recht (2008 ff) [Lit und E: Jahr/Nummer, Seite]

K

KartG	Kartellgesetz 2005 BGBl I 2005/61
-------	-----------------------------------

L

LAN	Local Area Network
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur

M

Mag.	Magister
mE	meines Erachtens
ME (<i>auch: MEntw</i>)	Ministerialentwurf
Mio	Millionen
MR	Medien und Recht (1983 ff) [Lit und E 1987 ff: Jahr, Seite]

N

NetV	Nova et Varia (Zeitschrift des Juristenverbandes)
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung (1858 – 1938, 1949 ff) [Lit 2002 ff: Jahr/Nummer oder Jahr, Seite; E 2002 ff: Jahr/Nummer; E in Firmenbuchsaachen 2005 – 2012: Jahr, Teil Nummer]

O

ö	österreichisch, -e, -er, -es (nur vor einer anderen Abkürzung)
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (1946 ff) [Lit 2002 ff: Jahr/Nummer oder Jahr, Seite; E 2002 ff: Jahr/Nummer]
öterr	österreichisch, -e, -er, -es (wenn nicht vor einer anderen Abkürzung)
OLG	Oberlandesgericht
Online-IDV	Online-Identifikationsverordnung

P

PatG	Patentgesetz 1970 BGBl 1970/259
PC	Personal Computer
Prof.	Professor

R

RDB	Rechtsdatenbank
RdN (<i>auch: Rn, RN</i>)	Randnote, Randnummer
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft [Lit und E 2002 ff: Jahr/Nummer]
RGBl	Reichsgesetzblatt [deutsch: Jahr ggf Teil Seite; österreichisch: Jahr/Nummer]
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie der EU

RL Know-How	Richtlinie (EU) 2016/943 des europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl L157/1 von 15.6.2016
RL Opferschutz	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates von 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl L 2012/315, 57 von 14.11.2012
RL Rechtsbeistand	Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu deinem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl L 2013/294, 1 von 6.11.2013
R.L.R.	Ritsumeikan Law Review
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen (1991 ff) [Lit 2000 ff: Jahr, Nummer]
RZ	Österreichische Richterzeitung (1907 – 1938, 1954 ff) [Lit: Jahr, Seite; E 1973 ff: Jahr/Nummer]
Rz	Randzahl
S	
s	siehe
S	a) Satz b) Seite, -n
SIAK	Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis (2004 ff) [Jahr, Seite]
SigG	Signaturgesetz BGBl I 1999/190
SMS	Short Message Service
sog	sogenannt, -e, -er, -es
SPG	Sicherheitspolizeigesetz BGBl 1991/566
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten, veröffentlicht von seinen Mitgliedern unter Mitwirkung der Generalprokuratur (1921 – 1938, 1946 ff) [Band, Nummer]
StGB	Strafgesetzbuch BGBl 1974/60
StPO	Strafprozessordnung 1975 BGBl 1975/631
StPRÄG I 2016	Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016
SVG	Signatur- und Vertrauensdienstegesetz BGBl I 2016/15
T	
TV	Television (deutsch: Fernsehgerät)

U

ua	a) und andere, -s b) unter anderem
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
UWG	BW wegen unlauteren Wettbewerb 1984 BGBl 1984/448

V

V	Verordnung
VBN	Vermittelndes Breitbanddatennetz
vgl	vergleiche
VO	EG-Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

W

WebERV	Webbasierter Elektronischer Rechtsverkehr
WGN	Wertgrenzennovelle
WGO	Gerichtsordnung für Westgalizien JGS 1776/329

Z

Z	Zahl (<i>auch: Zl</i>), Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (2005 ff) [Lit: Jahr, Seiten; E: Jahr/Nummer]
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (1968 ff) [Jahr, Seite]
ZVN	Zivilverfahrens-Novelle
ZVR-JB	Jahrbuch Zivilverfahrensrecht
ZWF	Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht
ZZP	(deutsche) Zeitschrift für Zivilprozess, begr von Busch (1879 – 1943, 1950/51 ff) [Band, Seite]
ZZPInt	(deutsche) Zeitschrift für Zivilprozess international (1996 ff) Jahr, Seite]

Aufgabe des Richters ist es, durch straffe Leitung des Verfahrens und in enger Fühlung mit den Parteien dahin zu wirken, dass jede Streitsache nach gründlicher Vorbereitung möglichst in einer einzigen Verhandlung aufgeklärt und entschieden wird (...)

Nur so gelangt man zu einem lebendigen Verfahren mit voller Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, das dem Richter eine sichere Findung der Wahrheit ermöglicht und dessen Verlauf die Parteien mit Verständnis und Vertrauen verfolgen können.

(Franz Klein)

I. Einleitung

„Widerstehen wir der Versuchung, uns an dieser Stelle gleich das Szenario einer Gerichtsverhandlung der Zukunft näher auszumalen, bei der die Verfahrensbeteiligten, Zeugen und Sachverständige zu Haus bleiben, die Anwälte in ihren Büros an den Schreibtischen oder in eigens bereitgehaltenen Videostudios sitzen und sich alle mit den Gerichtspersonen in einem virtuellen Gerichtssaal eben nur scheinbar versammeln. ...

Gegen eine so weitgehende Nutzung der neuen Informationsaustauschverfahren sprechen wohl doch noch hoffentlich lange Zeit unsere kommunikations- und erkenntnistheoretischen Einsichten über den guten Sinn und Zweck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und der anderen Verfahrensprinzipien, die sicherstellen sollen, dass Personen mit Personen von Angesicht zu Angesicht verhandeln, dass Menschen über die Menschen richten dürfen, dabei nicht eine Sekunde in die Fehlvorstellung verfallen, es handele sich um ein virtuelles Geschehen, um ein Spiel oder einen Film.“²

Hamm berichtet als hessischer Datenschutzbeauftragter zweifelnd und kritisch von seinen Befürchtungen und zugleich Besorgnissen eines zukünftigen virtuellen Gerichtsverfahrens, bei dem sämtliche Vorteile einer derartigen modernen und neuen Kommunikationsform hinten an gehalten werden.³ Die Vorteile der Kosten- und Zeitersparnis eines virtuell gestützten Verfahrens werden jedoch von der Angst, der Verwendung einer vermeidbar störungsanfälligen Technologie bei der gerichtlichen Wahrheitsfindung, erfolgreich verdrängt.

Hamm spricht von einer „Versuchung eines virtuellen Gerichtsverfahrens“ und hinterfragt, ob man dieser technischen Weiterentwicklung wohl widerstehen könne. Weiters bezieht er sich auf ein, seiner Meinung nach, zukünftig bestehendes „Spannungsverhältnis der Videokonferenz mit den Prozessmaximen“. Als kritisch äußert er auch die Vereinbarkeit völlig neuer Kommunikationsformen im Zivilprozess mit den allgemeinen Verfahrensprinzipien und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz. Inwieweit können Parteienvertreter oder sogar auch Richter mittels Videokonferenz in einem virtuellen Gerichtssaal zugespielt werden?

Im deutschen Zivilprozess wird eine derartige Unvereinbarkeit der Videokonferenz mit den Prozessmaximen jedenfalls kritischer gesehen, als im österr Zivilprozess.

² Hamm, Datenschutz im Internet zur Verschlüsselung von E-Mails, DRiZ Bd 75 (1997) 418 f.

³ Nissen, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess (2004) 15 f.

Im österr Zivilprozess sind selbstverständlich auf die allgemeinen Verfahrensprinzipien bei der Beurteilung der neuen und modernsten Kommunikationsformen Bedacht zu nehmen, jedoch stehen heutzutage - ohne Zweifel - die prozessualen Vorteile wie zB die Kosten- und Zeitersparnis im Vordergrund.

Im österr zivilgerichtlichen Verfahren hängt die Abwehr oder die erfolgreiche Durchsetzung der Ansprüche von folgenden wesentlichen Faktoren ab:

- Beweismittel: Können digitale Medien als Beweismittel herangezogen werden? Welche verfahrensrechtlichen Vorschriften sind anzuwenden?
- Beweiswert: Welchen Überzeugungsgrad haben digitale Medien im Beweisverfahren und sind sie zu Beweiszwecken überhaupt geeignet?
- Beweislast: Welcher Partei obliegt die Tatsachen- und Behauptungslast?

In weiterer Folge wird, aufgrund der Darlegung des Beweisrechts im österr Zivilprozess, die Verwendung modernster Kommunikationstechnologien sowie die Entwicklung des österr Zivilprozessrechts im Rahmen dieser Arbeit näher erläutert.

Beginnend mit der historischen Entwicklung und einem Überblick über die gesetzlichen Neuerungen des Prozessrechtes werden ausgewählte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Etablierung und Durchführung der zivilgerichtlichen Videokonferenz und der Vereinbarkeit mit den Verfahrensprinzipien sowie den Inhalt einer kontradiktorischen Vernehmung, den Geheimnisschutz und den Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Beweisrecht dargelegt.

Im Zusammenhang mit den modernsten Kommunikationstechnologien wird die mögliche Verwertbarkeit digitaler sowie rechtswidrig erlangter Beweismittel diskutiert und der „virtuelle Zivilprozess“ mit all seinen Facetten und Möglichkeiten, als ein zusammenfassender Überblick, analysiert.

II. Überblick der historischen Entwicklung des zivilprozessualen Beweisrechts

A. Allgemeines

Der österr Zivilprozess des 19. Jahrhunderts glich nach *Sprung*⁴ „*einem tumultuarischen Interessensturnier, in dem die Parteien als Regisseure wirkten und der Richter nur ein geduldiger Mitarbeiter war, ein Hampelmann, der sich nur bewegen durfte, wenn die Parteien ihn am Schnürchen zogen*“.

Das Zivilverfahren war geprägt von Geheimhaltung, Schriftlichkeit, Mittelbarkeit, gebundener Beweiswürdigung und langer Dauer. Es stand unter den Vorstellungen des kanonisch-gemeinen Prozessrechtes, geprägt von der Allgemeinen Gerichtsordnung (AGO) von Kaiser Josef II und den Reformbemühungen von Maria Theresias aus dem Jahre 1781.⁵ Die durch die Habsburgermonarchie zersplitterten Verfahrensrechte sollten nun, unter dem Vorbild des „gemeinen Prozesses“, vereinheitlicht werden. Die gesetzlichen Lücken der AGO, als letzte Kodifikation des gemeinen Prozesses, wurden 1796 mit Hilfe der Westgalizischen Gerichtsordnung (WGO) geschlossen.⁶ Ab dem Jahr 1860 wurden – binnen dreißig Jahren – mehrere zivilprozessrechtliche Entwürfe als Reformversuche ausgearbeitet, wobei keiner der Entwürfe in nationales Gesetz umgesetzt wurde.⁷ Im Jahr 1890 fand der damalige Privatdozent an der Universität Wien, *Franz Klein* mit seiner Idee vom „sozialen Zivilprozess“ so großen Zuspruch, dass er vom österr Justizministerium mit der Ausarbeitung neuer Zivilprozesse beauftragt wurde. Mit seinem Werk „Pro futuro“ gab es erstmals einen Neugestaltungsentwurf des Zivilprozesses.⁸

Eine Neuschaffung des Zivilprozesses mit den Prinzipien der Unmittelbarkeit, Öffentlichkeit, Mündlichkeit und freien Beweiswürdigung stand für *Franz Klein* im Mittelpunkt seines juristischen Schaffens. Das Verfahren sollte billig, einfach und schnell sein. Die Verfahrensgestaltung und –leitung sollten nur dem Richter zustehen, der im staatlichen Dienst zur Streitbeilegung beitrug. Sein Hauptaugenmerk galt einer wirksamen und wahrheitsgemäßen Sach-

⁴ *Sprung*, Die Ausgangspositionen der österreichischen Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht, ZZZ 92 (1979) 7.

⁵ *Ballon*, Gedanken über die sachliche Unmittelbarkeit im Zivilprozess, in FS Machacek/Matscher (2008) 718.

⁶ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 34.

⁷ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 35.

⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 35; *Klein*, Pro futuro (1891) 7, 77 ff.

verhaltsermittlung⁹, die mit der Wahrheitspflicht der Parteien und der materiellen Prozessleitungspflicht des Richters erreicht werden kann.¹⁰

Nicht nur die Wahrheitsfindung durch aktives Zusammenwirken von Richtern und Parteien, sondern auch die Fällung von gerechten Entscheidungen im Rahmen einer von *Franz Kleins* dargelegten Vorstellung einer sogenannten „Arbeitsgemeinschaft im Zivilprozess“ verankert sich als bedeutsame Idee dieses österr Prozessualisten.¹¹

*Franz Klein*¹² führt also wie folgt aus: „Das Verfahren soll unmittelbar werden, das heißt, der Richter und die Parteien sollen sich Aug` in Aug` gegenüberstehen, und diese Unmittelbarkeit ist es, die uns auch den Prozeß billig machen muß. Die Unmittelbarkeit, gut gehandhabt, muß uns notwendigerweise den Prozeß billig machen... Die Unmittelbarkeit wird auch dazu beitragen, daß sich die prozessualischen Sitten ändern, sie wird die Parteien und ihre Vertreter zu knappen, gedrängten, wahrheitsgetreuen Sachverhaltsvorbringen erziehen, alle schlimmen Gewohnheiten, welche das schriftliche Verfahren gezeitigt hat, mit der Zeit beseitigen, namentlich die Sucht, zu verdunkeln und zu verhüllen, zu widersprechen und das Vorbringen zu überladen. Das wird sich im Zuge der Unmittelbarkeit nicht halten können.“

Wie bereits erwähnt, sollte das *Kleinsche* Prozessmodell möglichst rasch, billig und einfach sein sowie eine genaue Untersuchung des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatzes vorgenommen werden. Man spricht in diesem Zusammenhang von der „Sozialfunktion des Zivilprozesses“:¹³

Die Einfachheit¹⁴ des Zivilprozesses muss sich darin widerspiegeln, dass die Gestaltung der Gerichtshandlungen einfach und einleuchtend und der Verfahrensablauf für die Parteien nach Möglichkeit vorhersehbar ist. Mit der Vorhersehbarkeit des Ganges des Verfahrens gehen die Regelung der Rechtsmittel und das Abschätzen der zu entstehenden Verfahrenskosten einher. Die Parteien können aufgrund der Rechtsmittelzulässigkeit, die eindeutig im Gesetz geregelt wird, objektiv die Zulassung eines Rechtsmittels unter bestimmten Voraussetzungen

⁹ Kralik, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895, in *Hofmeister* (Hrsg), FB Franz Klein (1988) 89; vgl dazu *Klein*, Pro futuro 7, 72 ff.

¹⁰ Kralik in *Hofmeister*, FB Franz Klein 91 f.

¹¹ *Kein/Engel*, Der Zivilprozess Österreich (1927) 197.

¹² *Klein*, Rede zum Beratungsgesetz, in *Klein*, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe (1927) I 53.

¹³ *Fasching*, Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in *Hofmeister* (Hrsg), FB Franz Klein (1988) 102 f.

¹⁴ *Fasching* in *Hofmeister*, FB Franz Klein 105 ff.

einschätzen. Auch können die Kosten des Verfahrens pauschal im Vorhinein zB mittels des GGG eingeschätzt und zuverlässig bestimmt werden.

Die Raschheit¹⁵ des Verfahrens ist wohl der höchste Verdienst von *Franz Klein*, den er durch folgende Vorschriften erreicht hat: kurze Rechtsmittelfristen, Festhalten an der Einheitlichkeit der Rechtsmittelhandlung, strenges Neuerungsverbot im Rechtsmittelverfahren, Beschränkung der Vertagungsmöglichkeiten, Amtsbetrieb bei Tagsatzungen und Fristen, strenge Konzentrations- und Präklusionsmöglichkeiten für den Richter und keine richterliche Zubilligung von Prozesseinreden mit prozesshindernder Wirkung.

Die Billigkeit¹⁶ des Verfahrens ergibt sich aus dem Grundsatz der Kostenbeteiligung durch die Parteien als Gemeinschaftsinteresse.

Die Unmittelbarkeit¹⁷ des Verfahrens nennt *Franz Klein* als die „tragende Säule des Prozesses“. Der unmittelbare und lebendige Eindruck des erkennenden Richters der aufgenommenen Beweise, ist zur Wahrheitsfindung unabdingbar. Dem Unmittelbarkeitsgrundsatz kommt vor allem dann zunehmende Bedeutung zu, wenn die richterliche Entscheidung ehestmöglich, nach maximal zwei unmittelbar aufeinander folgenden Verhandlungen, getroffen werden kann.

Die Mündlichkeit¹⁸ des Verfahrens dient zur Sicherung der Unmittelbarkeit. Der Mündlichkeitsgrundsatz wurde jedoch mit der zunehmenden Schriftlichkeit eingeschränkt und zurückgedrängt zB durch die Protokollierung der Verhandlungen. Auch wurde der mündliche Parteilvortrag durch das Zunehmen von Einzelrichterprozessen verdrängt.

Dem Richter obliegt eine materielle Prozessleitungspflicht und den Parteien wird ein umfassendes Mitwirkungsrecht zur Wahrheitsfindung zugesprochen. Die materielle Prozessleitungspflicht des Richters wurde durch ein Belehrungsrecht gegenüber den Parteien zB über eine vorliegende Unzuständigkeit, über Inhaltsmängel in vorgelegten Schriftsätzen deutlich verstärkt.

Die österr Zivilprozessordnung ist am 1.1.1898 in Kraft getreten und hatte Einfluss in verschiedenen europäischen Ländern.¹⁹ Der neu geregelte Prozess wurde im Laufe des Jahres zu

¹⁵ *Fasching* in *Hofmeister*, FB Franz Klein 108 ff.

¹⁶ *Fasching* in *Hofmeister*, FB Franz Klein 110 f.

¹⁷ *Fasching* in *Hofmeister*, FB Franz Klein 112 ff.

¹⁸ *Fasching* in *Hofmeister*, FB Franz Klein 111.

¹⁹ *Rechberger*, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, R.L.R. No.25 (2008) 104 ff.

einer Selbstverständlichkeit. Im Juni 1914 wurde jedoch durch die erste Gerichtsentlastungsnovelle, durch die Einführung des Einzelrichters in den Gerichtshofprozessen, eine wesentliche Änderung vorgenommen. Folglich konnte das Verfahren wesentlich beschleunigt und auch verbilligt werden. Von 1938 bis 1945 kam es zu keinen wesentlichen Änderungen im Zivilprozess. Im Jahr 1955 erfolgte eine Zivilprozessnovelle zur Fristenvereinheitlichung und Neuregelung der Zustellung. Bis 1983 erfolgten unterschiedliche prozessrechtliche Veränderungen.²⁰ Als Ausnahme der Einfachheit des Zivilprozesses gilt die alleinige Parteienverantwortlichkeit für das Zuständigkeitsrecht.

Erst mit der Zivilverfahrens-Novelle 1983²¹ erhält der Zivilprozess die bedeutendsten Änderungen:

- Zuständigkeit: Das Gericht hat bei den Zuständigkeiten eine Mitverantwortlichkeit sowie eine Heilungsmöglichkeit bei Unzuständigkeiten.
- Verfahrensart: Die Einführung der Mahnverfahren, die ab dem 1.1.1986 vor den Bezirksgerichten durchgeführt werden können sowie die Möglichkeit der erweiterten Überweisungsanträge.
- Verbesserung: Die Lockerung des Formzwanges durch die Erweiterung der Verbesserungsmöglichkeiten und die Pflicht zur Erteilung von Verbesserungsaufträgen.
- Rechtsmittelrecht: Die Neugestaltung der Revision sowie die Verlängerung der Rechtsmittelfristen und die Erweiterung der Widerspruchs- und Wiedereinsetzungsmöglichkeiten.

Diese bedeutende Entwicklung des österr Zivilprozessrechtes nahm großen Einfluss auf die weltweite Entwicklung des Prozessrechtes. Von anderen Ländern wie zB Deutschland, Frankreich, Skandinavien oder Griechenland wurden die prozessualen Lösungen sowie auch die Kleinschen Leitideen übernommen und dienten zur Neugestaltung ihrer Zivilprozessordnungen.²²

B. Reformen

Der folgende Überblick der Reformen bezieht sich ausschließlich auf die beweisrechtlichen Änderungen bzw Neuregelungen im österr Zivilverfahren.

²⁰ Vgl BGBl 1983/135; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 36; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren⁸ (2010) Rz 4.

²¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 37.

²² *Fasching*, Lehrbuch² Rz 38.

1. Zivilverfahrens-Novelle 1983

Die Verfahrensbeschleunigung, die Vereinfachung und die Verbilligung der Prozesse sowie die Verbesserung des rechtlichen Gehörs sind die entscheidenden Reformziele dieser ZVN.

Erstmals kam es durch die Neuregelung des § 281a ZPO zu einer „Lockerung der Unmittelbarkeit“²³, denn die im Prozess mündlich aufgenommenen und im Protokoll festgehaltenen Beweise können in einem späteren Verfahren in Form einer mittelbaren Beweisaufnahme verlesen werden. Von nun an können Beweisaufnahmeprotokolle und Sachverständigengutachten aus anderen gerichtlichen Verfahren verwendet und nicht nur verlesen werden.²⁴ Vor allem für die Sachverständigengutachten stellt diese Lockerung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes eine enorme Kosten- und Zeitersparnis dar. Den Parteien wird somit die Möglichkeit eingeräumt, auf die Einhaltung der Unmittelbarkeit zu verzichten. Mit der ZVN 1983 trat der Unmittelbarkeitsgrundsatz gem § 276 Abs 1 ZPO in seine heute geltende Fassung und das „elektronische Mahnverfahren“ wurde zum wichtigsten Instrument des österr Zivilprozessrechtes. Damit werden nicht nur die bereits genannten Reformziele verfolgt, sondern auch der Bewältigung des Massenansturms an Zahlungsklagen kann dadurch Abhilfe geschaffen werden.²⁵

Weitere wesentliche Änderungen des österr Zivilprozessrechtes im Zuge der Novelle betreffen die Zuständigkeitsregelungen sowie die Heilbarkeit jeder Unzuständigkeit.²⁶

2. Zivilverfahrens-Novelle 2002

Die ZVN 2002 enthält folgende Schwerpunkte im Bereich der Beweisaufnahme:²⁷ die Prozessförderungspflicht der Parteien²⁸, die Neufassung des § 273 Abs 2 ZPO, die Befristung des Sachverständigengutachtens²⁹, die Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei beim

²³ Fasching, Die Zivilverfahrensnovelle 1981, in FS Fasching (1993) 171.

²⁴ Ballon in FS Machacek/Matscher 724.

²⁵ Rechberger, Zur Wandlung des Erscheinungsbildes des österreichischen Zivilprozesses durch seine Elektronisierung, in FS M. Schneider (2013) 363.

²⁶ Fasching, Lehrbuch² Rz 37.

²⁷ Frauenberger, Die ZVN 2002 – Neuerungen im Zivilprozess, ÖJZ 2002, 16; Rechberger in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² III (2004) § 275 Rz 1.

²⁸ Vgl § 178 Abs 2 ZPO.

²⁹ Vgl § 357 ZPO.

Sachverständigenbeweis³⁰, die Einführung eines Prozessprogramms³¹ sowie die Ausweitung des Mahnverfahrens auf das Gerichtshofverfahren.

Die Prozessförderungspflicht der Parteien nach § 178 Abs 2 ZPO wird erstmals im Zusammenhang mit der Effizienzsteigerung des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens gesetzlich verankert.³² Danach ist von den Parteien eine zeitgerechte Erstattung der Vorträge vorzunehmen, um eine möglichst rasche Durchführung des Verfahrens zu ermöglichen.

Nach der Neufassung des § 273 Abs 2 ZPO kann das Gericht den Schaden- oder Forderungsanspruch nach freier Überzeugung auch in jenen Fällen festsetzen, in denen der Streitwert die betragsmäßige Grenze von € 1.000,- nicht übersteigt. *Klicka*³³ sieht diese Regelung jedoch für rechtsstaatswidrig und auch als einen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK an.

Die Befristung des Sachverständigengutachtens nach § 357 ZPO stellt in der ZVN 2002 keine bedeutende Änderung im österr Zivilprozess dar, da diese Vorschrift bereits zuvor von den Richtern in der Praxis ausgeübt wurde.

Als verfahrensbeschleunigende Neuerung gilt jedoch die Mitteilungspflicht des Sachverständigen, wonach dieser, sollte er die gesetzte Frist zur Gutachtenerstattung nicht einhalten können, dem Gericht binnen 14 Tagen ab Zustellung des Gutachtenauftrags mitzuteilen hat, ob ihm die Gutachtenerstattung möglich ist und in welcher Frist er diese erbringen wird.³⁴

Die gerichtliche Aufforderung zur Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei oder dritten Person beim Sachverständigenbeweis stellt in § 359 Abs 2 ZPO eine durchaus problematische Neuregelung dar. Es stellt sich die Frage der Vollstreckbarkeit des nicht anfechtbaren gerichtlichen Beschlusses zur Mitwirkungspflicht, wenn diesem nicht Folge geleistet wird.³⁵

Aus dem Gesetz ist nicht ersichtlich, ob dieser Mitwirkungsauftrag einen Vollstreckungstitel bildet oder nicht. Geht man davon aus, dass es sich um keinen Vollstreckungstitel handelt,

³⁰ Vgl § 359 Abs 2 ZPO.

³¹ Vgl § 258 Abs 1 Z 4 ZPO.

³² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 286; *Konecny in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ II/1 (2014) Einleitung Rz 69/3.

³³ *Klicka*, Die österreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung – ein Vergleich zur deutschen ZPO-Reform 2002, ZZPInt 7 (2002) 189.

³⁴ *Höllwerth*, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002? ÖJZ 2004, 254.

³⁵ *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190.

ist die Regelung sinnlos, da die Nichtbefolgung der gerichtlichen Aufforderung völlig sanktionslos ist. Handelt es sich jedoch um einen Vollstreckungstitel, hat der Sachverständige das Gutachten trotzdem zu erstatten und bei Notwendigkeit eines Ergänzungsgutachtens hat die säumige Partei die Kosten eines solchen Gutachtens zu tragen.³⁶

*Klicka*³⁷ erachtet die Regelung des § 359 Abs 2 ZPO allerdings als sinnlos, denn der Partei entstünde durch die Weiterverweigerung der Kostenerstattung des Nachtragsgutachtens ein Prozessgewinn und zusätzlich gänzlicher Entfall der Kostentragung. Auch *Höllwerth*³⁸ zweifelt an der Effizienz dieser Kostensanktion aus denselben Gründen.

Durch die ZVN 2002 wird anstelle des Beweisbeschlusses das „Prozessprogramm“ in den § 258 Abs 1 Z 4 ZPO eingeführt. Das Prozessprogramm, welches vom Gericht und von den Parteien erstellt wird, dient zur Erörterung darüber, welche Beweismittel zu welchen Tatsachenbehauptungen aufgenommen werden. Es wird der weitere Prozessverlauf festgehalten.

3. Zivilverfahrens-Novelle 2004

Die Einführung der mit 1.1.2005 wirksamen Bestimmung des § 91a GOG erfolgte durch die ZVN 2004.³⁹ Dabei regelt § 91a GOG erstmals die „Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung bei der Beweisaufnahme“.⁴⁰

Danach kann das Gericht in zivilgerichtlichen Verfahren nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten und unter Berücksichtigung der Verfahrensökonomie, statt der Einvernahme durch einen ersuchten Richter, eine unmittelbare Beweisaufnahme unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung durchführen.⁴¹ Folglich war es den Zivilgerichten nun möglich, Personen während einer Verhandlung zu vernehmen, die vor ein ausl. Gericht geladen wurden. Die durch § 91a GOG entstandene Zeit- und Kostenersparnis stellt einen erheblichen Vorteil der Videokonferenz statt der Einvernahme im Rechtshilfeweg dar. Die Videokonferenztechnologie hatte sich bereits im Strafverfahren bewährt und wird von *Ballon*⁴² als „Meilenstein“ bezeichnet.

³⁶ Vgl § 359 Abs 2.

³⁷ *Klicka*, ZZPInt 7 (2002) 190.

³⁸ *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 259.

³⁹ *Schmidt*, Vernehmungen mit Videokonferenztechnik, in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2009 (2009) 169; vgl BGBl I 2004/128.

⁴⁰ *Rechberger*, Die Anwendung moderner Informationstechnologien im österreichischen Zivilprozess, in *Welser*, Neuere Privatrechtsentwicklungen in Österreich und in der Türkei (2013) 135 f; *Fucik* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ I (2013) § 39a JN Rz 21.

⁴¹ Vgl § 91a GOG.

⁴² *Ballon*, Die Entlastung der Zivilgerichte in Österreich, in *FS Rechberger* (2005) 37.

4. Zivilverfahrens-Novelle 2009

Die Möglichkeit der Beweisaufnahme, unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung, wird erstmals als „Videokonferenztechnologie“ statt der bisherigen Einvernahme im Rechtshilfeweg, in der Zivilprozessordnung gesetzlich in § 277 ZPO geregelt.⁴³ Nunmehr können Sachverständige, Zeugen und Parteien mittels Videokonferenz im Zivilverfahren einvernommen werden. Die Inanspruchnahme der Videokonferenztechnologie lag vorerst im Ermessen des Gerichtes. Erst durch das Budgetbegleitgesetz 2011 ist das Gericht verpflichtet, eine Videokonferenz vorzunehmen.⁴⁴

Kennzeichnend für die ZVN 2009⁴⁵ ist weiters auch der Erlass nationaler Ausführungsbestimmungen zur EuMahnVO⁴⁶, die im Wesentlichen dem österr Mahnverfahren folgt. Auch das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen nach der EuBagatellVO, die verpflichtende Beiziehung eines Gebärdensprachendolmetschers, die generelle Einführung der Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens sowie die Wiedereinführung eines inländischen Zustellbevollmächtigten gehen aus der ZVN 2009 hervor.⁴⁷

C. Modernisierung des Zivilprozessrechts

Für die Modernisierung und Reformbestrebungen des Zivilprozessrechtes bedarf es die Notwendigkeit unterschiedlicher Ursachen:⁴⁸

Einerseits sind aufgrund des Territorialprinzips auch die Rechtsordnungen anderer Staaten zu berücksichtigen, andererseits müssen die verfassungsrechtlichen Individualrechte des Einzelnen in der innerstaatlichen Rechtsordnung eingehalten werden. Das Beweisrecht hat sich auch durch völker-, staats- und verfassungsrechtliche Einflüsse weiterentwickelt, sodass Reformbestrebungen folgten.⁴⁹

Die weltweit wirtschaftliche Entwicklung wird vorangetrieben von einem enorm rasanten technischen Fortschritt, einer zunehmenden Vernetzung der Wirtschaftsbeziehungen und einem fortlaufenden Wandel der Bevölkerung. Somit ist es zwangsläufig notwendig, ausl

⁴³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ 785; *Fucik* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ I § 39a JN Rz 21.

⁴⁴ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 136; *Reisenhofer*, Neuerungen im Zivilverfahrensrecht durch das Budgetbegleitgesetz 2011, JAP 2011/2012, 41.

⁴⁵ Siehe dazu Näheres in Kapitel III. A.

⁴⁶ *Rechberger* in FS M. Schneider 365.

⁴⁷ *Mair*, Neuerungen im Zivilverfahrensrecht durch das 2. GeSchG und die ZVN 2009: Verbesselter Schutz für Opfer von Gewalt, Ausführungsgesetzgebung zur EuMahnVO und EuBagatellVO sowie Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens, JAP 2009/2010, 46.

⁴⁸ *Fasching*, Modernisierung des zivilrechtlichen Streitverfahrens, in FS Fasching (1993) 114 ff.

⁴⁹ *Fasching* in FS Fasching 114 f.

Rechtsordnungen anzuerkennen und in weiterer Folge, zwischenstaatliche Übereinkommen zu vereinbaren sowie prozessrechtliche innerstaatliche Rechtsordnungen zu überholen. Als Beispiel für einen Zusammenschluss mehrerer europäischer Staaten, um die gemeinsame Wirtschaftspolitik zu fördern, kann die EWG, nunmehr die EU, genannt werden. Die weltweite Entwicklung der Wirtschaft und Politik machen es notwendig, ausl Rechtsordnungen nicht nur faktisch, sondern auch tatsächlich in das österr Prozessrecht einzubeziehen, also zwischen den unterschiedlichen Rechtsordnungen Brücken aufzubauen, um damit das internationale Verfahrensrecht zu bestärken und auszuweiten.⁵⁰

Jeder Einzelstaat unterliegt innerstaatlichen Verfassungsordnungen, die einen Rechtsschutz für den einzelnen Bürger aussprechen und sich vor allem nicht widersprechen dürfen. Es muss eine Harmonisierung des Rechtsschutzes gewahrt werden, denn mit einer Zunahme an staatlichen Aufgaben werden auch viele Rechtsvorschriften erlassen. Folglich wird das Recht des Staates dem Recht des Einzelnen gegenübergestellt. Die ZPO muss daher entsprechend den verfassungsrechtlichen Grund-, Menschen- und Freiheitsrechten angepasst werden.

Das erstmalige Einsetzen noch fremder Prozessmaximen in die ZPO sowie die „Entstehung moderner und neuer Beweismittel“, wie etwa Lichtbilder, Filme, Schallträger (zB Tonbänder und Schallplatten)⁵¹ oder Beweisformen wie zB Meinungserforschung der Öffentlichkeit oder bestimmter (Verbraucher)Gruppen,⁵² bieten den Gerichten weitreichendere technische und wissenschaftliche Möglichkeiten, das Zivilverfahren im Bereich des Beweisrechtes zu erweitern.

Das Streben nach einer Kosten- und Zeitersparnis des Verfahrens sowie den Einfluss von erweiterten technischen Möglichkeiten zur Prozessgestaltung rücken in den Vordergrund, womit eine „Rationalisierung des Verfahrens und des Gerichtsbetriebes“ die Folge ist.⁵³

D. Eindringen moderner Informationstechnologien in den österr Zivilprozess

1. Einleitung

Ohne die Hilfsmittel der modernen Technik könnte die Dauer der Zivilverfahren nicht verkürzt werden, es würde keine Arbeitsentlastung und auch keine Erleichterung des internationalen Rechtsverkehrs geben. Im Laufe der letzten Jahrzehnte wurde der Zivilprozess unaufhaltsam mit neuen technischen Kommunikations- sowie Informationsmöglichkeiten ausge-

⁵⁰ Fasching in FS Fasching 114 ff.

⁵¹ Fasching in FS Fasching 117.

⁵² Fasching in FS Fasching 117.

⁵³ Fasching in FS Fasching 118.

stattet.⁵⁴ Die Elektronisierung des Zivilprozesses führt selbstverständlich zu Veränderungen des österr Zivilprozessrechtes, die in der Folge detailliert dargestellt werden. Bereits in den 1980er Jahren wurde das Grund- und Firmenbuch auf die automatische Datenverarbeitung umgestellt.⁵⁵

Nach *Fasching*⁵⁶ bleibt der Einsatz der Technik jedoch begrenzt. Er vertritt nicht nur die Tatsache, dass die technische Unterstützung mit enormen Kosten verbunden wäre, sondern erläutert auch die Unersetzbarkeit des Menschen als Träger der Rechtspflege. Er bezeichnet den Ersatz eines Richters gegen einen Computer als Utopie, wobei ihm hier mE beizupflichten ist, denn die rechtliche Beurteilung des Richters und somit sein Werturteil stehen verfassungsrechtlich für eine unabhängige und individuelle Entscheidung, die keinesfalls von einem Computer getroffen werden könnte.

Dass die Elektronisierung des Zivilprozesses, vom elektronischen Rechtsverkehr bis hin zur automationsunterstützten Datenverarbeitung und dem Dokumenteneinbringservice, die Effizienz und die Prozessökonomie fördert, sieht auch *Rechberger*⁵⁷ und meint, dass sich selbst *Franz Klein* und *Hans Schima*⁵⁸, der Prozessualist der Nachkriegszeit, ihr wohl immer noch strenges Urteil über das bestehende Erscheinungsbild des österr Zivilprozesses anpassen müssten, dies aufgrund der Veränderung der Gesellschaft zu einer reinen Kommunikationsgesellschaft. Selbst *Franz Klein* würde seine einst bestehende Abneigung über das Mahnverfahren ablegen und die Entwicklung der zeitgemäßen Justizgesetzgebung akzeptieren müssen.⁵⁹

2. Elektronisches Mahnverfahren

Bereits mit der Zivilverfahrensreform 1895 wurde die Sicherheit der Verfahrensdokumentation anhand Vorschriften über Gleichschriften, Rubriken und Beilagen eingeführt. Doch stellte diese Bürotechnik noch keine echte Rationalisierung dar, sondern kam es zu dieser erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts, mit Vorschriften über das Tonbandprotokoll, das Tele-

⁵⁴ *Rechberger*, in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 129 ff.

⁵⁵ *Kloiber*, Der Einsatz moderner Technik im Zivilverfahren – Der elektronische Rechtsverkehr in FS M. Schneider (2013) 169.

⁵⁶ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 709.

⁵⁷ *Rechberger* in FS M. Schneider 363.

⁵⁸ *Hans Schima* (1984 – 1979) war von 1945 bis 1966 Ordinarius für Zivilprozessrecht an der Universität Wien; der Verfasser ist der zweite Nachfolger auf dessen Lehrstuhl; vgl *Rechberger* in FS M. Schneider 383.

⁵⁹ *Rechberger* in FS M. Schneider 383 f.

fax sowie den elektronischen Rechtsverkehr (im ADV-Mahnverfahren) anstelle des Schriftverkehrs.⁶⁰

Wie bereits erwähnt, wurde mit der ZVN 1983 die Automation des Verfahrens eingeführt und das Mahnverfahren zum wichtigsten Instrument des österr Zivilprozessrechtes. Im Jahr 1992 hat man mit der Einführung der ADV im Exekutionsverfahren begonnen. 1995 erfolgte ein weiterer Ausbau der ADV im Insolvenzverfahren, wobei fünf Jahre später die allgemein zugängliche Ediktsdatei eingerichtet wurde.⁶¹ Mittels der Ediktsdatei werden gerichtliche Bekanntmachungen veröffentlicht zB Insolvenzeröffnungen sowie gerichtliche Versteigerungen von Liegenschaften. Im Jahr 2002 wurde es dann auf das Gerichtshofverfahren ausgedehnt.

Statistiken⁶² zeigen, dass bereits 2011 ca 85 % der Zivilrechtssachen vor den Bezirksgerichten mittels Mahnklagen⁶³ eingebracht wurden, wobei bei weniger als 10 % der eingebrachten Mahnklagen ein rechtswirksamer Einspruch erhoben wurde und daher die Einleitung eines normalen Zivilprozesses erfolgte. Bei den restlichen 90 % der eingebrachten Mahnklagen wird das Verfahren durch die Zustellung eines Zahlungsbefehls beendet und es kommt daher zu keinem Prozess. Aufgrund der höheren Streitwerte stellen sich die statistischen Werte bei den Landesgerichten jedoch wie folgt dar: ca 38 % der Zivilrechtssachen werden mittels Mahnverfahren⁶⁴ durchgeführt, davon werden in Arbeitsrechtsangelegenheiten in ca. 40 % der Angelegenheiten Einspruch erhoben und in Zivilrechtsstreitigkeiten ca 35 %. Diese Statistik zeigt nunmehr, dass das Mahnverfahren heutzutage den Regelfall der prozessualen Erledigung darstellt.⁶⁵

Diese Form der elektronischen Abwicklung hat prägenden Einfluss auf das Europäische Mahnverfahren⁶⁶ (EuMahnVO), daher folgt die EuMahnVO weitestgehend dem Mahnverfahren des österr Zivilprozessrechtes. Die Ziele der Verfahrensvereinfachung, der -beschleunigung und der Verringerung der Prozesskosten lassen sich mit einem „grenzüber-

⁶⁰ Gem § 250 f ZPO erfolgt die Durchführung des Mahnverfahrens oder eine Klagszurückweisung aufgrund einer Unzuständigkeit (sachlich oder örtlich) mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung.

⁶¹ Siehe dazu <http://www.edikte.justiz.gv.at>.

⁶² *Rechberger* in FS M. Schneider 365.

⁶³ Bezirksgerichte: 433.972 Mahnklagen von 509.623 Zivilrechtssachen.

⁶⁴ Landesgerichte: 34.423 Mahnklagen von 89.978 Zivilrechtssachen.

⁶⁵ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 129; *ders* in FS M. Schneider 365.

⁶⁶ Das Bezirksgericht für Handelssachen ist in Wien zentral für alle Klagen im EU-Mahnverfahren zuständig. Vgl *BMJ*, IT-Anwendung in der österreichischen Justiz (2011) 23 im Internet aufrufbar unter https://www.justiz.gv.at/web2013/file/8ab4ac8322985dd501229ce3fb1900b4.de.0/folder_justiz-online_oktober_2011.pdf.

schreitenden Verfahren mit unbestrittenen Geldforderungen“ gänzlich umsetzen. *Rechberger*⁶⁷ weist dezidiert darauf hin, dass es sich beim Europäischen Mahnverfahren um ein fakultatives Verfahren handelt, das einen Zusatz zum nationalen Gerichtsverfahren bildet. Das Wahlrecht zwischen der Beantragung eines nationalen oder europäischen Zahlungsbefehls obliegt dem Kläger bzw dem Antragsteller selbst.⁶⁸ Zur elektronischen Durchführung der EuMahnVO in Österreich ist auf die Verfahrensautomation der Justiz zurück zu greifen.⁶⁹

3. Elektronischer Datentransfer

Dem elektronischen Datentransfer sind der elektronische Rechtsverkehr (ERV) und das Dokumenteneinbringungsservice (DES) zuzuordnen. Dabei ist vorab zu betonen, dass Österreich betreffend die Elektronisierung der Justiz und des Zivilprozesses eine gewisse „Vorreiterrolle in Europa“ einnimmt.⁷⁰

a) Elektronischer Rechtsverkehr

Mittels dem ERV wird eine gesicherte papierlose strukturierte Übermittlung von Daten von Verfahrensbeteiligten bzw den Rechtsanwaltskanzleien zum Gericht (der sog „Hinverkehr“) und zurück (der sog „Rückverkehr“) ermöglicht. Somit unterstützt der ERV eine sichere und zuverlässige Übermittlung der Daten bzw Dokumente unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen.⁷¹ Man versteht darunter eine verfahrensrechtliche, gleichwertige, papierlose elektronische Kommunikation zwischen dem Gericht(en) und der Staatsanwaltschaft(en) einerseits und den Parteien bzw deren Vertretern andererseits.⁷² Fax und E-Mail sind jedoch keine zulässigen Formen des ERV. Dies wird grundsätzlich im GOG bzw in der Verordnung über den ERV geregelt.⁷³

Der ERV ist in Österreich sehr weit fortgeschritten. Mit dem In-Kraft-Treten der ZVN 2009 wurden auch die Bestimmungen zur Verwendung technischer Wort- und Bildübertra-

⁶⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ 1255.

⁶⁸ *Rechberger* in FS M. Schneider 366.

⁶⁹ *BMJ*, IT-Anwendung in der österreichischen Justiz (2011) 27 im Internet aufrufbar unter https://www.justiz.gv.at/web2013/file/8ab4ac8322985dd501229ce3fb1900b4.de.0/folder_justiz-online_oktober_2011.pdf.

⁷⁰ *Rechberger* in FS M. Schneider 384.

⁷¹ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 130; *Kloiber* in FS M. Schneider 170.

⁷² *Grötschl*, Verwendung und Verwertung elektronischer Dokumente im Zivilprozess – E-Mails als Beweismittel (2013) 11; *Rechberger* in FS M. Schneider 367.

⁷³ Vgl BGBl II 2005/481/ERV 2006 idF BGBl II 2009/343.

gung bei der Beweisaufnahme gesetzlich geregelt.⁷⁴ Durch den ERV können das Verhandlungsprotokoll sowie die Zustellung der Entscheidungen vorgenommen werden. Die Datenübermittlung zB Einbringung eines Schriftsatzes erfolgt primär durch den elektronischen Datentransfer. Auch gibt es für Dolmetscher und Sachverständige die Möglichkeit, vom Dokumenteneinbringsservice Gebrauch zu machen.

Weltweit war Österreich das erste Land, das den ERV implementiert hat, denn schon im Jahre 1990 wurde der ERV als Kommunikationsmittel der Gerichte mit den Parteien, gleichberechtigt mit der Einbringung auf Papier, eingeführt. Entwickelt wurde der ERV vom BMJ in Zusammenarbeit mit dem BRZ, der österr Rechtsanwaltskammer und der Telekom Austria. Ursprünglich war die Teilnahme am ERV auf Rechtsanwälte, Notare, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Rechtsträger, die einer behördlichen Wirtschaftsaufsicht unterliegen, beschränkt. Diese Einschränkung wurde jedoch im Juni 2000 aufgehoben, sodass der ERV ab diesem Zeitpunkt für jedermann offenstand. Für die Teilnahme am ERV ist allerdings eine Registrierung bei einer der derzeit sieben Übermittlungsstellen erforderlich.⁷⁵

Im Jahr 2007 wurde der ERV auf eine neue technische Basis gestellt, bekannt als eine nunmehr webbasierte moderne Anwendung (WebERV). Diese Art der Datenübermittlung ermöglicht eine automatisierte Weiterverarbeitung der Daten, denn zB wird bei Gericht auf diese Weise die Registerführung wesentlich erleichtert, Zahlungsbefehle sowie Exekutionsbewilligungen werden automatisch generiert.

Im Jahr 2010 wurde vom BMJ bekannt gegeben, dass ca 6 Mio Euro an Portogebühren eingespart werden konnten, denn ca 5 Mio Eingaben wurden elektronisch mittels Hinverkehr eingebracht und noch einmal so viel mittels elektronischen Rückverkehrs zugestellt.⁷⁶

Im Jahr 2012 kam es zu einer Einsparung von ca 10 Mio Euro an Postgebühren, da rund 6,8 Mio elektronische Sendungen über den Rückverkehr durchgeführt wurden.⁷⁷

b) Dokumenteneinbringungsservice

Das DES wird von Sachverständigen und Dolmetschern angewendet und bringt eine erhebliche Zeit- und Kostenersparnis mit sich, denn Sachverständige können ihre Gutachten und Dolmetscher ihre Übersetzungen an die Gerichte – elektronisch oder per Post – übermitteln.⁷⁸

⁷⁴ Auer, Elektronischer Rechtsverkehr (ERV) (2002) 1 ff online abrufbar unter <http://www.exam.at/update/literatur/pdf/Elektronischer%20Rechtsverkehr.PDF>.

⁷⁵ Telekom Austria AG, ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH; IMD GesmbH, JUSLINE GmbH, ÖGIZIN GmbH, EDV-Technik Dipl. Ing. WENT GmbH, HF Data Datenverarbeitungs GmbH; <http://kundmachungen.justiz.gv.at/erv>; Rechberger in Welser, Privatrechtsentwicklungen 130.

⁷⁶ Rechberger in Welser, Privatrechtsentwicklungen 130.

⁷⁷ Kloiber in FS M. Schneider 170.

Bevor die tatsächliche Übermittlung der Dokumente an die gewünschte Dienststelle der Justiz übermittelt werden kann, müssen die Sachverständigen und Dolmetscher eine Benutzungsberechtigung erlangen, sich beim listenführenden Landesgericht eintragen und sich eine Smartcard mit elektronischem Zertifikat besorgen. Erst dann können die Unterlagen mittels Serverupload zum BRZ vorgenommen werden. Selbstverständlich wird durch diese elektronische Übertragungsform die Übersendung des Gutachtens in Papierform ersetzt.⁷⁹

Für diesen Dokumenteneinbringungsservice der österr Justiz wurde vom BMJ ein Leitfaden erstellt, der sämtliche Informationen zur Einbringung eines Sachverständigengutachtens sowie einer Übersetzung eines Dolmetschers enthält.⁸⁰

Es werden jährlich rund 150.000 Dokumente an die Gerichte versendet, wobei geschätzt davon, auszugehen ist, dass rund zwei Drittel auf elektronischem Wege dem Gericht übermittelt werden.⁸¹ Derzeit besteht noch keine verpflichtende Nutzung des DES, es handelt sich dabei lediglich um eine „Kann-Bestimmung“.

4. Zusammenfassung

Der elektronische Daten- sowie Rechtsverkehr ermöglicht es, dass die Gerichte die Sachverhaltsdarstellungen mittels „elektronischem Akt“ vornehmen können. Selbstverständlich werden elektronisch übermittelte Dokumente zur Vervollständigung der Dokumentation teilweise noch ausgedruckt, jedoch ist die stetige Entwicklung nicht aufzuhalten und der elektronische Akt künftig in der gerichtlichen Praxis auch umgesetzt. Daten, die nicht verkörpert sind, werden als „digitale Daten“ bezeichnet. So sind sie nicht untrennbar mit einem bestimmten Trägermedium zB Papier verbunden.⁸²

Im Zusammenhang mit der elektronischen Aktenführung wird kurz auf den sogenannten „Michigan Cyber Court“⁸³ eingegangen. Dabei wird bei einem Projekt in den USA der Einsatz der verfügbaren Technik im Gerichtsverfahren getestet. Trotz der Mischverwendung von Papier und dem elektronischen Akt, ist es zumindest theoretisch möglich, eine virtuelle Verhandlung durch die gänzliche Einrichtung moderner Informationstechnologien zu schaffen.

⁷⁸ *Rechberger in Welser*, Privatrechtsentwicklungen 132; *ders* in FS M. Schneider 374; vgl *Liebhart*, DES – Dokumenteneinbringungsservice: Kommt der elektronische Akt? RZ 2011, 217.

⁷⁹ *Liebhart*, RZ 2011, 218.

⁸⁰ Die Website des DES (www.des.justiz.gv.at) ging mit 1.10.2010 online. Der Leitfaden ist unter folgendem Link aufrufbar: [http://www.edikte.justiz.gv.at/edikte/ex/edparm3.nsf/h/des_Leitfaden/\\$FILE/Leitfaden_DES.pdf](http://www.edikte.justiz.gv.at/edikte/ex/edparm3.nsf/h/des_Leitfaden/$FILE/Leitfaden_DES.pdf) (Stand 31.10.2016).

⁸¹ *Rechberger in Welser*, Privatrechtsentwicklungen 129 ff.

⁸² *Grötschl*, E-Mails 25.

⁸³ Siehe dazu Näheres in Kapitel VI.

Selbstverständlich werden mit der elektronischen Aktenführung einige Vorteile geschaffen.⁸⁴ Akten sind leichter zugänglich und auffindbar; über Informationen kann rasch verfügt werden; durch das Papierersparnis reduzieren sich auch die Aufbewahrungskosten und selbstverständlich kann mehreren Anwendern zB Anwälten, Richtern etc der gleichzeitige Zugriff auf die Akten ermöglicht werden. Weiters gibt *Kodek*⁸⁵ zu bedenken, dass eine Verbesserung und Strukturierung bzw Gliederung der Schriftsätze auch für den elektronischen Akt erforderlich ist, denn nur so kann der Einsatz der modernen Informationstechnologie vorteilhaft genutzt werden.

Die neuen technischen Möglichkeiten, wie Internet (E-Commerce) oder auch die Einvernahme mittels Videokonferenztechnologie, dienen im Prozess dem Informations- und Kommunikationsaustausch. Mit jeder Veränderung der Zivilverfahrensgesetze, mag sie auch nur geringfügig sein, muss die Rechtssicherheit jedoch gewahrt bleiben. Die Zivilverfahrensgesetze aus dem Jahr 1895 haben sich als sehr vorausschauend und als sehr fähig dargestellt, sich der rasanten technischen Entwicklung anzupassen. All diese neuen technischen Möglichkeiten bringen unterschiedliche rechtliche Aspekte und Herausforderungen für das Gericht zB Richter, Anwälte, Sachverständige etc mit sich.

Auch das ADV-Mahnverfahren wird in elektronischer Form eingeleitet, daher nimmt dieses, wie *Rechberger*⁸⁶ korrekt ausführt, eine „Vorbildstellung“ gegenüber der EuMahnVO ein.

III. Überblick der gesetzlichen Neuerungen im Beweisrecht

A. Zivilverfahrens-Novelle 2009

Die Änderung von Verfahrensgesetzen in der ZVN 2009⁸⁷ führte zu einer wesentlichen Verbesserung des österr Zivilverfahrens. Die technische Wort- und Bildübertragung (Videoeinvernahme) bei der Beweisaufnahme wird erstmals gesetzlich im österr Zivilprozess geregelt. Die bisher in § 91a GOG enthaltenen Bestimmung über die Verwendung einer Videokonferenz wurde inhaltlich unverändert in den neu eingeführten § 277 ZPO sowie in § 35 AußStrG übernommen.⁸⁸

⁸⁴ *Kodek*, Einsatz neuer Informationstechnik im Beweisverfahren, in FS M. Schneider (2013) 337.

⁸⁵ *Kodek* in FS M. Schneider 337.

⁸⁶ *Rechberger* in FS M. Schneider 367.

⁸⁷ Vgl BGBl I 2009/30; Die ZVN wurde am 11.3.2009 vom Nationalrat beschlossen. Sämtliche Regelungen der ZVN 2009 sind mit 1.4.2009 in Kraft getreten, mit Ausnahme der ergänzenden Bestimmungen zur EuMahnVO.

⁸⁸ *Gröger*, Neues aus der Gesetzgebung: Zweites Gewaltschutzgesetz 2009, Zivilverfahrens-Novelle 2009, Steuerreformgesetz 2009, Lohnsteuerrichtlinien 2002 – 2. Wartungserlass 2008, EF-Z 2009/67, 84; *Kloiber*, Übersicht über den Inhalt der Zivilverfahrens-Novelle 2009, Zak 2009/123, 87 f; *Mair*, JAP 2009/2010, 48.

Statt der Einvernahme durch den ersuchten Richter kommt es bei der Videokonferenz zu einer unmittelbaren Beweisaufnahme durch Wort- und Bildübertragung, wobei die technischen Möglichkeiten eines Gerichtes und die Verfahrensökonomie zu berücksichtigen sind.⁸⁹ Mit Hilfe der Videokonferenztechnologie können statt der Rechtshilfeeinvernahme die Nachteile der mittelbaren Beweisaufnahme beinahe gänzlich hintangehalten werden. Daher steht nun den Zivilgerichten die Möglichkeit offen, Personen, die persönlich nicht anwesend sein können und vor ein auswärtiges Gericht geladen wurden oder denen es aus anderen medizinischen Gründen nicht möglich ist, vor dem Gericht zu erscheinen, während einer Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu vernehmen.⁹⁰

Selbst der persönliche Eindruck der zu vernehmenden Person kann nun mittels Videokonferenz vermittelt werden, wobei man sich beim Lesen des Protokolls von der Rechtshilfevernehmung keinen derartigen persönlichen Eindruck verschaffen kann. Das Verwenden von Protokollen über die Beweisaufnahme von einem anderen Gerichtsverfahren nach § 281a ZPO ist zulässig, sofern die Parteien daran beteiligt waren oder dem ausdrücklich zugestimmt haben. Somit stellt die Videokonferenz nicht nur eine rein akustische, sondern auch eine visuelle Kommunikation dar, die das Gefühl der Unmittelbarkeit der Begegnung ganz wesentlich verstärkt.⁹¹

Die deutliche Zeit- und Kostenersparnis stellt einen weiteren Vorteil von Videokonferenzvernehmungen dar, denn für die zu vernehmende Person verkürzt sich der Weg zum Gericht. Auch kann sich das erkennende Gericht einen unmittelbaren Eindruck des Vernommenen machen, und erspart sich und dem anderen Gericht ein eigenes Rechtshilfeverfahren abzuhalten, wodurch es durch den Entfall einer Rechtshilfetagsatzung zur Verringerung der Verfahrensdauer kommt.⁹²

Zu beachten gilt, dass die Informations- und Kommunikationstechnologien sehr stark mit den Grundsätzen der Verfahrenskonzentration und der Prozessökonomie im Zusammenhang stehen. Moderne Technologien führen zu einer Ausgestaltung des Zivilprozessrechtes, denn

⁸⁹ Mair, JAP 2009/2010, 48.

⁹⁰ Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 168 f.

⁹¹ Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 168; ders, Videokonferenztechnologie statt Rechtshilfe, RZ 2006, 265.

⁹² Schmidt, RZ 2006, 266; Erlass des BMJ vom 28.12.2007 BMJ-Pr6205/0003-Pr 4/2007; Christian, Videokonferenzvernehmungen ersetzen Rechtshilfevernehmungen, AnwBl 2008, 4 f.

gerade Videokonferenzen können anstelle von langwierigen Rechtshilfeverfahren Zivilprozesse enorm verkürzen.⁹³

Bis zum Inkrafttreten des Budgetbegleitgesetzes 2011 handelte es sich bei der Videokonferenz um eine Alternative zum Rechtshilfeersuchen. Erst seit dem 1.5.2011 ist das Durchführen einer Videokonferenz erstmals verpflichtend, sofern die Voraussetzungen für eine Rechtshilfe tatsächlich vorliegen. Daher wurde bei jedem Gerichtsgebäude mit Jahresende 2010 eine Videokonferenzanlage eingerichtet.⁹⁴

⁹³ Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 69/7.

⁹⁴ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ 785.

B. 2. GeSchG

Durch das 2. GeSchG⁹⁵ kam es im Jahr 2009 zu wesentlichen Neuerungen, die sowohl das Zivilverfahren als auch das Straf- und Strafprozessrecht betreffen. Bereits durch das GeSchG⁹⁶ wurden grundlegende Meilensteine des Opferschutzes geschaffen. Eine Ausweitung und Weiterentwicklung der Gewaltschutzregelungen, die bisher nur dem Strafverfahren bekannt waren, wurden nun durch das 2. GeSchG in der ZPO und im AußStrG verankert.⁹⁷

Somit bringt das 2. GeSchG, seit der Einführung vor mehr als zehn Jahren, die umfassendste Reform der zivilen Opferschutzregelungen, wie etwa die psychosoziale Prozessbegleitung, die Möglichkeit der abgesonderten Vernehmung, die Sonderbestimmungen zur Vernehmung minderjähriger Personen sowie die Geheimhaltung der Wohnanschrift des Opfers.⁹⁸

Der neu geschaffene § 73b ZPO ermöglicht nun auch einem Opfer im Zivilverfahren eine psychosoziale Prozessbegleitung, sofern der Zivilprozess in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Strafverfahren steht.⁹⁹ Somit wird das strafprozessuale Institut der psychosozialen und juristischen Prozessbegleitung analog auf den Zivilprozess und das Außerstreitverfahren angewendet.¹⁰⁰

Gem § 73b Abs 2 ZPO hat der psychosoziale Prozessbegleiter im Verfahren die Stellung einer Vertrauensperson, die vom Gericht über Verhandlungs- und Vernehmungstermine des Opfers zu verständigen ist; auch wird ihm die Begleitung zu Verhandlungen und Vernehmungen, auf Wunsch des Opfers, zugestanden.¹⁰¹ Die vom Gericht zu bestimmenden Kosten der psychosozialen Prozessbegleitung sind ähnlich geregelt wie die im Strafverfahren.¹⁰² Der Bund trägt die Kosten für die zivilgerichtliche Prozessbegleitung vorläufig nur bis zu einer Höhe von € 800,-, im Falle von Verfahrenshilfe bis zu einer Höhe von € 1.200,-, wobei die

⁹⁵ Das 2.GeSchG wurde am 11.3.2009 vom Nationalrat einstimmig beschlossen und trat mit 1.6.2009 in Kraft; vgl BGBl I 2009/40.

⁹⁶ Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie (GeSchG) BGBl 1996/759, wirksam seit dem 1.1.1997.

⁹⁷ Hager-Rosenkranz, Das 2.Gewaltschutzgesetz 2009 – Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahren, *ecolex* 2009, 560; Mair, JAP 2009/2010, 42.

⁹⁸ Vgl BGBl I 2009/40; Maleczky, Zweites Gewaltschutzgesetz (2. GeSchG), JAP 2009/2010, 6; Roth/Egger, Zweites Gewaltschutzgesetz, EF-Z 2009/93, 126 f.

⁹⁹ Vgl § 73b Abs 1 ZPO; Weiss, Die österreichischen Gewaltschutzgesetze – Ein Überblick, *SIAC-Journal* 2009, 53; Mair, JAP 2009/2010, 45.

¹⁰⁰ Vgl § 7 AußStrG.

¹⁰¹ Vgl § 174 ZPO, § 19 AußStrG; Maleczky, JAP 2009/2010, 6; Roth/Egger, EF-Z 2009/93, 126.

¹⁰² Vgl § 381 Abs 1 Z 9, § 389 Abs 1 StPO.

Kosten vom Gegner im Falle eines Unterliegens nach rechtskräftiger Entscheidung dem Bund zu ersetzen sind.¹⁰³

Durch das 2. GeSchG ist nun auch im Zivilverfahren die abgesonderte Vernehmung, eine sogenannte „kontradiktorische Vernehmung“, also eine Vernehmung des Opfers mittels Videoübertragung, möglich, wenn eine Aussage in Anwesenheit der anderen Parteien bzw des Angeklagten aufgrund des Beweisthemas und der persönlichen Betroffenheit nicht zumutbar ist. Der dafür neu eingeführte § 289a ZPO folgt dem Vorbild der StPO¹⁰⁴ und kommt für jene Zivilprozesse zur Anwendung, die in einem sachlichen Zusammenhang mit einem Strafverfahren stehen.¹⁰⁵ Somit besteht insb für das Tatopfer die Möglichkeit, eine Kontradiktorische Vernehmung zu beantragen.¹⁰⁶ Anderen Personen steht eine Beantragung einer solchen Vernehmung dann zu, wenn für sie die Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter bei der Vernehmung unzumutbar ist.¹⁰⁷ Das Fragerecht der Parteien und ihrer Vertreter erfolgt indirekt über den Richter mittels Videotechnik, sodass dieses uneingeschränkt ausgeübt werden kann und zugleich auch die Interessen des Opfers geschützt werden.¹⁰⁸ Bei unmündigen Minderjährigen ist mit der Vernehmung ein Sachverständiger zu beauftragen.¹⁰⁹

Mit dem neuen § 289b ZPO ist es nun auch möglich, von der „Vernehmung minderjähriger Zeugen oder Parteien“ auf Antrag oder von Amts wegen gänzlich oder teilweise abzusehen, wenn durch die Vernehmung das Wohl des Minderjährigen gefährdet werden würde. Die geistige Reife des Kindes, der Gegenstand der Vernehmung und das Naheverhältnis zu den Prozessparteien entscheiden darüber, ob das Kindwohl im Einzelfall bedroht ist.¹¹⁰ Würde sich der Minderjährige nicht durch die Vernehmung an sich, sondern durch die Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter in dessen Wohl gefährdet fühlen, ist eine abgesonderte Vernehmung, allenfalls durch einen Sachverständigen, vorzunehmen.¹¹¹ Gegebenenfalls ist dem Minderjährigen eine Vertrauensperson beizustellen.¹¹²

¹⁰³ Vgl § 1 Z 5 lit g GEG; *Maleczky*, JAP 2009/2010, 6; *Roth/Egger*, EF-Z 2009/93, 126.

¹⁰⁴ *Klein/Prior*, Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2016 und Ausblick auf bevorstehende StPO Novellen, ÖJZ 2016/19, 865 f; vgl § 165 StPO; § 36 AußStrG.

¹⁰⁵ Vgl § 289a Abs 1 ZPO; BGBl I 2009/40.

¹⁰⁶ Vgl § 65 Z 1 lit a StPO.

¹⁰⁷ Vgl § 289a Abs 2 ZPO; *Maleczky*, JAP 2009/2010, 6; *Roth/Egger*, EF-Z 2009/93, 127.

¹⁰⁸ *Mair*, JAP 2009/2010, 45.

¹⁰⁹ Vgl § 289a Abs 1 ZPO.

¹¹⁰ Vgl § 289b Abs 1 ZPO; *Hager-Rosenkranz*, ecolex 2009, 562; BGBl I 2009/40.

¹¹¹ Vgl § 289b Abs 2 ZPO; *Mair*, JAP 2009/2010, 45; *Roth/Egger*, EF-Z 2009/93, 127; *Weiss*, SIAK-Journal 2009, 49.

¹¹² Vgl § 289b Abs 3 ZPO; BGBl I 2009/40.

Die Entscheidungen nach § 289a ZPO und § 289b ZPO sind unanfechtbar¹¹³, wobei aber die Entscheidung über die Abstandnahme der Vernehmung Minderjähriger nicht abgesondert anfechtbar ist.

Liegt ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse und die Namhaftmachung eines Zustellbevollmächtigten einer Partei im Verfahren vor, wird die Wohnanschrift nur noch dem Gericht in einem gesonderten Schriftsatz bekannt gegeben.¹¹⁴ Der neue § 75a ZPO regelt somit als Maßnahme zum Opferschutz¹¹⁵, dass eine Partei bzw ein Zeuge von der Angabe ihres Wohnortes in allen Schriftsätzen absehen kann.¹¹⁶ Die Wohnanschrift wird daher auch nicht dem Gegner der Partei mitgeteilt. Es obliegt jedoch dem Gericht, eine Interessensabwägung „unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände“¹¹⁷ vorzunehmen und kommt es zu dem Ergebnis, dass das Interesse der gegnerischen Partei an der Bekanntgabe der Wohnanschrift überwiegt, so hat das Gericht dem gegnerischen Antrag auf Bekanntgabe des Wohnortes Folge zu leisten.¹¹⁸

C. Die Beweisaufnahme im Ausland

Befinden sich Beweismittel, die in einem gerichtlichen Verfahren aufgenommen werden sollen, im Ausland, kommt es, je nach der Entscheidung des nationalen Richters, zur Beweisaufnahme im Ausland¹¹⁹ oder zur Herbeischaffung des Beweismittels ins Inland.¹²⁰

Die EuBVO¹²¹ soll die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen verbessern.¹²² Sie dient der Beschleunigung und Vereinfachung der Beweisaufnahme bei Auslandsbelegenheit eines Beweismittels und somit einer erheblich effizienteren Gestaltung der Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg.¹²³

¹¹³ *Maleczky*, JAP 2009/2010/1, 6.

¹¹⁴ Vgl § 74 ZPO, § 75 Z 1 ZPO.

¹¹⁵ *Rassi*, Wenn das Gericht mehr will als die Parteien, ÖJZ 2014/23/24, 1043.

¹¹⁶ Vgl § 10a AußStrG, § 76 Abs 2 ZPO, § 340 Abs 1 ZPO.

¹¹⁷ *Rosenthaler* in *Rechberger*, Kommentar zur Zivilprozessordnung⁴ (2014) § 75a ZPO Rz 6.

¹¹⁸ *Hager-Rosenkranz*, *ecolex* 2009, 561; *Mair*, JAP 2009/2020, 45; *Maleczky*, JAP 2009/2010, 6; *Roth/Egger*, EF-Z 2009/93, 126.

¹¹⁹ Vgl Art 1 Abs 1 EuBVO.

¹²⁰ Vgl § 276 Abs 1 ZPO; Beweismittelimport, Beweismitteltransfer (zB Ladung eines Zeugen aus dem Ausland; Auftrag zur Vorlage einer Urkunde, die sich im Ausland befindet) wird zwar von der EuBVO nicht geregelt, ist aber weiterhin nach dem nationalen Verfahrensrecht zulässig.

¹²¹ VO (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28.5.2001.

¹²² Sie ist am 1.7.2001 in Kraft getreten, gilt allerdings aber erst seit dem 1.1.2004 unmittelbar in jedem EU-Mitgliedstaat mit Ausnahme Dänemarks.

¹²³ *Rechberger/McGuire*, Die Europäische Beweisaufnahme-Verordnung und Österreich, ÖJZ 2006, 829; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 790a.

Mit Hilfe moderner Kommunikationsmittel, insb Video- und Telekonferenzen, erweitert die EuBVO die grenzüberschreitende Beweisaufnahme und erleichtert somit die organisatorische Abwicklung. Mittels Videokonferenz können Parteien am Verfahren teilnehmen und sich das Prozessgericht beteiligen, dies ohne Ortswechsel und mit der Verwendung von modernsten Kommunikationstechnologien. Sie dient zur erheblichen Verbesserung der langwierigen Übermittlungswege und des Übersetzungsproblems.¹²⁴ Erstmals wird die direkte und unmittelbare Beweisaufnahme eines österr Gerichtes im Ausland auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

Im Rahmen der EuBVO gibt es zwei Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Beweisaufnahme: das Ersuchen des Prozessgerichtes um Durchführung der Beweisaufnahme durch das zuständige Gericht eines Mitgliedstaates¹²⁵ oder das Ersuchen des Prozessgerichtes um Durchführung der unmittelbaren Beweisaufnahme in einem anderen Mitgliedstaat.¹²⁶

Beide Arten der Rechtshilfe sind an bestimmte Voraussetzungen geknüpft:

Bei der aktiven Rechtshilfe wird ein Beweisaufnahmeersuchen des ersuchenden Gerichtes an das ersuchte, also örtlich zuständige ausl Gericht, übermittelt.¹²⁷ Das Ersuchen bedarf einer bestimmten Form und eines bestimmten Inhaltes, dessen Mindestanforderungen im Art 4 EuBVO geregelt sind.¹²⁸ Diese Regelung stellt jedoch keine abschließende dar, Form und Inhalt des Rechtshilfeersuchens richten sich primär nach nationalem Recht.¹²⁹ Das Ersuchen ist an eine bestimmte Erledigungsfrist gebunden, und soll auch schnellstmöglich und unverzüglich erledigt werden.¹³⁰ Gem Art 10 Abs 2 EuBVO wird bei der Durchführung dieser Beweisaufnahme das Recht des ersuchten Staates angewendet.

Die passive Rechtshilfe wird vom österr Gericht in seiner Sprache und mit seinem Recht im Ausland durchgeführt, wobei das österr Gericht als Prozessgericht die Genehmigung zur Durchführung der Beweisaufnahme des betreffenden Mitgliedstaates einzuholen hat.¹³¹ Bei

¹²⁴ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 829.

¹²⁵ Vgl Art 1 Abs 1 lit a, 10 bis 16 EuBVO; „aktive“ Rechtshilfe.

¹²⁶ Vgl Art 1 Abs 1 lit b, 17 EuBVO; „passive“ Rechtshilfe.

¹²⁷ Vgl Art 2 Abs 1 EuBVO; vgl *Fucik in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² V/1 (2011) Art 2 EuBVO Rz 3 f.

¹²⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 790a.

¹²⁹ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 831.

¹³⁰ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 832; vgl Art 6 bis 10 EuBVO.

¹³¹ Vgl Art 17 Abs 1 EuBVO; *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 833.

dieser Art der Beweisaufnahme wird vorausgesetzt, dass das Prozessgericht keine Zwangsmaßnahmen setzt und die zu vernehmenden Personen ihre Aussage freiwillig tätigen.¹³²

Nach der EuBVO stehen beide Möglichkeiten gleichrangig zur Verfügung¹³³, wobei die unmittelbare Beweisaufnahme durch das Prozessgericht im Ausland, eine wesentliche Neuerung gegenüber den bisherigen Möglichkeiten darstellt.¹³⁴

Diese Möglichkeit der grenzüberschreitenden unmittelbaren Beweisaufnahme eines österr Gerichtes im Ausland wird erstmals mit den seit 1.1.2004 in Kraft getretenen §§ 291a – c ZPO geschaffen.¹³⁵ Das österr Gericht beurteilt nach den §§ 291a, 291b und 291c ZPO, nach welche dieser zwei Arten der Beweisaufnahme angewendet wird.

Gem § 291a ZPO bildet die passive Rechtshilfe nach österr Recht eine subsidiäre Alternative zur aktiven Rechtshilfe. Dies lässt sich aus den im § 291a Abs 1 ZPO aufgezählten kumulativen Voraussetzungen erkennen. Die unmittelbare Beweisaufnahme im Ausland wird vom österr Gericht nach den Bedingungen der ZPO durchgeführt.

§ 39a JN regelt die Beweisaufnahme ausl Gerichte in Österreich bzw deren Teilnahme an der Beweisaufnahme in Österreich¹³⁶, die vom BMJ zu genehmigen ist.

Die dialogische Beweisaufnahme bildet eine neue und flexible Variante der passiven Rechtshilfe¹³⁷, deren Zulässigkeit sich aus Art 12 EuBVO ergibt.¹³⁸ Die Leitung der Beweisaufnahme erfolgt durch das ersuchte ausl Gericht, welches auch berechtigt ist, Zwangsmaßnahmen durchzuführen. Durch die Beteiligung und Mitverfolgung bei der Beweisaufnahme des ersuchenden Gerichtes, wird der Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht vernachlässigt.¹³⁹ Auch wird die Flexibilität dieser Form der Beweisaufnahme durch die Verfahrensbeteiligung des Prozessgerichtes gewährleistet, da dem Vertreter des Prozessgerichtes ein zusätzliches Fragerecht bei ungenügender bzw fehlerhafter Sachverhaltsdarstellung eingeräumt wird.

¹³² Vgl Art 17 Abs 2 EuBVO; § 288 StGB.

¹³³ *Stadler*, Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in der Europäischen Union – die Zukunft der Rechtshilfe in Beweissachen, FS Geimer (2002) 1288.

¹³⁴ *Neumayr/G. Kodek*, EuBVO – Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (2004) Art 1 Rz 7.

¹³⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 790a.

¹³⁶ Vgl § 39 Abs 3 JN.

¹³⁷ Der Begriff wurde – soweit ersichtlich – von *Schulze*, Dialogische Beweisaufnahmen im internationalen Rechtsverkehr, IPRax 2001, 527 ff geprägt.

¹³⁸ Vgl Art 10 Abs 3 und 3 EuBVO.

¹³⁹ *Neumayr/G. Kodek*, in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Vor Art 1 EuBVO RdN 9.

D. Der Geheimnisschutz im Beweisrecht

Die Schwerpunkte des Geheimnisschutzes im Beweisrecht liegen im Schutz vertraulicher Informationen und im Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. In beiden Fällen wird auf die Umsetzung der Enforcement-RL¹⁴⁰ im österr und deutschen Zivilprozessrecht Bezug genommen, somit wird eine mögliche Einführung eines In-Camera-Verfahrens ausführlich diskutiert.

Vertrauliche Informationen werden in Österreich anhand des Vorlageverweigerungsrechtes dann geschützt, wenn durch die Urkundenvorlage zB ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis verletzt werden würde.¹⁴¹ Der Schutz vertraulicher Informationen wird durch Maßnahmen der Beweismittelbeschaffung und Beweissicherung gewährleistet.¹⁴²

Art 6 Abs 1 der Enforcement-RL schreibt den Mitgliedstaaten vor, sicherzustellen, dass auf Antrag einer Partei, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihres Anspruches wegen einer Schutzrechtsverletzung vorgelegt hat, die zuständigen Gerichte anordnen können, dass die in der Verfügungsgewalt des Prozessgegners befindlichen Beweismittel zur Begründung des Anspruches vorgelegt werden, sofern ein Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet ist. Somit geht Art 6 Abs 1 der RL auf keine Sanktionen einer etwaigen Nichtbefolgung ein, sondern verlangt eine richterliche Anordnungsbezugnis einer Beweiserhebung im Verletzungsprozess sowie die Mitwirkung der Vorlage von Beweisen durch die gegnerische Partei.

Eine vollständige Umsetzung des Art 6 der RL in die österr ZPO blieb aus, da diese bereits die prozessuale Vorlagepflicht von Urkunden durch den Gegner in den §§ 303 - 307 ZPO kennt.¹⁴³ Jedoch kann durch die gesetzlich geregelten Vorlageverweigerungsrechte¹⁴⁴ das Beweis- bzw Informationsdefizit, welches auf der Seite des Verletzten bzw des Klägers entsteht, kaum ausgeglichen werden. Tatsächlich erfüllen aber die §§ 303 ff ZPO die Vorlagen der Enforcement-RL.

¹⁴⁰ RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums. Diese RL wird auch als Enforcement- bzw (Rechts-) Durchsetzungsrichtlinie bezeichnet.

¹⁴¹ Vgl § 305 Z 4 ZPO.

¹⁴² Vgl Art 6 Abs 1, Art 7 Abs 1 der RL.

¹⁴³ Vgl §§ 298 bis 309 ZPO.

¹⁴⁴ Vgl § 305 ZPO.

Im deutschen Recht wird die unbedingte Vorlagepflicht des Gegners materiellrechtlich bestimmt. Die dZPO sieht keine gesetzliche Regelung einer prozessualen Vorlagepflicht¹⁴⁵ durch den Prozessgegner vor, dessen berechtigten Interessen zum Schutz von vertraulichen Informationen jedoch zu beachten sind. Somit erübrigt sich eine gerichtliche Abwägung zwischen Geheimnisschutz und effektivem Rechtsschutz.

Ein Verfahren, bei dem das Unternehmensgeheimnis zwar in den Prozess eingeführt wird, aber der Gegenpartei nicht offenbart wird, wird als ein In-Camera-Verfahren bezeichnet.¹⁴⁶ Durch den teilweisen Ausschluss einer Partei vom Verfahren, wird das rechtliche Gehör dieser Partei erheblich einschränkt.¹⁴⁷ Aufgrund der Einschränkung des rechtlichen Gehörs ist eine Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten vorzunehmen.

Ein Spannungsverhältnis zwischen Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz ist die Folge, denn auf der einen Seite möchte der Schutzrechtsinhaber seine berechtigten Interessen an der Durchsetzung seiner Ansprüche geltend machen und der potentielle Verletzter seine bestehenden Unternehmensgeheimnisse wahren.

Die gesetzliche Grundlage eines In-Camera Verfahrens fehlt sowohl in Deutschland als auch in Österreich. Inwieweit diese Verfahrensart im österr und deutschen Zivilprozess eine Anwendung findet, wird im Laufe dieser Arbeit noch ausführlich diskutiert.

¹⁴⁵ Vgl 423 dZPO.

¹⁴⁶ *Bornkamm*, Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums – In-camera-Verfahren im Zivilprozess? in FS Ullmann (2006) 904; *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfverfahren (1989) 231.

¹⁴⁷ *Bornkamm* in FS Ullmann 904; *Schneider*, Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie, in *Aichberger-Beig/Aspöck/Leupold/Oelkers/Perner/Ramharter*, Vertrauen und Kontrolle im Privatrecht (2011) 165.

IV. Allgemeines zum Beweisrecht der Zivilprozessordnung

A. Beweisverfahren

1. Allgemeines

Das Beweisrecht wird in den §§ 266 - 389 ZPO sehr ausführlich geregelt. Die allgemeinen Bestimmungen über das Beweisverfahren sowie die Regelungen der einzelnen Beweismittel und ihrer jeweiligen Beweisaufnahme sind Inhalt dieser Beweisrechtsvorschriften. Strittige Tatsachen können mit Hilfe des Beweisverfahrens, welches der Beweisaufnahme dient und zugleich Kernstück der mündlichen Streitverhandlung ist, gelöst werden.¹⁴⁸

Es bedarf einer gerichtlichen Klarheit über einen rechtserheblichen Sachverhalt, also einer gerichtlichen Überzeugungskraft von Wahrheit oder Unwahrheit des Sachverhaltes, der „Tatfrage“. Mit Hilfe des Beweisverfahrens erfolgt die richterliche Prüfung der Beweismittel auf ihre Rechtserheblichkeit und ihre Strittigkeit. Als eigentlicher Zweck des Beweisverfahrens wird somit die Überzeugungsbildung des Richters, das Beweismaß, angesehen.¹⁴⁹

2. Beweismaß

Unter dem Begriff Beweismaß versteht man, dass ein gewisser Überzeugungsgrad gegeben sein muss, damit das Gericht eine Sachlage und eine Tatsache als erwiesen anerkennt:

Nach *Rosenberg*¹⁵⁰ wird als Maßstab für die Wahrheitsüberzeugungstheorie ein so „*hoher, der Gewissheit gleichkommender Grad von Wahrscheinlichkeit herangezogen, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch daran zweifelt*“. ¹⁵¹ Bei dieser „Wahrheitsüberzeugungstheorie“ wird auf die subjektive Beweismaßtheorie Bezug genommen, bei der vom Richter eine „volle Überzeugung der Wahrheit der tatbestandsrelevanten Tatsachen verlangt wird“.

Die richterliche Beweiswürdigung folgt jedoch der objektiven Beweismaßtheorie, nämlich der „Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie“. ¹⁵² Danach steht die Feststellung von Wahr-

¹⁴⁸ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren: Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts⁹ (2015) Rz 141.

¹⁴⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 803; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 754.

¹⁵⁰ *Rosenberg*, Die Beweislast³ (1965) 181.

¹⁵¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 802; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 755.

¹⁵² Vgl § 272 Abs 1 ZPO; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 815; aA *Rosenberg*, Beweislast³ 181.

scheinlichkeiten im Mittelpunkt der richterlichen Entscheidung, sodass die hohe Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismaß angenommen wird.¹⁵³

Somit unterliegt die hohe Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismaß teils gesetzlich ausdrücklich vorgesehener und teils richterrechtlich anerkannter Erhöhung oder Reduzierung, so genannte Beweismaßabstufungen.¹⁵⁴

Als Beispiele für die Beweismaßerhöhung, bei der eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss, können das Abstammungsverfahren¹⁵⁵ und die Unmöglichkeit einer Leistung nach § 1447 ABGB genannt werden.

Bei der Beweismaßreduzierung genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, die bei der Glaubhaftmachung gem § 274 ZPO¹⁵⁶ sowie beim Anscheinsbeweis zulässig ist.

3. Behauptungs- und Beweislast

Bei der Behauptungs- und Beweislast¹⁵⁷ geht es um die Frage, wer Tatsachen behaupten und Beweismittel anbieten muss. Der Kläger hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu behaupten und der Beklagte die seiner Bestreitung zugrundeliegenden rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatsachen.

Die objektive Behauptungslast spiegelt sich im Verfahren mit reinem Untersuchungsgrundsatz wieder. Das bedeutet, dass prozessrelevante Tatsachen mittels Parteienbehauptung oder von Amts wegen in das Verfahren eingeführt werden.

Als subjektive Behauptungslast wird die Verpflichtung des Klägers, seine Tatsachen zu behaupten und die des Beklagten, seine Einwendungen einzubringen, verstanden. Folglich hat der Kläger die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen und der Beklagte die rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder hemmenden Tatsachen einzuwenden.

Im Falle einer Beweislosigkeit bleibt also der Sachverhalt für den Richter trotz Vorführung der Beweise unklar (non-liquet). Es kommt somit zur Anwendung der Beweislastregeln, die als Entscheidungsnormen dem Prozessrecht zuzuordnen sind.

4. Prozessgrundsätze

a) Allgemeines

¹⁵³ Klicka, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1995) 30 ff; ders, Grundfragen der Beweislastverteilung im Zivilprozess, JAP 1991/1992, 83; vgl 7 Ob 255/07m = Zak 2008/212; 7 Ob 260/04t = EvBl2005/77; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 755.

¹⁵⁴ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 756.

¹⁵⁵ Fasching, Lehrbuch² Rz 809; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 266 Rz 6.

¹⁵⁶ Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² III Vor § 266 Rz 14.

¹⁵⁷ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 758 ff.

Die Prozessgrundsätze liegen als Prozessmaxime in Form von Leitideen der Prozessgestaltung zu Grunde.¹⁵⁸ Im österr Prozessrecht werden die Prozessgrundsätze nicht taxativ aufgezählt, da sie rechtstechnisch anderen Regelungen, wie dem Verfassungsrecht oder den einfachen Gesetzen, unterliegen.¹⁵⁹ Wird das Gebot der Prozessgrundsätze verletzt, stellt dies einen Nichtigkeitsgrund dar. Für die Verletzung der Prozessmaxime gibt es keine einheitlichen Sanktionen.¹⁶⁰ Weiters findet man im österr Prozessrecht eine Verwirklichung der Prozessgrundsätze in ihrer reinen Form nur sehr selten, es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die technisch-praktischen Verfahrensgrundsätze bedeutend mehr Ausnahmeregelungen einräumen, um die in der Praxis erworbenen Erfahrungen einfließen zu lassen.¹⁶¹

b) Arten der Prozessgrundsätze

Die Prozessmaxime wird in zwei Gruppen unterteilt: Grundsätze, die die Aufgaben zwischen Gericht und Parteien verteilen¹⁶², und Grundsätze für die Gestaltung des Verfahrens.¹⁶³

Einerseits handelt es sich um Grundsätze, die die Aufgaben zwischen Gericht und Parteien regeln: den Dispositionsgrundsatz (Antragsgrundsatz), den Officialgrundsatz (Amtswegigkeit), den Untersuchungsgrundsatz (Amtsbetrieb) und den Verhandlungsgrundsatz (Kooperationsgrundsatz).

Andererseits spricht man von Grundsätzen, die die technisch-praktische Ausgestaltung des Verfahrens betreffen: Der Mündlichkeits-, Unmittelbarkeits- und Öffentlichkeitsgrundsatz, der Grundsatz der Verfahrenskonzentration, der Grundsatz der Waffengleichheit, der Grundsatz des Vorranges der Sacherledigung, der Grundsatz der freien Beweiswürdigung und der Grundsatz des beiderseits rechtlichen Gehörs.¹⁶⁴

5. Grundsätze für die Gestaltung des Verfahrens

a) Freie Beweiswürdigung

Die freie Beweiswürdigung bildet nach § 272 ZPO den zentralen Grundsatz der Beweisrechtsvorschriften.¹⁶⁵ Die aufgenommenen Beweismittel, sei es die Aussage eines Zeugen

¹⁵⁸ Fasching, Lehrbuch² Rz 635 ff; Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 1; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 399.

¹⁵⁹ Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 1/2.

¹⁶⁰ Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 1/1.

¹⁶¹ Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 3.

¹⁶² Fasching, Lehrbuch² Rz 637.

¹⁶³ Fasching, Lehrbuch² Rz 641.

¹⁶⁴ Art 6 EMRK; Grundsätze des fair trial.

¹⁶⁵ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 753 ff.

oder eine Urkundenvorlegung, müssen einer gerichtlichen Auswertung unterzogen werden. Nach der Beweisaufnahme folgt die richterliche Beweiswürdigung.

Gem § 272 Abs 1 ZPO beurteilt der Richter „unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung (Verhandlungswürdigung) und Beweisführung nach freier Überzeugung, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht“. ¹⁶⁶ Die Prüfung des Sachverhalts auf seine Richtigkeit bzw Unrichtigkeit unterliegt nach hM dem richterlichen Überzeugungsgrad, somit der hohen Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismaß. ¹⁶⁷

Grundlage für die richterliche Entscheidung nach bestem Wissen und Gewissen, bilden seine „Lebenserfahrung und Menschenkenntnis“. ¹⁶⁸ Eine Bindung des Richters an die gesetzlichen Beweisregeln ist beim Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht vorgesehen.

Jedoch ist in diesem Zusammenhang die Begründungspflicht gem § 272 Abs 3 ZPO zu beachten, da die freie Beweiswürdigung des Richters keiner Willkür unterliegen darf. ¹⁶⁹ Dabei muss der Richter die Umstände und Erwägungen, welche für seine Überzeugung maßgebend waren, in der Entscheidungsbegründung angeben, denn durch diese Offenlegung seiner Erfahrungssätze wird der Berufungsinstanz die Überprüfung der richterlichen Tatsachenannahme ermöglicht. Das Fehlen einer solchen Überprüfung aufgrund einer nicht vorhandenen oder unzureichenden Begründung des Richters, stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar. ¹⁷⁰ Sollten der richterlichen Entscheidung jedoch keine für die rechtliche Beurteilung erforderlichen Tatsachenfeststellungen enthalten sowie die im Rahmen der freien Beweiswürdigung aufgenommen Beweismittel nicht angeführt sein, ist eine Nichtigkeit gem § 477 Abs 1 Z 9 ZPO gegeben. ¹⁷¹

Durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird dem Richter eine große Verantwortung auferlegt, denn sein Wegweiser ist seine richterliche Subjektivität und nicht die gesetzlich vorgeschriebenen Beweisregeln, wie bei einer gebundenen Beweiswürdigung. ¹⁷²

b) Entscheidung nach freier Überzeugung

Bei der richterlichen Entscheidung nach freier Überzeugung ¹⁷³ gem § 273 ZPO wird auf eine Beweisaufnahme wegen eines zu hohen Aufwandes verzichtet, ein Beweisverfahren fin-

¹⁶⁶ *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren¹² (2009) Rz 222.

¹⁶⁷ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III Vor § 266 Rz 11; *ders*, ZPO³ (2006) Vor § 266 Rz 5.

¹⁶⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 753.

¹⁶⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 817.

¹⁷⁰ Vgl § 477 Abs 1 Z 9 ZPO.

¹⁷¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 817.

¹⁷² Vgl §§ 292 bis 294 ZPO.

det nicht statt. Es handelt sich um ein Verfahrensermessen, also um ein gebundenes Ermessen, das dem Richter vom Gesetz auferlegt wird und bei den Zweckmäßigkeitserwägungen getroffen werden.

Die Ermessensentscheidung orientiert sich nach der persönlichen Lebenserfahrung des Richters, das von ihm erworbene Spezialwissen und die Begrenzung durch den durchschnittlichen Erfahrungs- und Wissensschatz verständiger Menschen unseres Lebenskreises.¹⁷⁴ Als Beweismaß genügt bei diesem Grundsatz ein geringer Grad an Wahrscheinlichkeit.¹⁷⁵

c) Glaubhaftmachung

Wer nach § 274 ZPO eine tatsächliche Behauptung bloß glaubhaft macht (Bescheinigung), hat den Richter von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer Tatsache zu überzeugen.¹⁷⁶ Die Glaubhaftmachung ist in gewissen Fällen gesetzlich geregelt und auch nur dort zulässig.¹⁷⁷ Gem § 274 Abs 1 ZPO ist die sofortige Ausführung der Beweisaufnahme Voraussetzung für die Bescheinigung, um eine rasche Klärung prozessualer Fragen zu gewährleisten. Bescheinigungsfähig sind alle bereits vorhandenen tauglichen Beweismittel mit Ausnahme der eidlichen Parteienvernehmung.¹⁷⁸

6. Gang des Verfahrens¹⁷⁹

Wie bereits erwähnt, ersetzt das Prozessprogramm den Beweisbeschluss¹⁸⁰ und beinhaltet den mit den Parteien besprochenen Prozessverlauf, wenn in der vorbereitenden Tagsatzung kein Vergleich zustande kam/gekommen ist. Durch die fehlende Entscheidungsqualität des Prozessprogramms ist es jederzeit abänderbar und entfaltet weder gegenüber dem Gericht noch gegenüber den Parteien eine Bindungswirkung.¹⁸¹ Daher ist es auch nicht anfechtbar.

Die Beweisaufnahme ist ein wesentlicher Bestandteil und die Hauptaufgabe der mündlichen Streitverhandlung und wird entweder auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen ein-

¹⁷³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 754.

¹⁷⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 814.

¹⁷⁵ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 273 Rz 11.

¹⁷⁶ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 809.

¹⁷⁷ ZB Frist- und Tagsatzungserstreckungsgründe (§§ 128, 135 ZPO), Wiedereinsetzungsgründe (§ 149 Abs 1 ZPO), Zeugnisverweigerungsgründe (§ 323 Abs 1 ZPO), Beweissicherung (§ 386 Abs 1 ZPO).

¹⁷⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 757.

¹⁷⁹ *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 266 Rz 33.

¹⁸⁰ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 906 f.

¹⁸¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 790.

geleitet.¹⁸² Mit Hilfe der Beweisaufnahme erlangt der Richter von den vorgebrachten Beweisen Kenntnis.

Im Anschluss an die Beweisaufnahme erfolgt zwischen dem Gericht und den Parteien eine mündliche Beweiserörterung über die Ergebnisse der aufgenommenen Beweise.¹⁸³ Das Gericht hat eine Tagsatzung zur Beweiserörterung anzuberaumen, wenn es sich um eine Beweisaufnahme handelt, die im Rechtshilfeweg erfolgte. Auch haben die Parteien in diesem Fall das Antragsrecht auf Vervollständigung oder Ergänzung der Beweisaufnahme.¹⁸⁴

Einen Abschluss findet das Beweisverfahren mit dem Akt der richterlichen Beweiswürdigung, die, wie bereits erwähnt, einen wesentlichen Grundsatz des Beweisverfahrens darstellt.

B. Beweisaufnahme

Die Beweisaufnahme entsteht in folgenden Fällen von Amts wegen: wenn es sich um ein Verfahren mit reinem Untersuchungsgrundsatz handelt, wenn der Richter aufgrund seiner materiellen Prozessleitungspflicht entscheidungserhebliche Tatsachen aufgrund eines Parteivorbringens feststellt und wenn das Gericht ihm nötig erscheinende Erhebungen einleitet. In allen anderen Fällen handelt es sich um eine Beweisaufnahme auf Antrag einer Partei.

1. Grundsätze für die Beweisaufnahme¹⁸⁵

a) Unmittelbarkeitsgrundsatz

Als Grundsatz der Beweisaufnahme, lässt sich der Unmittelbarkeitsgrundsatz in die zeitliche, sachliche und persönliche Unmittelbarkeit aufteilen, wobei die sachliche Unmittelbarkeit und somit die persönliche richterliche Wahrnehmung das Zentrum der Sachverhaltsaufklärung ist:

Beim sachlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz sind gem § 276 Abs 1 ZPO die Beweise vor dem erkennenden Gericht aufzunehmen. Aus den vorgelegten Beweisen sollen sich die entscheidungsrelevanten Tatsachen ergeben.¹⁸⁶ Der Richter verschafft sich somit von den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen einen persönlichen Eindruck. Das Urteil kann nur von dem bei der mündlichen Verhandlung anwesenden Richter gefällt werden.¹⁸⁷ Daher ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz sehr stark mit dem Mündlichkeitsgrundsatz verbunden.

¹⁸² Vgl §§ 258 Abs 1 Z5, 259 Abs 1, 275 Abs 1 ZPO.

¹⁸³ Vgl § 278 Abs 2 ZPO.

¹⁸⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 920.

¹⁸⁵ Vgl §§ 275 – 281a ZPO.

¹⁸⁶ *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 39.

¹⁸⁷ Vgl § 412 Abs 1 ZPO.

Die unmittelbare Beweisaufnahme sowie die mündliche Verhandlung sollen durch den erkennenden Richter, der schließlich auch das Urteil fällt, erfolgen. Dadurch wird die persönliche Unmittelbarkeit gewährleistet.¹⁸⁸ Dieser Grundsatz der Beweisaufnahme wird jedoch mehrmals unterbrochen:

Von der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme darf nur ausnahmsweise abgewichen werden. Handelt es sich um eine Abweichung aus prozessökonomischen Gründen, spricht man von der mittelbaren Beweisaufnahme¹⁸⁹, die in zwei Fällen stattfindet: einerseits handelt es sich um die Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg¹⁹⁰ (Beweisaufnahme durch den ersuchten Richter) und andererseits um die Verwendung der Beweismittel aus einem anderen Verfahren gem § 281a ZPO.

Als Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wird auch die Verwendung von Beweisaufnahmeprotokollen aus anderen Gerichtsverfahren gem § 281a ZPO gesehen.¹⁹¹ Dabei werden zB Aussagen von Zeugen und Parteien sowie Sachverständigengutachten aus einem anderen Verfahren vor dem erkennenden Gericht verwertet.

Dabei ist stets auf die materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme Bedacht zu nehmen: dem urteilsfällenden Richter obliegt es, unter sämtlich vorhandenen Beweismitteln das „beweiskräftigste“ auszuwählen.¹⁹² Diese Lockerung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wurde bereits von der Gesetzgebung seit der ZVN 1983 berücksichtigt¹⁹³ und soll zur Verfahrensbeschleunigung und –verbilligung beitragen.

Die mittelbare Beweisaufnahme und somit eine vernünftige Lockerung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gem § 281a ZPO ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft:¹⁹⁴

Nach § 281a Z 1 ZPO kann aus einem anderen Gerichtsverfahren, bei dem die Parteien beteiligt waren, das Protokoll über die Beweisaufnahme sowie das schriftliche Gutachten des Sachverständigen aus einem anderen Verfahren herangezogen werden, sofern keine der Par-

¹⁸⁸ Vgl § 412 ZPO; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 671; *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 39.

¹⁸⁹ *Ballon*, Zivilprozessrecht¹² Rz 225.

¹⁹⁰ In den folgenden gesetzlich geregelten Fällen kommt es zu einer Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg: § 328 ZPO (Zeugenvernehmung), § 352 ZPO (Sachverständigenbeweis) und § 375 (Parteienvernehmung).

¹⁹¹ *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 276 Rz 5, § 281a Rz 5.

¹⁹² *Fasching*, Lehrbuch² Rz 912; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 786, 787.

¹⁹³ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1807.

¹⁹⁴ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 786.

teilen eine unmittelbare Beweisaufnahme verlangt oder die entsprechenden Beweismittel daraus nicht mehr zur Verfügung stehen.¹⁹⁵

Nach § 281a Z 2 ZPO kann eine mittelbare Beweisaufnahme für zulässig erachtet werden, wenn die nicht beteiligten Parteien des anderen Gerichtsverfahrens dieser Art der Beweisaufnahme ausdrücklich zustimmen.¹⁹⁶ Als praxisrelevant kann die Verwendung staatsanwaltschaftlicher Vernehmungsprotokolle im Zivilverfahren als Beweismittel genannt werden, denn von einer neuerlichen Beweismittelaufnahme kann Abstand genommen werden, sofern die Protokolle oder Gutachten vom Strafverfahren ins Zivilverfahren übernommen werden können.¹⁹⁷ Durch das Absehen einer neuerlichen Beweisaufnahme, kann eine Verfahrensbeschleunigung im Zusammenhang mit der Arbeits- und Kostenersparnis, entgegen der Bedenken von *Rechberger*¹⁹⁸, erzielt werden.¹⁹⁹

Zusammengefasst erfüllen die staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokolle die Voraussetzungen nach § 281a ZPO, dies vor allem auch dann, wenn ein Zeuge oder eine Partei vom gerichtlichen Entschlagungsrecht Gebrauch machen und folglich eine unmittelbare Beweisaufnahme nicht mehr möglich ist.²⁰⁰

Diese mittelbare Beweisaufnahme findet in der Praxis vor allem bei Schadenersatzprozessen aus einem Verkehrsunfall Anwendung.²⁰¹

Die zeitliche Unmittelbarkeit kann durch eine rasche Urteilsfällung sichergestellt werden.²⁰²

Die Beweisaufnahme durch den ersuchten oder beauftragten Richter nach den §§ 282 - 287 ZPO sowie die Verwertung von Beweisaufnahmeprotokolle nach § 281a ZPO bilden Resultate aus dem Spannungsverhältnis des Unmittelbarkeitsgrundsatzes mit dem Konzentrationsgrundsatz und der Prozessökonomie.²⁰³ Aufgrund dieses Spannungsverhältnisses ermöglicht die österr ZPO jedoch in diesen Fällen eine Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg.²⁰⁴ Das Festhalten an der strengen Unmittelbarkeit führt zu einer Prozessverzögerung und Verfahrensver-

¹⁹⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 786.

¹⁹⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 786.

¹⁹⁷ *Frauenberger-Pfeiler*, § 281a ZPO statuiert kein absolutes Beweisverbot, *ecolex* 2013, 33; *Kainz*, Die Zulässigkeit von staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokollen im Zivilprozess, *ecolex* 2012, 216.

¹⁹⁸ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 281a Rz 1.

¹⁹⁹ *Fucik*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung in Zivilsachen, *RZ* 1993, 218.

²⁰⁰ *Frauenberger-Pfeiler*, *ecolex* 2013, 36.

²⁰¹ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁹ Rz 143.

²⁰² Vgl §§ 414 Abs 1, 415 ZPO; *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 39.

²⁰³ *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 266 Rz 30.

²⁰⁴ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 785.

teuerung und folglich zu einem Spannungsverhältnis zur Verfahrensbeschleunigung. Somit ist eine Auflockerung des strengen Unmittelbarkeitsgrundsatzes unerlässlich.²⁰⁵

Als Verstoß gegen die Unmittelbarkeit gem § 477 Abs 1 Z 4 gilt die Verletzung des rechtlichen Gehörs als ein Nichtigkeitsgrund, sofern Beweismittel herangezogen wurden, deren Sachnähe nicht vorlag. Alle anderen Verletzungen der Unmittelbarkeit bilden gem § 496 Abs 1 Z 2 einen wesentlichen Verfahrensmangel.²⁰⁶

Mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz stehen die Grundsätze der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs in einem engeren Zusammenhang.

b) Mündlichkeitsgrundsatz

Verfassungsrechtlich ist der Grundsatz der Mündlichkeit in Art 90 B-VG und indirekt in Art 6 EMRK²⁰⁷ verankert. Der Mündlichkeitsgrundsatz des österr Prozessrechtes beinhaltet, dass Verfahrenshandlungen „mündlich“ zu erfolgen haben.²⁰⁸

Gerichtsverhandlungen in erster Instanz haben mündlich zu erfolgen, der Richter trifft die Entscheidung aufgrund des von den Parteien gegenüber dem Gericht dargestellten mündlichen Vorbringens zB Tatsachenbehauptungen, Anträge und Beweise.²⁰⁹

Selbstverständlich wird der Mündlichkeitsgrundsatz im österr Zivilprozess von der unverzichtbaren Schriftlichkeit unter dem Aspekt der Rechtssicherheit geprägt, sodass Sachanträge und Entscheidungsgrundlagen schriftlich zu erfolgen haben.²¹⁰ Infolgedessen sind Rechtsmittel, Urteile, Klagen schriftlich einzureichen.

Mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und dem Grundsatz der Öffentlichkeit ist der Mündlichkeitsgrundsatz sehr eng verbunden und bedarf es für die Umsetzung dieser Prozessgrundsätze einem stetigen Zusammenwirken dieser fair trial Leitideen.²¹¹ Verletzungen des Mündlichkeitsgrundsatzes kommen, aufgrund der bestehenden gerichtlichen Alltäglich- und Selbstverständlichkeit, in der Praxis kaum vor.

²⁰⁵ Fasching, Lehrbuch² Rz 1807.

²⁰⁶ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 415, 787.

²⁰⁷ Vgl Art 6 EMRK; Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 23.

²⁰⁸ Fasching, Lehrbuch² Rz 667; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 409.

²⁰⁹ Vgl § 176, 177, 182a ZPO; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 409.

²¹⁰ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 410.

²¹¹ Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 23.

c) Öffentlichkeitsgrundsatz

So wie der Mündlichkeitsgrundsatz erfährt auch der Grundsatz der Öffentlichkeit seine verfassungsrechtliche Verankerung in Art 90 B-VG und in Art 6 EMRK²¹², wobei die gesetzliche Regelung des österr Zivilprozesses im § 171 ff ZPO umgesetzt ist. Das Gesetz unterscheidet zwischen der „Volksöffentlichkeit“ und der „Parteiöffentlichkeit“.²¹³

Unter der Volksöffentlichkeit ist der Zutritt zu Gerichtsverhandlungen samt Entscheidungsverkündungen von jeder unbewaffneten Person, auch ohne ein nachweisliches besonderes Interesse am Verfahren, gestattet.²¹⁴ Öffentlich sind daher gem § 171 Abs 1 ZPO die Entscheidungsverkündung und die mündliche Verhandlung.

Davon unterscheidet sich die Parteiöffentlichkeit insoweit, dass dies ein persönliches Teilnahmerecht der Parteien ist und ihnen ermöglicht, bei Verhandlungen teil zu nehmen, die von der Öffentlichkeit ausgeschlossen sind.²¹⁵ Liegen ein ungerechtfertigter Ausschluss der Öffentlichkeit sowie eine Verletzung der Parteiöffentlichkeit vor, führt dies zu einem Nichtigkeitsgrund.²¹⁶

d) Grundsatz des beiderseitigen rechtlichen Gehörs

Als prozessuales Grundrecht ermöglicht dieser Grundsatz nach Art 6 EMRK²¹⁷ jedem, der durch eine gerichtliche Entscheidung in seinen Rechten betroffen ist, einen verfahrensrechtlichen Anspruch darauf, im entscheidungsrelevanten Verfahren, gehört zu werden.²¹⁸

Die Grundlage dieses Prozessgrundsatzes findet sich in der Persönlichkeit und Uneingeschränktheit der Parteien – in der Achtung und Würde der menschlichen Persönlichkeit²¹⁹ - sowie in der prozessrechtlichen Gleichbehandlung der Parteien, also dem Grundsatz der Waffengleichheit, wieder.²²⁰

²¹² Vgl Art 6 EMRK; Konecny in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 28.

²¹³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 416, 418.

²¹⁴ Vgl § 171 Abs 2 ZPO; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³ (2016) Rz 77.

²¹⁵ Vgl § 174 Abs 1 ZPO; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³ Rz 78; zur Möglichkeit der abgesonderten Vernehmung Näheres im Kapitel VI.

²¹⁶ Vgl § 477 Abs 1 Z 4 und Z 7 ZPO; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 417 f.

²¹⁷ Konecny in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 51.

²¹⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 692; Konecny in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 50; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 427.

²¹⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 692; Konecny in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 50; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 427.

²²⁰ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 718; Konecny in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 64.

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs kann entweder mündlich oder schriftlich erfolgen, wobei ausschlaggebend ist, dass die Gelegenheit der Äußerung durch die Parteien vor der gerichtlichen Entscheidung zu erfolgen hat.²²¹

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs im österr Zivilprozess wird mit doppelter Nichtigkeitssanktion²²² geahndet: sofern es der Partei, aufgrund einer ungesetzlichen Handlung zB ein Zustellmangel, nicht möglich war, vor Gericht zu verhandeln und somit von ihrem rechtlichen Gehör keinen Gebrauch zu machen²²³ und folglich die Partei im Verfahren nicht vertreten war.²²⁴ Erhebliche Verfahrensmängel können bei allen anderen Gehörsverletzungen geltend gemacht werden.²²⁵

e) Grundsatz der Verfahrenskonzentration

Der Grundsatz der Verfahrenskonzentration soll eine Verschleppungsabsicht hintanhalten, somit ist die Maxime der Prozessökonomie, bei dem das Verfahren billig, rasch und einfach - entsprechend der *Kleinschen* Prozessidee - sein soll, untrennbar mit dem Konzentrationsgrundsatz verbunden.²²⁶

Um einer Prozessverschleppung sowie einem Zeit- und Kostenaufwand entgegen zu wirken, und das Verfahren auch prozessökonomisch zu gestalten, gebührt dem Richter eine sogenannte „materielle Prozessleitung“.²²⁷ Dabei obliegt ihm zB das Zurückweisen von verspätet eingebrachten Beweismitteln,²²⁸ das Verweigern der Aufnahme von verfahrensverzögernden und prozessverschleppenden vorgeschlagenen Beweisen²²⁹ sowie eine beantragte Beweisführung zu befristen, wenn ein Hindernis von unbestimmter Dauer der Beweisaufnahme entgegensteht und diese somit zweifelhaft ist oder im Ausland zu erfolgen hat.²³⁰

Im Zusammenhang mit der Effizienzsteigerung des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens, wird die Prozessförderungspflicht der Parteien nach § 178 Abs 2 ZPO erstmals durch die

²²¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 696; *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 52, 52/1; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 427.

²²² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 428.

²²³ Vgl § 477 Abs 1 Z 4 ZPO.

²²⁴ Vgl § 477 Abs 1 Z 5 ZPO.

²²⁵ *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 63.

²²⁶ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 708; *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 67.

²²⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 422.

²²⁸ Vgl § 179, 180 Abs 2 ZPO.

²²⁹ Vgl § 275 Abs 2 ZPO.

²³⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 421.

ZVN 2002 beschrieben.²³¹ Danach ist von den Parteien eine zeitgerechte Erstattung der Vorträge vorzunehmen, um eine möglichst rasche Durchführung des Verfahrens zu ermöglichen.

Erhebliche Verfahrensmängel liegen vor, wenn das Gericht gegen diese beiden Prozessgrundsätze verstößt, indem es untätig oder säumig in den bereits dargestellten gerichtlichen Anforderungen wäre.²³²

f) Grundsatz der Amtswegigkeit

Der Richter hat die Beweisaufnahme von Amts wegen anzuberaumen. Er muss die Parteien, die verschiedene Mitwirkungsrechte haben, laden, ganz unabhängig davon, ob diese auch tatsächlich bei der Beweisaufnahme anwesend sind.²³³

2. Beweisaufnahme durch den ersuchten oder beauftragten Richter

Der Ausnahmecharakter dieser Art der Beweisaufnahme lässt sich deutlich aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 282 - 287 ZPO erkennen.²³⁴

Wie bereits erwähnt, kann in dem vom Gesetz taxativ geregelten Fällen die Beweisaufnahme durch die ersuchten und beauftragten Richter erfolgen.²³⁵ Um die Nachteile dieser mittelbaren Beweisaufnahme zu vermeiden, besteht die Möglichkeit der Beweisaufnahme unter Verwendung technischer Einrichtung zur Wort- und Bildübertragung (Videokonferenztechnologie).

3. Verfahren bei der Beweisaufnahme

Das Verfahren bei der Beweisaufnahme nach den §§ 288 – 291 ZPO erfasst die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht (unmittelbar) und vor dem ersuchten bzw beauftragten Richter (mittelbar). Die Beweisaufnahme hat der Richter von Amts wegen anzuberaumen.²³⁶ Die Mitwirkungsrechte der Parteien beinhalten ein Anwesenheits- und Fragerecht. Aufgrund der bestehenden Parteiöffentlichkeit ist der Richter verpflichtet die Parteien zu la-

²³¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 422; *Konecny in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 69/3.

²³² *Konecny in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 76.

²³³ Vgl §§ 288, 289 ZPO; *Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 266 ZPO Rz 32; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 789.

²³⁴ Vgl §§ 282 – 287 ZPO.

²³⁵ §§ 300, 328, 352, 368 Abs 2 und 375 Abs 2 ZPO.

²³⁶ *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 288 Rz 1.

den,²³⁷ diese können sodann ihr Recht zur Teilnahme an den Prozesshandlungen Gebrauch nehmen.²³⁸

4. Beweisaufnahme im Ausland

Die Beweisaufnahme im Ausland findet sich einerseits in der EuBVO wieder, darin wird das effiziente Rechtshilfeverfahren geregelt und andererseits wird die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden unmittelbaren Beweisaufnahme eines österr Gerichts im Ausland erstmals in den §§ 291a – c ZPO gesetzlich geregelt.²³⁹

C. Beweismittel

1. Allgemeines

Die ZPO regelt folgende fünf klassischen Beweismittel: Urkunden²⁴⁰, Zeugen²⁴¹, Sachverständige²⁴², Augenschein²⁴³ und die Vernehmung der Parteien²⁴⁴. Dies ist jedoch keine taxative Aufzählung der Beweismittel in der österr ZPO, da die Beweismittel im Zivilprozess nicht erschöpfend geregelt sind und somit auch andere, als die im Gesetz geregelten Beweismittel, im Zivilprozess zulässig sind.²⁴⁵

Als Beweismittel werden Gedankenäußerungen von Personen und körperliche Mittel in Form von Gegenständen verstanden, mit deren Hilfe der Beweis erbracht werden soll und diese dem Gericht aufgrund sinnlicher Wahrnehmung die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen ermöglichen.²⁴⁶

a) Neue Beweismittel

Unter dem Begriff „neue Beweismittel“ werden Beweismittel aus dem 20. Jahrhundert verstanden, für die gewissermaßen noch keine gesetzlichen Regelungen vorhanden sind und über

²³⁷ *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 289 Rz 2; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 683.

²³⁸ *Rassi*, ÖJZ 2014/23/24, 1045.

²³⁹ Vgl §§ 291a – c ZPO.

²⁴⁰ Vgl §§ 292 – 319 ZPO.

²⁴¹ Vgl §§ 320 – 350 ZPO.

²⁴² Vgl §§ 351 – 367 ZPO.

²⁴³ Vgl §§ 368 – 370 ZPO.

²⁴⁴ Vgl §§ 371 – 383 ZPO.

²⁴⁵ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 925; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 791.

²⁴⁶ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 924; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 791.

deren gesetzliche Einordnung Unklarheit besteht. Sie sind Ausdruck der fortschreitenden Technik und dienen dem Richter als Entscheidungsgrundlage.²⁴⁷

In der Lit werden folgende neuen Beweismittel genannt: Die Anfrage an eine Behörde zB schriftliche Auskunft der Behörde; Mitteilung der Behörde betreffen prozesserhebliche Tatsachen;²⁴⁸ die Verwertung von Vorakten;²⁴⁹ die Ergebnisse von Meinungsumfragen zB zur Klärung der Verkehrsgeltung, zum Nachweis der Täuschungsfähigkeit nach UWG;²⁵⁰ die Bild- und Tonträger bzw die darauf gespeicherten Daten²⁵¹ und die Videoaufzeichnungen und andere Datenträger.²⁵²

Im Gegensatz zur hL²⁵³ geht die Rsp davon aus, dass die gesetzlichen Regelungen der fünf klassischen Beweismittel in der ZPO eine taxative Aufzählung darstellen. Trotz dieser beiden unterschiedlichen Ansichten, versucht die Rsp diese neu auftauchenden Beweismittel unter eines der fünf klassischen Beweismittel subsumieren:²⁵⁴

Als Urkundenbeweis gelten folgende neuen Beweismittel: die schriftlichen Auskünfte der Behörden, wenn es entsprechende Anfragen gegeben hat; die E-Mail;²⁵⁵ die Verwertung von Vorakten; Bild- und Tonträger, sofern sie schriftliche Aufzeichnungen enthalten wie zB Mikrofilmaufnahmen von Archiven; die gespeicherten Daten auf EDV-Trägern.²⁵⁶

Als Sachverständigenbeweis können folgende neuen Beweismittel genannt werden: die schriftlichen Auskünfte der Behörden, wenn es entsprechende Anfragen gegen hat; eine Meinungsumfrage – sofern sie im Gerichtsauftrag durchgeführt wird.²⁵⁷ Als sehr bedenklich wer-

²⁴⁷ Benes, Die Urkunde im Zivilprozess in den Vereinigten Staaten und in Österreich (1998) 13; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 3 ff.

²⁴⁸ Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 856; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792.

²⁴⁹ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792.

²⁵⁰ Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 856; Beispiele: Durch ein Meinungsforschungsinstitut kann etwa die – im UWG bedeutsame – Täuschungsgefahr von Angaben im Geschäftsverkehr oder die Verkehrsgeltung einer Marke vermittelt werden.

²⁵¹ Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 856; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 4.

²⁵² Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 856; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 5.

²⁵³ Fasching, Lehrbuch² Rz 925; Ballon, Zivilprozessrecht¹² Rz 216.

²⁵⁴ Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 856; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 2.

²⁵⁵ Schmidbauer, Beweis und Anscheinsbeweis bei der Übermittlung einer E-Mail-Erklärung, Zak 2008, 83.

²⁵⁶ Aufgrund der Streitfrage der Einordnung von elektronischen Urkunden in das das Beweismittelsystem der ZPO, wurde entschieden, dass die auf den EDV-Trägern gespeicherten Daten - seit dem BRÄG 2006 (BGBl 2005/164) - als elektronische Urkunden den Papierurkunden gleichgestellt sind.

²⁵⁷ Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 856.

den demoskopische Umfragen wie zB die Ergebnisse der Umfrage eines Meinungsforschungsinstitutes als neue Beweismittel gesehen.²⁵⁸ Eine Subsumierung unter dem Sachverständigenbeweis wäre bedenklich, da der Umfang der Sachkunde der Person, die die Umfrage durchführt, nicht von vornherein bekannt und abschätzbar ist. Aufgrund der richterlichen Beweiswürdigung ist jedoch der „Beweiswert“ der Umfrage ausschlaggebend. Ein Naheverhältnis einer derartigen Umfrage kann jedoch zu einem Sachverständigengutachten nicht ausgeschlossen werden.

Als Augenscheinsgegenstände können genannt werden: Bild- und Tonträger (Ton- und Videoaufzeichnungen, Lichtbilder und elektronische Datenspeicherungen) bzw die darauf gespeicherten Dateien, da sie keine menschlichen schriftlichen Aufzeichnungen festhalten;²⁵⁹ die gespeicherten Daten auf EDV-Trägern; eine Festplatte als ein EDV-Datenträger als Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände.²⁶⁰ Sämtliche elektronischen Aufzeichnungen werden den Augenscheinsgegenständen und nicht dem Urkundenbegriff zugeordnet, da es an der optischen Wahrnehmung mangelt.²⁶¹ Vom OGH wurde die Tonbandaufnahme als ein Augenscheinsgegenstand qualifiziert.²⁶²

Kann somit ein neues Beweismittel nicht einem der klassischen fünf Beweismittel zugeordnet werden, so ist auf das nächstverwandte Beweismittel zurückzugreifen.²⁶³

b) Digitale Beweismittel

In der österr ZPO bleibt der Gebrauch digitaler Beweismittel nahezu ungeregelt.²⁶⁴ Die in der ZPO enthaltene Aufzählung von Beweismitteln ist eine demonstrative und nicht taxative, denn grundsätzlich ist „alles Mögliche“ als Beweismittel denkbar bzw kommt „jedes Medium“ als Beweismittel in Frage.²⁶⁵

²⁵⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792.

²⁵⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 929; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792.

²⁶⁰ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 945.

²⁶¹ *Brunner*, Die „elektronische“ Urkunde im Beweisrecht, in FS Weißmann (2003) 138.

²⁶² OGH 1 Ob 2031/96 z.

²⁶³ *Grötschl*, E-Mails 28; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792.

²⁶⁴ *Hofmann*, Digitale Beweismittel nach der österreichischen ZPO, in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Rechtsprobleme entstehen nicht im Hörsaal; Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 285; siehe dazu Näheres im Kapitel IX.

²⁶⁵ *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 791; *Hofmann* in *Feiler/Raschhofer* 285.

Elektronische Beweise werden in der Literatur nicht angesprochen, somit fasst sie die Regelungen elektronischer Aufzeichnungen, mangels optischer Wahrnehmbarkeit, unter den Begriff des Augenscheinsbeweis zusammen.²⁶⁶

2. Beweismittel im Einzelnen

a) Urkundenbeweis

Als Urkunden werden schriftliche²⁶⁷ sowie digitale²⁶⁸ Verkörperungen von Gedanken, die Tatsachen festlegen, bezeichnet.²⁶⁹ Darunter fallen auch digitale Gedankenaufzeichnungen.²⁷⁰ Ob diese Schriftstücke zu Beweis Zwecken errichtet wurden (Absichtsurkunden) oder nur gewissermaßen zum Beweismittel geworden sind (Zufallsurkunde) ist unerheblich.²⁷¹ Der Urkundenbeweis ist ein sicherer Beweis, der wegen seines Gedankeninhalts verwendet wird.

Als öffentliche Urkunden²⁷² gem §§ 292 f ZPO werden jene Schriftstücke bezeichnet, die von einer öffentlichen Behörde in der vorgeschriebenen Form oder von einer mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Person (zB Notar) innerhalb ihrer Amtsbefugnisse in vorgeschriebener Form errichtet wurden oder vom Gesetz ausdrücklich als öffentliche Urkunden erklärt wurden (zB bestimmte Prüfungszeugnisse). Alle sonstigen Urkunden sind Privaturkunden gem § 294 ZPO. Wobei an dieser Stelle darauf hinzuweisen ist, dass elektronisch errichtete Urkunden ausdrücklich als Privaturkunden angesehen werden.²⁷³

Die Echtheit und Richtigkeit einer Urkunde sind entscheidend für den Urkundenbeweis. Echt ist eine Urkunde dann, wenn sie tatsächlich von dem in ihr angegebenen Aussteller stammt, ansonsten ist sie gefälscht.²⁷⁴ Inländische öffentliche Urkunden unterliegen, im Ge-

²⁶⁶ Brunner in FS Weißmann 135.

²⁶⁷ Fasching, Lehrbuch² Rz 944; vgl § 74 Z 1 StGB: Urkunde: eine Schrift, die errichtet worden ist, um ein Recht oder ein Rechtsverhältnis zu begründen, abzuändern oder aufzuheben, oder eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen; vgl Bittner in Fasching/Konecny Zivilprozessgesetze² III § 292 Rz 1; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 7.

²⁶⁸ Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 792; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 5, 11, § 310 Rz 5.

²⁶⁹ Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 794 f.

²⁷⁰ Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 11; Schmidbauer, Zak 2008, 83; vgl BGBl I 2005/164: in § 294 wird die einleitende Wendung „Privaturkunden begründen“ durch die Wendung „Auf Papier oder elektronisch errichtete Privaturkunden begründen“ ersetzt.

²⁷¹ Fasching, Lehrbuch² Rz 944; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 794.

²⁷² Fasching, Lehrbuch² Rz 946; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ § 292 ZPO Rz 2; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 795.

²⁷³ Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ § 294 Rz 1; Schmidbauer, Zak 2008, 83.

²⁷⁴ Fasching, Lehrbuch² Rz 949; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 14 f, § 294 Rz 1, § 310 Rz 2 f; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 796.

gensatz zu den Privaturkunden, gem § 310 Abs 1 ZPO der Echtheitsvermutung.²⁷⁵ Für die Privaturkunden stellt § 294 ZPO eine „qualifizierte Echtheitsvermutung“ auf, nach der diese den vollen Beweis erst dann begründen, wenn sie von demjenigen unterschrieben werden, von dem die in der privaten Urkunde enthaltenen Erklärungen stammen.²⁷⁶

Die Richtigkeit der Urkunde bezieht sich, im Gegensatz zur Echtheit, auf deren Inhalt. Somit ist die Urkunde richtig, wenn die beurkundeten Tatsachen mit den wirklich vorgefallenen oder bestehenden Tatsachen übereinstimmen.²⁷⁷ Besteht keine Übereinstimmung, dann ist die Urkunde unrichtig.²⁷⁸ Im Sinne der Beweiskraft gem §§ 292 ff ZPO wird die Echtheit für die Richtigkeit vorausgesetzt.

Im Zivilprozess wird zwischen formeller (äußerer) und materieller (innerer) Beweiskraft unterschieden:²⁷⁹ Bei der äußeren Beweiskraft wird durch die Urkunde belegt, dass der Aussteller tatsächlich die beurkundete Erklärung abgegeben hat. Die innere Beweiskraft gibt die Bedeutung des Urkundeninhaltes für das Beweisthema preis.

Die Urkundenvorlagepflicht gem §§ 304, 308 ZPO erfasst nur bestimmte Urkunden, wobei zwischen der unbedingten und bedingten Vorlagepflicht zu unterscheiden ist.²⁸⁰

In der Praxis erfolgt die Urkundenvorlage in der vorbereitenden Tagsatzung, in der der Beweisgegner aufgefordert wird, sich über die Echtheit und Richtigkeit, der vom Beweisführer vorgelegten Urkunde, zu erklären.²⁸¹ Der Beweisführer hat die maßgeblichen Stellen in der Urkunde anzugeben und hervorzuheben sowie das Schriftstück in geordneter und übersichtlicher Form vorzulegen.²⁸²

Bei allen anderen Urkunden besteht eine bedingte Vorlagepflicht, bei der der vorlagepflichtige Gegner die Vorlage aus dem im § 305 ZPO angeführten Verweigerungsgründe ablehnen kann.²⁸³

²⁷⁵ Fasching, Lehrbuch² Rz 951; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 14; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 796.

²⁷⁶ Bittner in Fasching/Konecny Zivilprozessgesetze² III § 294 Rz 1; Fasching, Lehrbuch² Rz 952; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ § 294 Rz 1; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 797.

²⁷⁷ Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 14 f; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 798.

²⁷⁸ Fasching, Lehrbuch² Rz 949; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 798; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 292 Rz 15.

²⁷⁹ Bittner in Fasching/Konecny Zivilprozessgesetze² III § 292 Rz 42 f; Fasching, Lehrbuch² Rz 950; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ § 292 Rz 1 ff.

²⁸⁰ Lindinger/Öhlböck, Drum prüfe wer sich beziehe – Urkundenvorlagepflicht nach § 82 ZPO, AnwBl 2006, 8.

²⁸¹ Vgl § 298 Abs 3 ZPO.

²⁸² Vgl § 297 ZPO; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 800.

²⁸³ Vgl § 305 ZPO; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ §§ 305-306 Rz 1 ff; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 800.

Ist die Urkunde im Besitz des Beweisgegners, so handelt es sich in folgenden Fällen um eine unbedingte Vorlagepflicht:²⁸⁴ wenn der Gegner selbst auf die Urkunde zum Zwecke der Beweisführung im Prozess Bezug genommen hat, wenn der Gegner nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde verpflichtet ist oder wenn die Urkunde ihrem Inhalt nach beiden Parteien gemeinschaftlich ist.²⁸⁵ Aus den im § 305 ZPO genannten Gründen kann der Beweisgegner jedoch die Urkundenvorlage verweigern.

Befindet sich die Urkunde im Besitz einer dritten Person, so trifft diese dann eine Vorlagepflicht gem § 308 Abs 1 ZPO, wenn sie nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde verpflichtet ist oder es sich bei der Urkunde um eine gemeinschaftliche Urkunde handelt.²⁸⁶

Urkunden, die sich bei einer öffentlichen Behörde oder in Verwahrung eines Notars befinden, können gem § 301 ZPO auf Antrag vom Gericht beigeschafft werden, wenn sie der Beweisführer nicht selbst verschaffen kann.²⁸⁷

b) Zeugenbeweis

Die Zeugen sind Auskunftspersonen, die über wahrgenommene Tatsachen und Ereignisse aussagen und sich damit von den Parteien und den gesetzlichen Vertretern unterscheiden.²⁸⁸

Die mündliche Zeugenaussage beinhaltet die konkret subjektiv wahrgenommenen Tatsachen, die in der Vergangenheit liegen. Schriftliche Zeugenaussagen kennt die österr ZPO nicht. Würden diese jedoch trotzdem als Beweismittel zugelassen werden, würde dies gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstoßen und somit einen wesentlichen Verfahrensmangel hervorrufen.²⁸⁹

Die Zeugnisfähigkeit ist die Grundvoraussetzung dafür, dass man als Zeuge einvernommen werden kann. Diese wird in dem österr Zivilprozessrecht im § 320 ZPO, jedoch nicht positiv, formuliert. Dabei unterscheidet der Gesetzgeber zwischen der absolut physischen und relativen Zeugnisunfähigkeit:

²⁸⁴ Vgl § 304 ZPO; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 303 Rz 1, § 304 Rz 1.

²⁸⁵ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 958; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 800.

²⁸⁶ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 960; *Hofmann* in *Feiler/Raschhofer* 289; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 801.

²⁸⁷ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 964; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 301 Rz 2; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 800.

²⁸⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 967; vgl § 350 ZPO; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III Vor §§ 320 ff.

²⁸⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 967; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 802.

Von einer absolut physischen Zeugnisunfähigkeit (absolutes Beweismittelverbot)²⁹⁰ spricht man, wenn es sich um eine Person handelt, die entweder nicht zur Wahrnehmung der zu beweisenden Tatsachen oder nicht zur Mitteilung ihrer Wahrnehmungen fähig ist bzw war. Können Personen bzw potenzielle Zeugen ihre Wahrnehmung nicht wiedergeben, sind sie „wiedergabeunfähig“²⁹¹ oder „wahrnehmungsunfähig“²⁹², sofern sie nicht in der Lage sind, die zu beweisende Tatsache wahrzunehmen.

Von der relativen Zeugnisunfähigkeit (relatives Beweismittelverbot)²⁹³ sind erfasst: Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte oder sonst unter dem Siegel geistlicher Amtsverschwiegenheit anvertraut wurde; Staatsbeamte, wenn sie durch ihre Aussage das ihnen obliegende Amtsgeheimnis verletzen würden, insofern sie der Pflicht zur Geheimhaltung nicht durch ihre Vorgesetzten verbunden sind; und eingetragene Mediatoren in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde.

Sollte gegen die angeführten Vorschriften des Beweismittelverbotes verstoßen werden, so ist dies als ein „erheblicher Verfahrensmangel“ zu beachten.²⁹⁴

Ist der Zeuge zeugnisfähig und der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen, gelten für ihn folgende Zeugenpflichten:²⁹⁵ das Erscheinen vor Gericht, die Aussagepflicht und die Eidspflicht.

Wurde der Zeuge ordnungsgemäß geladen und erscheint er unentschuldigt nicht vor Gericht, so ist er gem § 333 ZPO neuerlich zu laden und eine Ordnungsstrafe zu verhängen. Kommt es zu einem Wiederholungsfall des Fernbleibens, ist die Ordnungsstrafe zu verdoppeln und die zwangsweise Vorführung des Zeugen anzuordnen.

Gem §§ 325 und 326 ZPO ist der Zeuge verpflichtet, eine wahrheitsgemäße Aussage über seine Wahrnehmungen abzulegen. Die Aussageverweigerungsrechte nach § 312 ZPO bilden von dieser Pflicht eine Ausnahme. Verweigert werden kann eine Aussage dann, wenn der Zeuge dadurch für sich oder ihm nahestehende Personen persönliche Nachteile zu erwarten hätte, sich auf eine gesetzlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht beziehen würde oder ein Geschäfts-, Kunst- oder Wahlgeheimnis verletzen würde. Die Eidleistungspflicht findet heutzutage kaum mehr eine praktische Anwendung.

²⁹⁰ Vgl § 320 Z 1 ZPO; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 971; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 803.

²⁹¹ *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 320 Rz 3.

²⁹² *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 320 Rz 3.

²⁹³ Vgl § 320 Z 2 – 4 ZPO; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 972 f; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 803.

²⁹⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 975; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 320 Rz 3.

²⁹⁵ *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 804.

Können Zeugen nicht vor dem erkennenden Gericht einvernommen werden, kommt es gem § 328 Abs 1 ZPO in folgenden Fällen zu einer Rechtshilfevernehmung: die Vernehmung des Zeugen ist an Ort und Stelle förderlich, die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, die Vernehmung des Zeugen würde im Hinblick auf die Zeugengebühren einen unverhältnismäßig großen Aufwand verursachen und der Zeuge ist am Erscheinen vor dem erkennenden Gericht gehindert. Zeugen können in den gesetzlich geregelten Ausnahmen des § 328 Abs 2 ZPO in ihrer eigenen Wohnung vernommen werden.

Die Zeugenvernehmung beginnt mit einer informellen Befragung, um sich einen Überblick über die persönlichen Verhältnisse des Zeugen zu verschaffen.²⁹⁶ Nach einer Erinnerung an die Wahrheitspflicht²⁹⁷ und Belehrung über die Aussageverweigerungsrechte²⁹⁸ sowie den Hinweisen auf die strafrechtlichen Folgen einer Falschaussage, wird der Zeuge zur Sache unmittelbar vor dem erkennenden Gericht befragt.²⁹⁹

Um die Wahrheitsforschung zu fördern, werden die Zeugen grundsätzlich einzeln in Abwesenheit anderer Zeugen vernommen.³⁰⁰ Stimmen die Aussagen der bereits einvernommenen Zeugen nicht überein, kann es zu einer Gegenüberstellung oder einer ergänzenden Einvernahme kommen.³⁰¹

c) Sachverständigenbeweis

Sachverständige sind physische oder auch juristische Personen, die aufgrund ihrer besonderen Fachkunde den Richter bei der Sachverständigenermittlung unterstützen und ihm insbesondere unbekannte Erfahrungssätze darstellen und daraus Schlussfolgerungen ziehen.³⁰² Als Gerichtsmitarbeiter verhilft er dem Richter zu dem erforderlichen Fachwissen, um als Beweismittel fungieren zu können.

Der Sachverständige ist an bestimmte Pflichten gebunden:³⁰³ Erscheinungspflicht, Eidleistungspflicht und die Pflicht zur rechtzeitigen Erstattung des Gutachtens. Da er kein Organ

²⁹⁶ § 337 Abs 1 ZPO („Generalien“: Name, Tag der Geburt, Beschäftigung, Wohnort, Beziehungen bzw eventuell bestehendes Naheverhältnis zu den Parteien).

²⁹⁷ § 338 Abs 1 ZPO.

²⁹⁸ § 339 Abs 1 ZPO.

²⁹⁹ §§ 337 – 340 ZPO regeln den Ablauf und Inhalt der Zeugenvernehmung; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 807.

³⁰⁰ § 339 Abs 2 ZPO.

³⁰¹ § 339 Abs 4 ZPO.

³⁰² *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III Vor §§ 351 ff Rz 7; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 809; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 351 Rz 3.

³⁰³ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1000; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 810.

und keine Amtsperson iSd AHG ist, haftet er schadenersatzrechtlich für ein unrichtiges Gutachten gegenüber den Parteien nach § 1299 ABGB. Die Sachverständigenbestellung wird vorgenommen, damit dieser einen Befund oder ein Gutachten zur Tatsachenfeststellung erstellt.³⁰⁴

Der Sachverständige ist ein Mitarbeiter des Gerichtes und wird auch von diesem, aufgrund einer Ermessensentscheidung, bestellt und ausgewählt. Der Sachverständigenbeweis ist unmittelbar vor dem erkennenden Gericht aufzunehmen; sein/das Gutachten muss er entweder mündlich in der Verhandlung oder schriftlich vor der Verhandlung erstatten.

d) Augenscheinsbeweis

Der Augenscheinsbeweis gilt als unmittelbarster Beweis, der unbeschränkt vom Gericht angeordnet werden kann.³⁰⁵ Als Augenschein gilt jede unmittelbare Sinneswahrnehmung über Zustände und Eigenschaften von Personen und Sachen.³⁰⁶ Wäre die unmittelbare Durchführung des Augenscheins mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und kann der zu bewertende Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden, ist eine mittelbare Beweisaufnahme zulässig.

e) Beweis durch Parteienvernehmung

Als Parteienvernehmung nach §§ 371 ff ZPO wird die Befragung einer zeugnisfähigen Partei über entscheidungserhebliche, strittige Tatsachen verstanden.³⁰⁷ Bei der Parteienvernehmung durch das erkennende Gericht besteht, zum Unterschied vom Zeugenbeweis, keine Pflicht zum Erscheinen und zur Aussage. Die Vorschriften der Zeugenvernehmung finden auf die Vernehmung der Parteien sinngemäß Anwendung.³⁰⁸

³⁰⁴ Fasching, Lehrbuch² Rz 1003; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 811.

³⁰⁵ Vgl §§ 368, 379 ZPO.

³⁰⁶ Fasching, Lehrbuch² Rz 1013; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 814.

³⁰⁷ Fasching, Lehrbuch² Rz 1022; Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 819.

³⁰⁸ Vgl §§ 375 Abs 1, 380 Abs 1 ZPO.

V. Europäisches Zivilprozessrecht

A. Allgemeines

Die Geschichte des Europäischen Zivilverfahrensrechts beginnt im Jahr 1957, mit dem Art 220 des EG-Vertrages, dessen unscheinbare Bestimmung – die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüchen – sich im Jahre 1968 im sogenannten Brüsseler Übereinkommen, dem erfolgreichsten Übereinkommen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, wiedergefunden hat.³⁰⁹

In Österreich gilt das Europäische Zivilprozessrecht seit 1.9.1996. Zwei Jahre nach der Unterzeichnung des Brüsseler Übereinkommens ist Österreich diesem auch beigetreten.³¹⁰ Im Laufe der Jahre kam es aufgrund unterschiedlicher Rechtsakte³¹¹ zu einer unaufhaltsamen Weiterentwicklung der europäischen Bestimmungen.³¹²

Die europäischen Rechtsnormen regeln die internationalen Zuständigkeiten der österr Gerichte sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausl Entscheidungen und auch die grenzüberschreitende Beweisaufnahmeverfahren.³¹³ Da das europäische Zivilprozessrecht immer mehr an Bedeutung gewinnt, werden in der Folge die EuBVO sowie die EuGVVO näher erläutert.

B. Die Beweisaufnahme im Ausland

Wie bereits erwähnt, regeln die §§ 291a – c ZPO die unmittelbare Beweisaufnahme des österr Prozessgerichtes im Ausland.³¹⁴ Dieses hat die Möglichkeit, an der Beweisaufnahme im Ausland teilzunehmen oder die Beweise, anstelle des ersuchten Gerichtes selbst, aufzunehmen, wenn die im § 291 a ZPO aufgezählten Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Beweisaufnahme durch ausl Gerichte in Österreich wird von § 39a JN geregelt. Zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Beweisaufnahme und Zusammenarbeit, konkret zur Beschleunigung und Vereinfachung der Beweisaufnahme bei Auslandsbelegenheit eines Beweismittels, regelt die „Europäische Beweis(aufnahme) - Verordnung“ erstmals die direkte

³⁰⁹ Mayr, Einführung: Wie viel Europäisches Zivilverfahrensrecht brauchen wir? in *König/Mayr*, Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich IV – Die Neue Brüssel Ia-Verordnung und weitere Reformen (2015) 1.

³¹⁰ Mayr in *König/Mayr*, Zivilverfahrensrecht 2.

³¹¹ ZB EuEheVO, EuZVO, EuInsVO, EuGVVO, EuBVO, EuEheKindVO, EuMahnVO, EuBagatellVO, EuVTVO.

³¹² Mayr in *König/Mayr*, Zivilverfahrensrecht 2 f, 5.

³¹³ Dabei handelt es sich lediglich um eine demonstrative Aufzählung.

³¹⁴ *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 2.

und unmittelbare Beweisaufnahme eines österr Gerichtes im Ausland.³¹⁵ Für eine Beweisaufnahme sind ausschließlich die erwähnten Rechtsquellen – die JN, die ZPO und die EuBVO – zu beachten.³¹⁶

1. Beweisaufnahme eines österr Gerichtes im Ausland

Die §§ 291a – c ZPO finden ihre Geltung nicht nur im Zivilprozess, sondern auch im Verfahren außer Streit³¹⁷ sowie im Insolvenz-³¹⁸ und Exekutionsverfahren.³¹⁹

f) § 291 a ZPO

Geregelt wird im § 291a ZPO die unmittelbare Beweisaufnahme österr Gerichte im Ausland, wobei folgende Möglichkeiten der Unterstützung bei Beweisaufnahmen in Betracht kommen:³²⁰ Die unmittelbare Beweisaufnahme des österr Gerichtes; die bloße Beteiligung des österr Gerichtes an dem ausl Rechtshilfeakt; jede Art der Beteiligung des österr Gerichtes als „Amtshandlung“ bei der Beweisaufnahme im Ausland.

Vom Begriff der Amtshandlung sind folgende Möglichkeiten der Durchführungen der Beweisaufnahme im Ausland umfasst:³²¹ Durch den österr Richter: entweder selbstständig und unbeobachtet oder unter Mitwirkung des zuständigen ausl Gerichtes; durch das ausl ersuchte Gericht im Rechtshilfeweg: entweder unter aktiver Beteiligung (zB Ausübung des Fragerechtes) oder unter passiver Beteiligung (zB der bloßen Anwesenheit) des österr Richters; Videokonferenzen sowie Telekommunikationsmethoden.

Der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht können jedoch maßgebende Hindernisse, wie unverhältnismäßig hohe Kosten entgegenstehen oder eine unmittelbare Beweisaufnahme ist erst gar nicht möglich.³²² Daraufhin ist eine gerichtliche Ermessensentscheidung, hinsichtlich der Notwendigkeit einer Beweisaufnahme im Ausland, erforderlich und das Verfahren im Rechtshilfeweg in Betracht zu ziehen.³²³

³¹⁵ Horn in Fucik/Klauser/Kloiber, Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht – ZPO¹² (2015) 770 ff.

³¹⁶ Rechberger/McGuire, ÖJZ 2006, 831.

³¹⁷ Vgl § 35 AußStrG.

³¹⁸ Vgl § 171 KO, § 76 AO.

³¹⁹ Vgl § 78 EO.

³²⁰ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetzen² § 291a ZPO Rz 4.

³²¹ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 § 291a ZPO Rz 4.

³²² Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 785.

³²³ Vgl §§ 300, 328 Abs 1, 352 Abs 1, 368 Abs 2, 375 Abs 2 ZPO, §§ 35 f JN.

Grundvoraussetzungen für eine unmittelbare Beweisaufnahme eines österr Gerichts im Ausland sind die traditionellen Erfordernisse für eine Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg. Dabei wird die Beweisaufnahme nicht durch das erkennende Gericht, sondern durch ein anderes oder auch ausl Gericht vorgenommen:³²⁴

- Beim Zeugenbeweis:³²⁵ Wenn die Zeugenvernehmung an Ort und Stelle zur Wahrheitsfindung förderlich wäre, die unmittelbare Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre oder die Zeugenvernehmung an Ort und Stelle mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand verbunden wäre wie zB Reisekostenerstattung, Aufenthaltskosten, Entschädigung für Zeitversäumnis; der Zeuge am persönlichen Erscheinen vor dem erkennenden Gericht verhindert ist.
- Beim Sachverständigenbeweis:³²⁶ Der Sachverständigenbeweis vor dem zuständigen Gericht nicht stattfinden kann, da der zu besichtigende Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann oder dies aufgrund anderer Gründe mit erheblicher Schwierigkeit nicht möglich ist.
- Beim Urkundenbeweis:³²⁷ Die Urkundenvorlage des Originals kann aufgrund beträchtlicher Hindernisse nicht erfolgen bzw erscheint sie bedenklich wegen ihrer Wichtigkeit sowie der Besorgtheit ihres Verlustes oder der Beschädigung.
- Beim Augenscheinsbeweis:³²⁸ Die Vornahme des Augenscheins vor dem zuständigen Gericht nicht stattfinden kann, da der zu besichtigende Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann oder dies aufgrund anderer Gründe mit erheblicher Schwierigkeit nicht möglich ist.
- Bei der Parteienvernehmung:³²⁹ Die entstehenden Kosten für das persönliche Erscheinen wären unverhältnismäßig hoch oder unübersteigliche Hindernisse.

In den §§ 291a – c ZPO wird die Anordnung einer Amtshandlung im Ausland – grenzüberschreitende unmittelbare Beweisaufnahme eines österr Gerichts - detailliert geregelt, da Art 17 der EuBVO auf eine Zulässigkeit nach dem Recht des erkennenden Gerichts, betreffend die unmittelbare Beweisaufnahme im Ausland, verweist.

³²⁴ Fucik in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/1 § 291a ZPO Rz 7; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 785; *Mayr in Burgstaller/Neumayr*, IZVR, § 29a ZPO Rz 3.

³²⁵ Vgl § 328 Abs 1 Z 1 – 4, Abs 4 ZPO.

³²⁶ Vgl § 352 Abs 1 ZPO.

³²⁷ Vgl § 300 Abs 1 ZPO.

³²⁸ Vgl § 368 Abs 2 ZPO.

³²⁹ Vgl § 375 Abs 2 ZPO.

Bei einer Beweiserhebung im Ausland für ein österr inländisches Verfahren kommen erstmals die Bestimmungen der ZPO, also auch die der EuBVO in Betracht.³³⁰ Im Rahmen der inhaltlichen Voraussetzungen gilt es zu beachten, dass § 291a Abs 1 ZPO die unmittelbare Beweisaufnahme bzw Rechtshilfe dahingehend einschränkt, als diese nur als subsidiäre Alternative vorgesehen ist, sofern aufgrund „besonderer bzw außergewöhnlicher Umstände“, eine Beweisaufnahme in herkömmlicher Art und Weise nicht hinreichend erscheint.³³¹ Dies ist in der Praxis vor allem dann zutreffend, wenn das Prozessgericht auf die persönliche Anwesenheit des Zeugen besteht, um sich von dessen Glaubwürdigkeit zu überzeugen oder auch aufgrund der besonderen Schwierigkeit des Beweisthemas.³³²

Nach *Rechberger/McGuire*³³³ kann man im Zusammenhang mit § 291 Abs 1 ZPO von einem sogenannten „Konstruktionsfehler“ sprechen, denn die Regelung beschränkt die Anwendung der unmittelbaren Beweisaufnahme. Daher sollte die Möglichkeit einer unmittelbaren Beweisaufnahme dann durchführbar sein, wenn sie von der Partei beantragt wird und nicht aufwändiger ist als eine Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg.³³⁴

Die weiteren Voraussetzungen³³⁵ zur Beweiserhebung im Ausland für ein inländisches Verfahren unterstreichen deutlich den subsidiären Charakter dieser Regelung.³³⁶

Dem Antrag³³⁷, der durch die Partei oder mehreren Parteien gestellt wird zB als Teil des Beweisantrages oder als Anregung bzw Erörterung in der vorbereitenden Tagsatzung, folgt eine Kostendeckung für Reisegebühren des Richters sowie für allfällige Dolmetscherkosten mittels Kostenvorschuss.³³⁸

Dem ausl Gericht muss die Beweisaufnahme hinsichtlich des Reiseaufwandes und der tatsächlichen staatlichen Bedingungen zumutbar sowie völker- oder gemeinschaftsrechtlich zulässig sein, zB ohne außergewöhnlichen (Kriegs)Gefahren ausgeliefert zu sein.³³⁹ Bei Bedarf kann das BMJ bzw BMeiA zur Beurteilung der Situation und somit für die Zumutbarkeitsprüfung durchaus Hilfestellung bieten.³⁴⁰

³³⁰ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 829.

³³¹ Vgl § 291a Abs 1 Z 2 ZPO.

³³² *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 833; vgl § 291a Abs 1 Z 2 ZPO.

³³³ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 833.

³³⁴ Vgl *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 833.

³³⁵ *Neumayr/G. Kodek*, in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 24.

³³⁶ *Fucik* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/1 § 291a ZPO Rz 5.

³³⁷ Vgl § 291a Abs 1 ZPO; *Mayr* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, § 291a ZPO Rz 4.

³³⁸ Vgl § 291a Abs 1 Z 3 ZPO; *Mayr* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, § 291a ZPO Rz 8.

³³⁹ Vgl § 291a Abs 1 Z1 ZPO; *Mayr* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, § 291a ZPO Rz 5 f.

³⁴⁰ *Mayr* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, § 291a ZPO Rz 6.

Vom Prozessgericht des betreffenden Mitgliedstaates, der die unmittelbare Beweisaufnahme durchführt, ist eine Genehmigung selbst einzuholen.³⁴¹ Da die Tätigkeit des Richters bei Beweisaufnahmen die Wesentlichste ist, werden die soeben genannten Voraussetzungen von der Rechtsprechung nachgeprüft.

Nach § 291a Abs 2 ZPO ist eine Erklärung des Bundesministers für Justiz für die Zulässigkeit – noch bevor über den Antrag endgültig entschieden wird - einzuholen, sofern die Beweisaufnahme außerhalb des Geltungsbereichs der EuBVO durchgeführt werden soll.³⁴²

Als Grundlage für die Gestaltung der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht ist § 276 Abs 1 ZPO zu betrachten, denn danach sind Beweise im Allgemeinen in der Verhandlung unmittelbar vor dem Prozessgericht aufzunehmen.³⁴³ Die praktische sowie verfahrensrechtliche Einhaltung dieser sachlichen Unmittelbarkeit kann jedoch zu einem Spannungsverhältnis der Konzentrationsmaxime mit der Prozessökonomie führen.³⁴⁴ Im Rahmen einer extraterritorialen Beweisanordnung wird selbstverständlich die zu vernehmende Person vor das Prozessgericht geladen oder den Parteien die entsprechende Beweismittelvorlage vor dem Prozessgericht aufgetragen.³⁴⁵

g) § 291b ZPO

Gem § 291b ZPO ist über die Anordnung einer Amtshandlung im Ausland nach § 291a ZPO, mittels abgesondert anfechtbarem Beschluss zu entscheiden, der zur Durchführung der Amtshandlung seine rechtliche Gültigkeit erlangen muss. Der rechtskräftige Beschluss kann jedoch mithilfe eines Rekurses, der eine aufschiebende Wirkung hat, angefochten werden.³⁴⁶ Wird der Antrag auf Durchführung einer Amtshandlung des österr Gerichtes im Ausland jedoch abgewiesen, kann dies als erheblicher Verfahrensmangel geltend gemacht werden.³⁴⁷

h) § 291c ZPO

Diese Rechtsvorschrift sieht vor, dass ein vom erkennenden österr Gericht bestellter Sachverständiger im Ausland nicht denselben einschränkenden Bedingungen unterliegt, wie die

³⁴¹ Vgl Art 17 EuBVO.

³⁴² Neumayr/G. Kodek, in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 25; Mayr in Burgstaller/Neumayr, IZVR, § 291a ZPO Rz 9.

³⁴³ Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 85.

³⁴⁴ Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 785.

³⁴⁵ Rechberger/McGuire, ÖJZ 2006, 832.

³⁴⁶ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 § 291b ZPO Rz 1 f.

³⁴⁷ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 § 291b ZPO Rz 3.

bereits erwähnten Beweisaufnahmen. Folgende Voraussetzungen sind für die Anordnung der Sachverständigenbefundaufnahme im Ausland zu prüfen:³⁴⁸ Vorliegen der allgemeinen Voraussetzung für Rechtshilfe; Parteiantrag; Völker- oder gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit; Zumutbarkeit der Durchführung der Amtshandlung im Ausland.

Überdies ist ein abgesondertes Rechtsmittel gegen die angeordnete Befundaufnahme eines österr Sachverständigen im Ausland nicht zulässig.³⁴⁹

2. Beweisaufnahme ausl Gerichte in Österreich

Eingangs gilt es festzuhalten, dass § 39a Abs 1 und Abs 4 JN nur für jene unmittelbaren Beweisaufnahmen anzuwenden sind, die durch nicht-österr Gerichte in Österreich durchgeführt werden. Abs 2 gilt für Dänemark und das Nicht-EU-Ausland. Abs 3 definiert gesetzliche Regelungen im und außerhalb des Geltungsbereichs der EuBVO.³⁵⁰

Nur wenn das BMJ eine unmittelbare Beweisaufnahme im Ausland durch ein ausl Gericht genehmigt, ist diese auch tatsächlich zulässig.³⁵¹ Die Genehmigung liegt nicht im Ermessen des BMJ, sondern ist an bestimmte Voraussetzungen³⁵² geknüpft:

- Gewährleistung der Gegenseitigkeit: es muss gewährleistet sein, dass eine Beweisaufnahme eines ausl Gerichtes im Inland nur dann möglich ist, wenn auch das österr Gericht in diesem Staat Beweise unmittelbar aufnehmen könnte.
- Ordre-public-Verstoß: ein Verstoß der beabsichtigten Beweisaufnahme gegen die Grundwerte der österr Rechtsordnung sowie die EMRK soll verhindert werden.
- Sicherstellung der Freiwilligkeit: die Grundlage der unmittelbaren Beweisaufnahme bildet die Freiwilligkeit aller Mitwirkenden wie zB zu vernehmende Person, denen dahingehend eine Belehrung vorgelegt werden muss. Selbst das Genehmigungsersuchen des ersuchenden Gerichtes hat eine Freiwilligenerklärung abzugeben. Weiters dürfen keine Zwangsmaßnahmen von den ausl Gerichten in Österreich gesetzt werden.
- Kein Verstoß gegen das Völkerrecht oder außenpolitische Interessen: das BMeiA beurteilt, ob die beabsichtigte Beweisaufnahme gegen das Völkerrecht oder außenpolitische Interessen verstößt. Richtigerweise hat sich das BMJ vor Antragsgenehmigung mit dem BMeiA in Verbindung zu setzen, bei einem bestehenden Verstoß, kann das BMJ einen Beweisaufnahmeantrag nicht genehmigen.

³⁴⁸ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 § 291c Rz 2.

³⁴⁹ Mayr in Burgstaller/Neumayr, IZVR, § 291c Rz 1; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ § 291c Rz 1.

³⁵⁰ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ I § 39a JN Rz 3.

³⁵¹ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ I 39a JN Rz 6.

³⁵² Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ I 39a JN Rz 7 ff.

Gem § 39a Abs 3 JN hat das zuständige Rechtshilfegericht³⁵³ an der unmittelbaren Beweisaufnahme teilzunehmen, sofern dies eine der Bedingungen für die Beweisaufnahmegenehmigung nach Art 17 EuBVO darstellt. Als zuständiges Rechtshilfegericht wird das Gericht jenes Staates angesehen, in dem die unmittelbare Beweisaufnahme durchgeführt werden soll.³⁵⁴

Ein inländisches Gericht ist, zur Kontrolle der einzuhaltenden Rechtsvorschriften der unmittelbaren Beweisaufnahme sowie Grundwertungen des österr Rechts, in den Fällen des Verstoßes gegen *ordre public* sowie den Verstoß gegen die Freiwilligkeit und Zwangsfreiheit beizuziehen.

Gem § 39a Abs 4 JN obliegen dem zuständigen österr Rechtshilfegericht Pflichten zur Unterstützung bei der Beweisaufnahme wie zB Vermittlung eines Dolmetschers, Übertragung des Verhandlungsprotokolls in deutscher Sprache oder auch einen Verhandlungssaal bei Bedarf bereit zu stellen.³⁵⁵ Werden vom zuständigen österr Rechtshilfegericht entsprechende Unterstützungsmaßnahmen verweigert, steht dem ausl ersuchenden Gericht ein Antragsrecht nach § 40 JN zu.

³⁵³ Vgl § 37 Abs 2 JN.

³⁵⁴ *Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze*³ I 39a JN Rz 11.

³⁵⁵ *Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze*³ I 39a JN Rz 17.

C. EuBVO

1. Allgemeines

Die EuBVO³⁵⁶ ist mit 1.7.2001 in Kraft getreten, wobei ihr materieller Anwendungsbereich seit 1.1.2004 bereits auf die neuen Mitgliedstaaten erweitert wurde.³⁵⁷ Mit 1.5.2004 wurde der Geltungsbereich weiter ausgedehnt, sachlich ist die EuBVO in Zivil- und Handelssachen anzuwenden.³⁵⁸

Bei der Beweisaufnahme im Ausland kann sich nach Art 1 EuBVO die Kooperation bzw grenzüberschreitende Beweishilfe zwischen den einzelnen Gerichten auf unterschiedliche Art und Weise gestalten:³⁵⁹

Bei der aktiven Rechtshilfe³⁶⁰ ersucht das Prozessgericht nach seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften das zuständige Gericht eines anderen Mitgliedstaates um Beweisaufnahme bzw Beweisverschaffung.

Dieser Art der traditionellen Beweishilfe wird nunmehr die passive Rechtshilfe³⁶¹, bei der das Prozessgericht darum ersucht, in einem anderen Mitgliedstaat unmittelbar selbst Beweise erheben zu dürfen, gegenübergestellt.³⁶² Voraussetzung ist dabei jedoch, dass die zu erhebenden Beweise in einem bereits eingeleiteten oder zu eröffnenden gerichtlichen Verfahren bestimmt sind.³⁶³ Als eine neuartige Auffassung der passiven Rechtshilfe ist die Beteiligung des

³⁵⁶ VO (EG) Nr 1206/2001 des Rates vom 28.5.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2001/174, 1.

³⁵⁷ EU-14: neben Österreich also Belgien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Irland, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Schweden, Spanien, Vereinigtes Königreich; vgl *Fucik in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 1 EuBVO Rz 2.

³⁵⁸ Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakische Republik, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn, Zypern; *Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 1.

³⁵⁹ *Fucik in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 1 EuBVO Rz 5 f; *Schneider*, Der Minderjährige als Zeuge, in *Clavara/Graber*, Die Rechtsstellung von wirtschaftlich, sozial und gesellschaftlich Benachteiligten im Zivilverfahren (2012) 265.

³⁶⁰ Vgl Art 1lit a EuBVO; *Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Art 1 EuBVO Rz 10; *Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 2; *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 830; *dies*, Die Umsetzung der EuBVO im österreichischen Zivilprozess, ZZPInt 10 (2005) 92 f;

³⁶¹ Vgl Art 1lit b EuBVO; *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 830; *dies*, ZZPInt 10 (2005) 94 f; *Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Art 1 EuBVO Rz 10.

³⁶² Vgl Art 1 Abs 1 EuBVO; *Mayr*, Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen: Auswirkungen auf das Zivilverfahrensrecht in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs – Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht (2015) 1123 f; *Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Art 1 EuBVO Rz 2.

³⁶³ Vgl Art 1 Abs 2 EuBVO.

Prozessgerichtes an der Beweisaufnahme durch das ersuchte Gericht im Ausland als dialogische Beweisaufnahme bekannt.³⁶⁴

Welche der beiden Varianten der Rechtshilfe – aktiv oder passiv - letztlich gewählt wird, muss entsprechend abgewogen werden, denn bei einer unmittelbaren Beweisaufnahme sind neben den anfallenden Kosten auch die Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und die Art des Beweismittels zu berücksichtigen.³⁶⁵

Die EuBVO erfasst jedoch weder die Regelungen der inländischen Beweisaufnahme noch die Vorgehensweisen beim Beweismittelimport bzw Beweismitteltransfer, also die Herbeschaffung des Beweismittels ins Inland.³⁶⁶ Dabei werden zB Zeugen aus dem Ausland geladen; eine Urkundenvorlage beauftragt, wobei sich die Urkunde im Ausland befindet etc. Die Vorgehensweise des Beweismittelimports orientiert sich am nationalen Verfahrensrecht.

Weiters sieht die EuBVO im Zusammenhang mit der modernen Informationstechnologie vor, dass Vernehmungen mittels Videokonferenz und Rechtshilfeersuchen auf elektronischen Weg durchzuführen sind.³⁶⁷

Da die EuBVO unmittelbar anwendbar ist, verdrängt sie entgegenstehendes nationales Recht oder völkerrechtliche Übereinkommen.³⁶⁸ Sie ersetzt das Haager Übereinkommen von 1970, wenn es sich um Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten handelt. Von der EuBVO sind derzeit alle Mitgliedstaaten umfasst, gem Art 1 Abs 3 EuBVO ist jedoch Dänemark vom Anwendungsbereich ausgenommen.³⁶⁹

2. Beweisaufnahme durch den ersuchten Mitgliedstaat

Bei der „aktiven“ und somit klassischen Rechtshilfe handelt es sich nach Art 10 Abs 2 EuBVO um die Beweisaufnahme durch das ersuchte Gericht eines Mitgliedstaates für einen anderen Mitgliedstaat.

³⁶⁴ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 830; *dies*, ZZPInt 10 (2005) 96 f.

³⁶⁵ *Rechberger/McGuire*, ZZPInt 10 (2005) 91.

³⁶⁶ *Heß/Müller*, Die VO 1206/01/EG zur Beweisaufnahme im Ausland, ZZPInt 6 (2001) 149; *Neumayr/G. Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 17.

³⁶⁷ *Kodek* in FS M. Schneider 333; vgl Art 10 Abs 4 EuBVO.

³⁶⁸ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 831.

³⁶⁹ *Neumayr/G. Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 5.

Das Beweisaufnahmeersuchen ist direkt vom ersuchenden Gericht eines Mitgliedstaates, bei dem das Verfahren eingeleitet wurde oder eröffnet werden soll, zum ersuchten Gericht zu übersenden.³⁷⁰ Die Übermittlung des Ersuchens hat auf „schnellstmöglichen Weg“ zu erfolgen, wobei gewährleistet sein muss, dass der Inhalt des versandten Dokuments zB per E-Mail dem Inhalt des empfangenen Dokuments genau überein stimmen muss.³⁷¹ Daher muss das Ersuchen auch „unverzüglich“, spätestens aber innerhalb von 90 Tagen nach dem Einlangen des Rechtshilfeersuchens, vom ersuchten Gericht erledigt werden.³⁷²

Das Beweisaufnahmeersuchen unterliegt einer in der EuBVO geregelten formalen und inhaltlichen Anforderung und ist in der Amtssprache des ersuchten Gerichtes abzufassen.³⁷³ Für etwaige Auskunftserteilung sowie Problemlösungen oder auch Weiterleitung von Ersuchen wurden entsprechende Zentralstellen eingerichtet.³⁷⁴ Das ersuchte Gericht kann jedoch den Antrag auf Beweisaufnahme ablehnen, sofern eine Unvereinbarkeit der beantragten Form des Ersuchens mit dem Recht des Mitgliedstaates des ersuchten Gerichtes besteht.³⁷⁵ Wenn zB ein österr Gericht bei einem deutschen Gericht den Antrag auf Vernehmung eines Minderjährigen stellt, kann vom österr Gericht selbstverständlich auch die besondere Form der abgesonderten Vernehmung des Minderjährigen beantragt werden. In diesem Fall würde keine Unvereinbarkeit der österr mit der deutschen Rechtsordnung vorliegen, denn obwohl das deutsche Recht keine explizite Regelung zur abgesonderten Vernehmung Minderjähriger vorsieht, besteht im deutschen Strafprozess die Möglichkeit, schutzwürdige Zeugen abgesondert zu vernehmen.³⁷⁶

Die Aufnahme der Beweise erfolgt nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Mitgliedstaates,³⁷⁷ somit unterliegt die Beweisaufnahme Zwangsmaßnahmen.³⁷⁸ Der direkte Geschäftsverkehr findet zwischen den Gerichten statt.

³⁷⁰ Vgl Art 2 EuBVO; Liste der zuständigen Gerichte: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlas-civil.

³⁷¹ Vgl Art 6 EuBVO; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 10; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 3.

³⁷² Vgl Art 10 Abs 1 EuBVO; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 10; dies in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 10 EuBVO Rz 1, 3; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 3; Mosser in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 10 EuBVO Rz 3, 5 ff.

³⁷³ Vgl Art 4, 5 EuBVO; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 3; Mosser in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 4 EuBVO Rz 1 ff; ders in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 5 EuBVO Rz 1 ff.

³⁷⁴ Vgl Art 3 EuBVO; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 3.

³⁷⁵ Schneider in Clavara/Graber, Rechtsstellung 267.

³⁷⁶ Vgl § 247a dStPO; Schneider in Clavara/Graber, Rechtsstellung 266.

³⁷⁷ Vgl Art 10 Abs 2 EuBVO; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 9; dies in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 10 EuBVO Rz 5; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 3.

Nach Art 11 Abs 1 EuBVO besteht das Recht der Parteiöffentlichkeit, dabei gebührt den Parteien samt ihren Vertretern der gesetzliche Anspruch, bei der Beweisaufnahme persönlich anwesend zu sein. Ausgenommen wäre das Recht der Parteiöffentlichkeit nur, wenn diese Regelung nicht dem Gesetz des ersuchenden Staates entsprechen würde.³⁷⁹ Es haben auch bestimmte Gerichtsangehörige, so genannte Beauftragte wie zB Sachverständige, das Recht, bei der Beweisaufnahme durch das ersuchte Gericht anwesend zu sein, wenn diese vom ersuchenden Gericht bestimmt werden.³⁸⁰ Vom ersuchenden Gericht können jedoch die aktive Beteiligung der Parteien und gegebenenfalls ihre Vertreter beantragt werden.³⁸¹

Die Ablehnungsgründe der aktiven Rechtshilfe sind in Art 14 EuBVO definiert, wobei der Abs 2 die Gründe enthält, nach denen das ersuchte Gericht die Beweisaufnahme von Amts wegen ablehnen kann.³⁸² Nach dem Art 14 Abs 1 EuBVO kann ein Antrag um Vernehmung dann nicht erledigt werden, sofern von der zu vernehmenden Person ein Aussageverweigerungsrecht oder –verbot Gebrauch macht.³⁸³ Das Kombinationsprinzip, auch bekannt unter dem Meistbegünstigungsprinzip, sieht vor, dass Aussageverweigerungsrechte nach dem Recht des ersuchten und ersuchenden Mitgliedstaates geltend gemacht werden können. Die zu vernehmende Person kann nach dem geltenden Recht einen Antrag stellen, um sich vor persönlichen Nachteilen zu schützen. Bei einem berechtigten Aussageverweigerungsgrund ist das Vernehmungsgesuchen einer Person abzulehnen.³⁸⁴

Die Durchführung eines Rechtshilfeverfahrens ist nach Art 18 der EuBVO als unentgeltlich zu betrachten. Ausgenommen davon sind jedoch anfallende Mehrkosten in Form einer Kostenerstattung hinsichtlich Sachverständigen- und Dolmetscherkosten sowie zusätzliche

³⁷⁸ Vgl Art 13 EuBVO; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 9.

³⁷⁹ Mosser in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 11 EuBVO Rz 4 ff; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 9; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 3.

³⁸⁰ Vgl Art 12 EuBVO; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 9.

³⁸¹ Vgl Art 10 Abs 2 und 3 EuBVO; Mosser in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 11 EuBVO Rz 8; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 10; dies in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 10 EuBVO Rz 5 ff.

³⁸² Mosser in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 14 EuBVO Rz 16 ff; Stadler in FS Geimer 1297.

³⁸³ Berger, Die EG-VO über die Zusammenarbeit der Gerichte auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen (EuBVO), IPRax 2001, 524; Mosser in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 14 EuBVO Rz 4 ff.

³⁸⁴ Vgl Art 14 EuBVO; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 10; dies in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 14 EuBVO Rz 3; Schneider in Clavara/Graber, Rechtsstellung 268.

Aufwendungen betreffend besonderer geforderter Formvorschriften und Aufwendungen im Zusammenhang mit der Anwendung von modernen Kommunikationstechnologien.³⁸⁵

3. Ersuchen um unmittelbare Beweisaufnahme

Als bedeutende Neuerung handelt es sich bei der „passiven“ Rechtshilfe um die unmittelbare Beweisaufnahme durch das ersuchende Gericht, das Prozessgericht, im Ausland.³⁸⁶ Die Durchführung der Beweisaufnahme obliegt dem Prozessgericht nach seinem Recht und in seiner Sprache.³⁸⁷

Das ersuchende Gericht hat bei der zuständigen Behörde oder der Zentralstelle im Beweisaufnahmestaat den Antrag auf die unmittelbare Beweisaufnahme nach Art 17 EuBVO einzu- bringen. Der Antrag kann unter bestimmten Voraussetzungen abgelehnt werden, binnen einer Frist von 30 Tagen ist jedoch die Entscheidung über das Ersuchen dem antragstellenden Prozessgericht mitzuteilen, wobei Stillschweigen keine Zustimmung darstellt.³⁸⁸

Nach Art 17 Abs 2 EuBVO kann diese Art der unmittelbaren Beweisaufnahme nur auf freiwilliger Basis erfolgen, es können auch keine Zwangsmaßnahmen gesetzt werden.³⁸⁹

Der ersuchte Staat legt jedoch für die Durchführung der Beweisaufnahme mehrere Bedingungen fest:³⁹⁰

- das Recht auf anwaltlichen Beistand;
- die Beiziehung eines Dolmetschers auf Kosten des ersuchenden Gerichts zum Schutz des Zeugen, der die Sprache des ersuchenden Gerichts nicht versteht;
- die Durchführung der Vernehmung in der Sprache des ersuchten Mitgliedstaates, etwa um dem teilnehmenden Richter aus diesem Staat die Verfolgung der Beweisaufnahme zu ermöglichen;

³⁸⁵ Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 14; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 5.

³⁸⁶ Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 4; Schneider in Clavara/Graber, Rechtsstellung 268; Stadler in FS Geimer 1294.

³⁸⁷ Vgl Art 17 Abs 6 EuBVO.

³⁸⁸ Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 17 EuBVO Rz 8; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 16; dies in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 17 EuBVO Rz 9 f; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 4.

³⁸⁹ Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Vor Art 1 EuBVO Rz 16; dies in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 17 EuBVO Rz 2; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 4; Schneider in Clavara/Graber, Rechtsstellung 268.

³⁹⁰ Berger, IPRax 2001, 526; Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 17 EuBVO Rz 12; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 17 EuBVO Rz 17.

- die richterliche Überwachung bei der Vernehmung durch einen Sachverständigen;³⁹¹
- die Verpflichtung des ersuchenden Gerichts, auch den Inhaber einer Urkunde oder eines Augenscheinsgegenstandes – ebenso wie eine zu vernehmende Person – auf die Freiwilligkeit der Mitwirkung hinzuweisen;
- die Verpflichtung, einem Zeugen Auslagenersatz zu gewähren;
- die Sicherstellung der Erstattung von Kosten für die Durchführung der Videokonferenz.

Nach Art 17 Abs 4 EuBVO ist die Zentralstelle dazu verpflichtet, den Einsatz von Videokonferenztechnologie zu fördern.³⁹²

Aus Art 17 Abs 5 EuBVO ergeben sich Ablehnungsgründe, die dann in Erwägung zu ziehen sind, wenn der Antrag auf Beweisaufnahme den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des ersuchten Mitgliedstaates widerspricht.³⁹³

4. Dialogische Beweisaufnahme

Bei der dialogischen Beweisaufnahme wird die Beweisaufnahme durch das ersuchte ausl Gericht und nicht durch das österr Gericht vorgenommen. Dies empfiehlt sich immer dann, wenn die Grundvoraussetzung der Freiwilligkeit nicht gegeben ist zB die beteiligten Personen nicht freiwillig mitwirken möchten.³⁹⁴

Die Durchführung der dialogischen Beweisaufnahme hat nach dem Prozessrecht des ausl Gerichts zu erfolgen, vermutlich wird auch die Beweisaufnahme in einer anderen Sprache erfolgen und bei Bedarf sind auch Zwangsmaßnahmen anzuordnen. Vor allem ist eine dialogische Beweisaufnahme dann durchzuführen, sobald der Beweiswert eines Beweismittels nicht völlig ausgeschöpft werden kann.³⁹⁵

Im Rahmen der Durchführung der dialogischen Beweisaufnahme können folgende Vorteile genannt werden:³⁹⁶

³⁹¹ Vgl Art 17 Abs 3 EuBVO:

³⁹² *Fucik in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/1 Art 17 EuBVO Rz 18.

³⁹³ *Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 291a Rz 4; *Schneider in Clavara/Graber*, Rechtsstellung 269.

³⁹⁴ Vgl Art 10 Abs 3 und 4, Art 12 EuBVO; *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 833.

³⁹⁵ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 833.

³⁹⁶ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 834.

Der unvollständigen Sachverhaltsdarstellung sowie des nicht vollständig übermittelten Ergebnisberichtes des ersuchten Gerichtes können mittels Beiziehung eines Beteiligten zB Fragestellungen an einen Vertreter des Prozessgerichtes, entgegengewirkt werden und entsprechende Mängel der Beweismittel behoben werden.

Die Leitung der dialogischen Beweisaufnahme wird vom ersuchten Gericht übernommen, folglich werden die organisatorischen Maßnahmen zB Ladung eines Dolmetschers, entsprechende Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen, geschaffen. Einer gesetzlichen Beschränkung unterliegt die dialogische Beweisaufnahme durch den § 291a ZPO.

Am effizientesten ist somit die unmittelbare Beweisaufnahme mittels Videokonferenz.³⁹⁷

5. Einsatz moderner Kommunikationstechnologien

Im Rahmen der EuBVO können als mögliche technische Kommunikationsmittel für eine grenzüberschreitende Beweisaufnahme, die „Video- und Telekonferenz“ als „verordnungsautonome besondere Form der Beweisaufnahme“ nach Art 10 Abs 4 EuBVO herangezogen werden.³⁹⁸

Dafür hat das ausl Gericht beim ersuchten Gericht einen Antrag auf Durchführung der Beweisaufnahme, in einer besonderen Form und in gleicher Art und Weise, zu stellen.³⁹⁹ Die Annahme eines derartigen Antrages kann, aufgrund technischer Schwierigkeiten zB keine technische Möglichkeit einer Wort- und Bildübertragung durchzuführen, abgelehnt werden.⁴⁰⁰ Weitere Ablehnungsgründe können die Unvereinbarkeit der beantragten Vorgehensweise mit dem Recht des ersuchten Mitgliedstaates sein oder die Unmöglichkeit der Durchführung der Beweisaufnahme, dies aufgrund erheblicher tatsächlicher Schwierigkeiten.⁴⁰¹

Bei der Durchführung der Beweisaufnahme mittels Kommunikationstechnologien kann dem ersuchenden Gericht neben dem Protokoll auch die Bild- und Tonbandaufnahme zur

³⁹⁷ <http://ec.europa.eu/civiljustice>: Der Einsatz der Videokonferenz zur Beweisaufnahme in Zivil- und Handels-sachen gemäß VO (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 – Ein praktischer Leitfaden.

³⁹⁸ Die gesetzliche Grundlage findet die Video- und Telefonkonferenz der EuBVO in der ZVN (§ 91 GOG) und in der ZVN (§ 277 ZPO, § 35 AußStrG); vgl Art 10 Abs 3 EuBVO; *Fucik in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ I § 39a JN Rz 19; *Mosser in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/I Art 10 EuBVO Rz 23.

³⁹⁹ Vgl Art 10 Abs 3 EuBVO.

⁴⁰⁰ *Rechberger/McGuire*, ÖJZ 2006, 835.

⁴⁰¹ *Mosser in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/I Art 10 EuBVO Rz 15 f, 29.

Verfügung gestellt werden.⁴⁰² Selbstverständlich können moderne Kommunikationstechnologien auch dazu genutzt werden, um dem ersuchenden Gericht und/oder den Parteien, eine unmittelbare Wahrnehmung oder eine aktive Beteiligung bei der Beweisaufnahme, im Wege einer Videokonferenz zu ermöglichen.⁴⁰³

Die Aufzählung der Video- und Telefonkonferenz im Zusammenhang mit der Verwendung von Kommunikationstechnologien ist zweifellos eine demonstrative, die sämtliche zukünftige verfügbaren Aufzeichnungs- und Übertragungsmöglichkeiten umfassen kann.⁴⁰⁴

Sofern vom ersuchenden Gericht die Anfertigung einer Videoaufzeichnung des Augenscheins oder der Vernehmung beantragt wird und die technischen Voraussetzungen dafür gegeben sind bzw vom ersuchenden Gericht zur Verfügung gestellt werden, kann die Beweisaufnahme mittels Videoaufzeichnung vorgenommen werden und der entsprechende Datenträger an das ersuchende Gericht übermittelt werden.⁴⁰⁵

Anders als nach der EuBVO wird im Art 10 in der Europäischen Rechtshilfeabkommen in Strafsachen vom 29.5.2000, der Ablauf und die Voraussetzungen der Beweisaufnahme unter Verwendung von modernen Kommunikationstechnologien ausführlich geregelt.⁴⁰⁶ Die Einvernahme von Sachverständigen und Zeugen kann mittels Videokonferenz erfolgen, sofern ein persönliches Erscheinen ausgeschlossen oder ungeeignet ist. Geladen werden die Zeugen nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Staates, so auch die Erzwingung des persönlichen Erscheinens und der Zeugenaussage. Die Zeugnisverweigerungsrechte können vom ersuchten und vom ersuchenden Staat in Anspruch genommen werden, wobei die Durchführung der Vernehmung dem Prozessgericht obliegt. Bei Anwesenheit eines Vertreters des ersuchten Staates werden jedoch auf die gesetzlichen Grundprinzipien des ersuchten Mitgliedstaates anerkannt.

Gem Art 10 Abs 4 der EuBVO steht der Einsatz der Kommunikationstechnologie in engem Zusammenhang mit der Beweisaufnahme, woraus zu schließen ist, dass diese Rechtsvor-

⁴⁰² Mosser in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/I Art 10 EuBVO Rz 24; *Neumayr/G. Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Art 10 EuBVO Rz 16.

⁴⁰³ Mosser in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/I Art 10 EuBVO Rz 24; *Neumayr/G. Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Art 10 EuBVO Rz 16; Näheres bei Art 11 und Art 12 EuBVO.

⁴⁰⁴ Mosser in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/I Art 10 EuBVO Rz 25.

⁴⁰⁵ Mosser in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² V/I Art 10 EuBVO Rz 28; *Neumayr/G. Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, Art 10 EuBVO Rz 16.

⁴⁰⁶ *Heß/Müller*, ZZPInt 6 (2001) 163.

schrift wohl für die Durchführung von Videovernehmungen, nicht aber auch für grenzüberschreitenden Videovernehmungen, gilt. Nach aA sind grenzüberschreitende Videovernehmungen und –verhandlungen im europäischen Justizraum ohne Beschränkungen zulässig.⁴⁰⁷

Bei der Einvernahme mittels Video- und Telekonferenzen nach der EuBVO ist auch der Vernehmung von Auskunftspersonen zB Parteien und Zeugen besondere Beachtung zu gewähren. Grundsätzlich werden vom Rechtshilfegericht nämlich Personen mittels Videokonferenz einvernommen und die Befragung mittels Videoübertragung ausgestrahlt.

Nach Art 17 Abs 4 EuBVO wird die Beweisaufnahme vom ersuchenden Gericht mittels Kommunikationstechnologien, um etwaige Kosteneinsparungen vorzunehmen, von der zuständigen Behörde bzw der Zentralstelle gefördert.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR (2010) 789; Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 10 EuBVO Rz 16 ff; Heß/Müller, ZZPInt 6 (2001) 163.

⁴⁰⁸ Neumayr/G. Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR, Art 17 EuBVO Rz 20.

VI. Die Videokonferenz

A. Definition

Im Beweisverfahren spricht man von einer Videokonferenz, wenn eine Beweisaufnahme mittels technisch eingerichteter Wort- und Bildübertragung durchgeführt werden kann bzw. wird. Somit besteht die Möglichkeit bei der „Videokonferenztechnologie“ einer Kontaktaufnahme einer Vielzahl an Menschen, deren persönliche Anwesenheit jedoch nicht erforderlich ist.⁴⁰⁹

Es findet dabei eine face-to-face Kommunikation statt, bei der aber die beteiligten bzw. teilnehmenden Personen sich nicht persönlich begegnen, das Gespräch jedoch mit Bild, Ton, Bewegung und Interaktion stattfindet. Das Bild des Kommunikationspartners wird live übertragen, somit ist eine physische Unmittelbarkeit gegeben. Für eine technische Wort- und Bildübertragung benötigt man eine Kamera sowie eine Video oder Sound-Karte, ein Headset oder ein Mikrofon.

Da eine Videokonferenz dadurch entsteht, dass eine Datenverbindung zwischen zumindest zwei Geräten hergestellt wird, spricht man in diesem Zusammenhang auch von einer „Online-Videokonferenz“.⁴¹⁰ In Echtzeit wird eine Hör- und Sehverbindung für die Konferenzteilnehmer hergestellt, somit ermöglicht die Videokonferenz ein sogenanntes „Application-Sharing“ bei dem zeitgleich mehrere menschliche Sinne zB durch Bild, Ton, Bewegung und Interaktion gefordert werden.

Diese auditive und visuelle Kommunikationsform ermöglicht eine entfernungsunabhängige Durchführung von Videokonferenzen, bei der zeitgleich Bild und Ton übertragen werden.

B. Geschichte

In den 1920er Jahren gab es bereits die Idee des „sehenden Telefons“. Der öffentliche Bildfernsprechdienst wurde 1936 zwischen Berlin und Leipzig eingeführt. Dabei war es möglich, in einer Bildtelefonzelle mittels Bild und Ton zu kommunizieren, wobei dafür sogar eigene Videostudios errichtet wurden. Wegen zu geringem Zuspruch wurde diese Form der Kommunikation bereits 4 Jahre später wieder eingestellt.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 168.

⁴¹⁰ Nissen, Online-Videokonferenz 19.

⁴¹¹ Günther, Videokonferenz in der Lehre (2001) 99.

In den 1930er Jahren erfolgten, parallel zur Entwicklung des Fernsehens, die ersten Entwicklungen zur Videokonferenztechnologie. In den folgenden Jahren wurden dann die ersten Prototypen der Videokonferenzsysteme und Bildtelefone entwickelt.⁴¹²

In den 1960er Jahren wurde in New York auf der Weltausstellung von einem Unternehmen, das sich ausschließlich mit Telekommunikation befasst, erstmals das Bildtelefon „PicturePhone“ ausgestellt und präsentiert. Selbstverständlich waren die Kosten dafür enorm hoch und im Verhältnis dazu die Qualität sehr schlecht.⁴¹³ Die Entwicklung der Technologie ging stetig voran, man versuchte Kosten zu reduzieren und die Qualität zu verbessern.

Ende der 1980er Jahre war die Durchführung von Videokonferenzen jedoch nur aufgrund eines sehr hohen technischen Aufwands und enormen Kosten möglich. Um eine Videokonferenz durchführen zu können, musste man bei der Post, Leitungen im VBN längerfristig reservieren. Die Kosten für eine Systemanschaffung befanden sich im 7-stelligen Bereich. Auch die tatsächliche Durchführung einer derartigen Videokonferenz war mit enorm hohen Kosten – im Inland sowie im Ausland – verbunden und war der Auslöser dafür, dass sich diese Art der Videokonferenztechnik in keinsten Weise in der Praxis durchgesetzt hat. Erst mit dem Einsatz der ISDN brach ein neues Telekommunikationszeitalter an.⁴¹⁴ Dies kann auch als Meilenstein der heutzutage bekannten Videokonferenztechnologie genannt werden. Mit Hilfe des ISDN, als digitales Universalnetz zur Datenübermittlung, konnten die Verbindungskosten gesenkt und der Übertragungsraum vergrößert werden. Qualitativ konnte die ISDN-Übertragung mittels Videokonferenz mit der Fernsehübertragung von Filmen und Bildern verglichen werden.⁴¹⁵ Das digitale Telefonnetz ISDN bildet auch heutzutage noch die Grundlage für die Durchführung von Videokonferenzen.

In den 1990er Jahren wurde eine zusätzliche flächendeckende und überregionale Übertragungsmöglichkeit, das Internet, weiterentwickelt: 1990 bestand das Internet aus 3000 Netzen und 200.000 Rechnern. 1992 wurde der Millionste Rechner angeschlossen. 1995 gab es mehrere Backbones, Hunderte von regionalen Netzen, tausende LANs, Millionen von Rechnern und mehrere Millionen Benutzer.⁴¹⁶

Das IP bildet die Kommunikationsgrundlage über das Internet, da es als digitales Standardformat den Datenversand vornimmt. Die Qualität der Videokonferenz wird mit zunehmendem Ausbau von Systemen, IP-Netzwerken und einer größeren Bandbreite im Backbone-Bereich

⁴¹² Nissen, Online-Videokonferenz 20.

⁴¹³ Günther, Videokonferenz 99.

⁴¹⁴ Nissen, Online-Videokonferenz 20.

⁴¹⁵ Nissen, Online-Videokonferenz 21.

⁴¹⁶ Nissen, Online-Videokonferenz 21.

hochwertiger. Die Einführung neuer Technologien wie zB DSL oder UMTS sorgen für eine rasante Verbreitung der Videokonferenzen und ermöglichen eine enorme Übertragungsgeschwindigkeit.⁴¹⁷

In Österreich begann man im Jahr 2000 mit den ersten Überlegungen zum Einsatz der Videokonferenztechnologie, dies auch im Strafverfahren. 2 Jahre später wurden sämtliche österr Justizanstalten mit einer Anlage zur Durchführung der Videokonferenz ausgestattet. Dabei konnte bereits ein Einsparvolumen von über € 100.000,- erzielt werden.⁴¹⁸ Wie bereits erwähnt hat die Videokonferenztechnologie erstmals mit der ZVN 2004 Eingang in der österr Zivilprozessordnung erlangt, mit der ZVN 2009 wurde diese gesetzlich in der österr ZPO geregelt.⁴¹⁹ Die neue Rechtsgrundlage ermöglichte eine Einvernahme der Zeugen, Parteien und Sachverständigen mittels technischer Wort- und Bildübertragung bei der Beweisaufnahme.⁴²⁰

Sämtliche Gerichte, Staatsanwaltschaften und Justizanstalten sind seit dem Frühjahr 2011 mit einer Videokonferenzanlage eingerichtet. Im selben Jahr wurden mehr als 2000 Videokonferenzen in Gerichtsverfahren abgehalten.⁴²¹

In Finnland wurden für unterschiedliche Einsatzbereiche wie zB Gerichtsverhandlungen, Vorverhandlungen und Zeugenvernehmungen verschiedene Arten von Videokonferenzanlagen eingerichtet.⁴²²

Im Vereinigten Königreich wurden einerseits zur Unterstützung von gefährdeten Zeugen entsprechende Maßnahmen für den Einsatz mittels Videokonferenz vorgenommen, dies zB in entsprechenden Stellen, die Opferhilfe anbieten sowie auch in Polizeigebäuden, um eine Zeugenfernvernehmung zu ermöglichen. Andererseits dient die Einvernahme mittels Videokonferenz auch der Verfahrensbeschleunigung, dies zB im Falle häuslicher Gewalt.⁴²³

⁴¹⁷ Nissen, Online-Videokonferenz 21.

⁴¹⁸ www.justiz.gv.at: Die Justiz und die Videokonferenz – Eine Erfolgsgeschichte (2012).

⁴¹⁹ Rechberger in FS M. Schneider 380.

⁴²⁰ § 277 ZPO.

⁴²¹ www.justiz.gv.at: Die Justiz und die Videokonferenz – Eine Erfolgsgeschichte (2012).

⁴²² www.consilium.europa.eu/infopublic.

⁴²³ www.consilium.europa.eu/infopublic.

C. Gesetzliche Grundlagen

Die Beweisaufnahme mittels moderner Videokonferenztechnologie findet sich mittlerweile in mehreren Rechtsvorschriften wieder. In der Folge werden die unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Grundlagen dargestellt.

1. § 91a GOG

Die Möglichkeit eines videogestützten und somit audiovisionellen Beweisverfahrens wurde mit der ZVN 2004 bzw mit der ZVN 2009 erstmals gesetzlich definiert. Mit der ZVN 2004 wurde die Videokonferenz gesetzlich im § 91 GOG verankert.

Durch diese Bestimmung hat das Gericht im zivilgerichtlichen Verfahren erstmals die Möglichkeit, eine unmittelbare Beweisaufnahme unter Verwendung der technischen Einrichtung zur Wort- und Bildübertragung durchzuführen.⁴²⁴ Diese technische Möglichkeit sowie die vorhandene Verfahrensökonomie verdrängen, aufgrund gerichtlichen Ermessens, die Einvernahme durch den ersuchten Richter.⁴²⁵

2. Videokonferenzerlässe

Zur Videokonferenz wurden in den vergangenen Jahren mehrere Erlässe veröffentlicht. Anbei werden Auszüge aus den einzelnen Erlässe dargestellt:

- Erlass vom 3.1.2017, BML-S578.030/0023-IV 3/2016
- Erlass vom 1.9.2012, BMJ-S585.003/0003-IV 3/2012
- Erlass vom 28.12.2007, BMJ-Pr6205/0003-Pr 4/2007⁴²⁶

Mit dem Erlass vom 8.10.2002 über die Vernehmung des festgenommenen Beschuldigten im Wege einer Videokonferenz, wurden alle Gefangenenhäuser (Justizanstalten), die den Landesgerichten zugeordnet werden, mit entsprechenden Vernehmungsräume ausgestattet.⁴²⁷

3. EuBVO

Die Verwendung von Kommunikationstechnologien für Zivilverfahren wird in den Art 10 Abs 4 und Art 17 Abs 2 der EuBVO betreffend Beweisaufnahmen im Rechtshilfeweg geregelt.⁴²⁸

⁴²⁴ Schmidt, RZ 2006, 266 f.

⁴²⁵ Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 175.

⁴²⁶ Vgl Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 170.

⁴²⁷ Erlass vom 8.10.2002, JMZ 440006/45/II3/02: Justizanstalt Wien-Josefstadt, Justizanstalt Eisenstadt, Justizanstalt Linz, Justizanstalt Graz-Jakomini, Justizanstalt Klagenfurt, Justizanstalt Salzburg, Justizanstalt Innsbruck, Justizanstalt Feldkirch.

Im Jahr 2010 wurden bereits 6 % der in Österreich abgehaltenen Videokonferenzen mit ausl Gerichten durchgeführt, wobei davon auszugehen ist, dass diesem Erfolg die Ausdehnung der flächendeckenden Ausstattung auf die Bezirksgerichte zugrunde liegt.⁴²⁹

Aus Art 17 Abs 4 letzter Satz ist ersichtlich, dass die Zentralstelle der Pflicht unterliegt, Video- und Telekonferenzen durch den Einsatz der Kommunikationstechnologien zu fördern.

4. § 39a JN

Die Beweisaufnahme durch ausl Gerichte wird im § 39a JN geregelt. Somit unterliegen Beweisaufnahmen mit Auslandsbezug nicht dem Ermessen des BMJ, sondern ist dieses unter gewissen Voraussetzungen nach § 39a JN zu genehmigen:

- Gewährleistung der Gegenseitigkeit;
- kein Verstoß gegen den innerstaatlichen ordre public;
- Sicherstellung der Freiwilligkeit;
- kein Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen oder außenpolitische Interessen Österreichs.

5. § 35 AußStrG

Erstmals wurde die Videoeinnahme bei der Beweisaufnahme durch die ZVN 2009 in den § 35 AußStrG übernommen. Die Grundlage für die Video- und Telefonkonferenzen wurde in Österreich durch die ZVN 2004 geschaffen, die Ausdehnung der gesetzlichen Regelungen wurde erst durch die ZVN 2009 vorgenommen.

6. § 277 ZPO

Mit der ZVN 2009 wurde erstmals die Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung bei der Beweisaufnahme in der Zivilprozessordnung geregelt. Erst mit der ZVN 2009 wurde diese Bestimmung in den § 277 ZPO übernommen. Durch das Budgetbegleitgesetz 2011 besteht eine gerichtliche Verpflichtung, eine Videokonferenz durchzuführen.

⁴²⁸ Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 170.

⁴²⁹ Rechberger, Die Anwendung moderner Technologien im österreichischen Zivilprozess – ein Update, in FS Rüßmann (2013) 743 f; Rechberger in FS M. Schneider 381.

7. Budgetbegleitgesetz 2011

Mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 entsteht ab 1.5.2011 eine gerichtliche Verpflichtung, die unmittelbare Beweisaufnahme unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung zu veranlassen, wenn für die Videoeilvernahme die technischen Erfordernisse vorliegen und die Bedingungen für den Einsatz des ersuchten Richters vorhanden sind. Im Rechtshilfeweg ist eine Einvernahme nur mehr dann möglich, wenn sie „unter Berücksichtigung der Verfahrensökonomie zweckmäßig oder aus besonderen Gründen erforderlich (ist)“. Dies könnte beispielsweise bei einem bettlägerigen Zeugen der Fall sein.

Einer Beweisaufnahme mittels Videotechnik gebührt nun der Vorrang gegenüber einem Rechtshilfeverfahren. Eine Einvernahme – im Rahmen einer mittelbaren Beweisaufnahme - mittels Videokonferenz kennt der österr Gesetzgeber nicht.

8. Art 10 EU-RhÜbk

Bei einem grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren in Strafsachen wird die Vernehmung mittels Videokonferenz in Art 10 des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union geregelt.

Für ein Rechtshilfeverfahren mittels Videokonferenz ist es erforderlich, dass der jeweilige Mitgliedstaat ein Ersuchen zur Vernehmung einer bestimmten Person, an den anderen Mitgliedstaat stellen kann.⁴³⁰ Eine Bewilligung der Beweisaufnahme durch den ersuchten Staat erfolgt nur dann, sofern die erforderliche Technik und keine Verletzung der Rechtsordnung des ersuchten Staates vorliegen.⁴³¹

9. StPO

Der Einsatz der Videokonferenztechnologie ist im österr Strafrecht mehrfach gesetzlich geregelt: Die Vernehmung mittels Wort- und Bildübertragung ist nach § 153 Abs 4 StPO dann zulässig, sofern sich der Aufenthaltsort der zu vernehmenden Person außerhalb des Sprengels der zuständigen Staatsanwaltschaft oder des zuständigen Gerichtes befindet.

Nach § 162a Abs 2 StPO kann der Zeuge mittels Wort- und Bildübertragung, in Abwesenheit der Parteien und deren Vertreter, schonend vernommen werden.

⁴³⁰ *Generalsekretariat des Rates*, Leitfaden für Videokonferenzen in grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren (2013) 23; *Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, ZVR-JB 2009, 170.

⁴³¹ *Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, ZVR-JB 2009, 170.

Der Untersuchungsrichter kann nach § 179a Abs 1 StPO eine Einvernahme mittels Videokonferenz vornehmen, wenn es sich dabei um einen Beschuldigten handelt, der in eine Krankenanstalt überstellt wurde oder bei einem unzuständigen Gericht eingeliefert wurde.

Aufgrund krankheits- oder altersbedingter Gründe kann ein Zeuge gem § 247a StPO, auch im Ausland, mittels Videokonferenz einvernommen werden.

D. Technische Aspekte

Am 17. November 2005 fand in Wien erstmals eine Zeugenvernehmung in einem österr Zivilprozess statt, nur fünf Jahre später wurden bundesweit rund 1.960 Videokonferenzen durchgeführt.⁴³² Mit Hilfe eines zentralen Raumreservierungssystems über das Justiz-Intranet wurde den Richtern die Anberaumung einer Videokonferenzvernehmung und somit die Buchung der Verhandlungssäle ermöglicht.⁴³³ Seither wurden bundesweit im Jahr 2011 bereits 2.620 und im Jahr 2013 insgesamt über 4.100 Videokonferenzen durchgeführt, wobei davon etwa 13 % im Jahr 2011 und 15 % im Jahr 2013 auch mit ausl Gerichten vorgenommen wurden.⁴³⁴ An dieser Stelle ist es wichtig zu erwähnen, dass derzeit noch keine Kosten für die Verwendung der Videokonferenzanlagen anfallen und diese Tatsache natürlich auch zu einer vermehrten Durchführung der Videokonferenz führt.⁴³⁵

Für den Einsatz mittels Videokonferenz müssen entsprechende technische Anforderungen vorab überprüft und eingerichtet werden wie zB Anbringung von Kameras, Mikrofone, Bildschirme sowie die erforderliche Beleuchtung. Dabei gilt immer der „Grundsatz der größtmöglichen Realitätsnähe“ zu beachten.⁴³⁶ Dh, dass eine Vernehmung mittels Videokonferenztechnik einem realen Gerichtsraum und dessen Ambiente bestmöglich nachgestellt wird.

Für den Videokonferenzeinsatz sind mehrere technische Aspekte zu beachten:⁴³⁷ Einerseits gilt es den Grundsatz der größtmöglichen Realitätsnähe zu beachten und andererseits müssen die allgemeinen Vorkehrungen sowie Qualitätsgrundsätze berücksichtigt werden.

⁴³² BMJ, IT-Anwendungen in der österreichischen Justiz (2011) unter <http://www.justiz.gv.at>; Rechberger in FS M. Schneider 381.

⁴³³ Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 175, 177.

⁴³⁴ BMJ, IT-Anwendungen in der österreichischen Justiz – Information (Stand: Jänner 2014).

⁴³⁵ Rechberger in FS M. Schneider 381.

⁴³⁶ Generalsekretariat des Rates, Leitfaden 17.

⁴³⁷ www.consilium.europa.eu/infopublic: Videokonferenzen als Bestandteil der europäischen E-Justiz - Grundlagen des Einsatzes von Videokonferenzen in grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren (2009) 19 ff.

Unter dem Grundsatz der größtmöglichen Realitätsnähe⁴³⁸ ist zu verstehen, dass bei einer Videokonferenzsitzung jedenfalls die reale Situation hervorzurufen ist, die bei einem gerichtlichen Beweisverfahren vor Ort stattfinden würde. Technisch und faktisch wird es dabei natürlich unterschiedliche Aspekte geben, die den zu vernehmenden Personen zB Zeugen, Parteien, Vertreter jedoch mitgeteilt werden müssen, um eine möglichst praxisnahe Vernehmung durchführen zu können:

Die unterschiedlichen Zeitzonen sind bei einer Vernehmung im Ausland mittels grenzüberschreitender Videokonferenz im Vorhinein zu beachten. Eine Berücksichtigung der Vor- und Nachteile für die zu vernehmenden Personen und für das Gericht ist unerlässlich. Vor allem bei grenzüberschreitenden Videokonferenzen spielt das Bild und die Beschaffenheit und Positionierung des Bildschirms eine enorm wichtige Rolle für das Beweisverfahren, denn Mimik und Gestik müssen von den zu vernehmenden Personen leicht und deutlich zB aufgrund der Helligkeit, der Auflösung und der Bildfrequenz wahrgenommen werden. Die Bildschirme können in unterschiedlichen Positionen und Darstellungen⁴³⁹ genutzt werden. Auf den Betrachtungswinkel und die Betrachtungsdistanz ist somit äußerst Bedacht zu nehmen zB mit der Verwendung großer Bildschirme oder mit einer standardisierten Bildfrequenz. Auch muss die zeitverzögerte Bild- und bzw oder Tonübertragung den zu vernehmenden Personen vorab mitgeteilt werden, damit ein Übersprechen der Zeugenaussagen vermieden werden kann.

Die Einrichtung der Videokonferenztechnik ist im Gerichtssaal so zu wählen, dass den zu vernehmenden Personen der Eindruck vermittelt wird, sie unterliegen einer unmittelbar vor Ort durchgeführten Gerichtsverhandlung. Zur Unterstützung der Qualität der Bildübertragung sind die teilnehmenden Personen darauf hinzuweisen, dass jede körperliche Bewegung zu einer gewissen Unschärfe des Bildes führt. Für eine qualitative Befragung mittels einer Videokonferenz sollten allgemeine Vorkehrungen⁴⁴⁰ sowie Qualitätsgrundsätze⁴⁴¹ eingehalten werden:

Beim Einsatz der Videokonferenzanlagen sollte die Verwendung der entsprechenden technischen Geräte einem gemeinsamen Standard in der Konfiguration unterliegen und auch in

⁴³⁸ *Generalsekretariat des Rates*, Leitfaden 17 f.

⁴³⁹ *Generalsekretariat des Rates*, Leitfaden 18 f: Bei grenzüberschreitenden Videokonferenzen gibt es drei Darstellungsmodi: Sucherschirm – für die Übertragung von Bildern und Teilnehmern in dem anderen Raum; Übersichtsschirm – für eine Gesamtansicht der Situation in dem anderen Raum; Informationsschirm – für die Übermittlung von Unterlagen und anderen Informationen (wozu alle Bildschirme gehören, die sich an den „Arbeitsplätzen“ der Teilnehmer befinden).

⁴⁴⁰ *Generalsekretariat des Rates*, Leitfaden 18 ff.

⁴⁴¹ *Generalsekretariat des Rates*, Leitfaden 18 ff.

der Art und Weise der Verwendung bzw dem Einsatz der Technik. Die Installation und der Einbau der Videokonferenzausrüstung haben so zu erfolgen, dass der herkömmliche Gebrauch bzw die Atmosphäre eines Gerichtssaals nicht eingeschränkt und auch nicht verändert wird. Für eine qualitativ durchzuführende Videokonferenz ist selbstverständlich eine Reihe unterschiedlicher (technischer) Aspekte zu berücksichtigen.

Ein ganz wesentlicher technischer Aspekt ist auch die Positionierung der Videokonferenzanlagen. Diese müssen so eingerichtet sein, dass eine Gerichtsverhandlung ohne diese Technologie faktisch möglich ist und dass der Eindruck des Gerichtssaals nach wie vor einem gewohnten Gerichtssaal, in dem vor Ort verhandelt werden kann, entspricht.

Auch sollten die Kameras so positioniert werden, dass die Teilnehmer nicht nur von oben, von unten oder seitlich gefilmt werden. Nachdem die Kameras fest an den gewünschten Positionen zB fürs Zoomen, Schwenken oder Neigen angebracht wurden, sollte eine Position als Präferenz voreingestellt werden.⁴⁴² Zu beachten gilt es, dass bei den teilnehmenden bzw zu vernehmenden Personen jedenfalls das Gesicht, die Schultern und der Oberkörper im Vollbild erfasst werden. Selbstverständlich müssen entsprechende Kameras auf für den Richter, Staatsanwalt, Rechtsanwalt der Parteien sowie auf das Gesamtbild im Gerichtssaal gerichtet werden. Die Videokamera kann mittels Fernbedienung gesteuert und koordiniert werden.

Es gilt auch zu beachten, dass sämtliche mündliche Äußerungen deutlich aufgezeichnet und übertragen werden können und müssen. Die Sprach- und Tonqualität sind, neben Mimik und Gestik, ganz wesentliche Faktoren, um ein Gerichtsverfahren, bei dem die Parteien nicht persönlich anwesend sind, um den Verfahrensverlauf folgen zu können. Um eine Verschlechterung der Sprachqualität hintan zu halten, sind bestimmte technische Anforderungen zB Hintergrundgeräusche, Hall, Echoauslöschung oder Lippensynchronizität im Vorfeld einzurichten und auf ihre Funktionalität zu prüfen.

Ausschlaggebend für die Tonqualität sind natürlich die Mikrofone, die ein deutliches Verstehen des Gesprochenen ermöglichen. Zu beachten gilt es, dass abhörsichere sowie richtungsempfindliche Mikrofone mit einem Stummschaltknopf verwendet werden, denn es muss einem gerichtlichen Bediensteten auch möglich sein, diese auszuschalten, sofern die zu vernehmende Person ihren Rechtsanwalt zur Rücksprache konsultiert. Selbst Einbaumikrofone, die zB in den Schreibtischen eingebaut werden, kommen zum Einsatz.

⁴⁴² Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 176.

E. Geltungsbereich und Anwendungsfälle der Videokonferenzen

1. Strafprozess

Im österr Strafprozess werden Zeugen und Beschuldigte im Vorverfahren mittels Videokonferenz vernommen, auch eine Zeugeneinvernahme in der Hauptverhandlung kann mittels Videoübertragung erfolgen:

Dem Zeugen gebührt das Recht, bei ernster Gefahr für Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit, vor Gericht anonym auszusagen. Im Zusammenhang mit einer anonymen Aussage, hat der Zeuge auch die Möglichkeit, sein äußeres Erscheinungsbild so zu verändern, dass er nicht wiedererkannt werden kann.⁴⁴³

Eine Be- bzw Einschränkung der Zeugeneinvernahme vor Gericht, unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung, kann im Interesse des Zeugen vorgenommen werden, sofern sein geringes Alter oder sein seelischer oder gesundheitlicher Zustand dies erfordern.⁴⁴⁴

Ist der Zeuge nicht in der Lage zB aufgrund seines Alters, seiner Krankheit, seiner Gebrechlichkeit oder aus sonstigen erheblichen Gründen, vor Gericht zu erscheinen, kann eine Einvernahme mittels Wort- und Bildübertragung vorgenommen werden.⁴⁴⁵ Dies gilt auch, insofern sich ein Zeuge im Ausland befindet bzw er dort seinen Aufenthalt hat und nicht gewillt ist, für das persönliche Erscheinen am Gericht an- bzw einzureisen.⁴⁴⁶

Eine Beschränkung bzw Einschränkung der Parteiöffentlichkeit⁴⁴⁷ kann aufgrund unterschiedlicher gesetzlicher Tatbestände vorgenommen werden: Handelt es sich bei einer Partei um ein Opfer iSd StPO, kann die Teilnahme der Partei und deren Vertreter vor Gericht nach § 289a Abs 1 StPO beschränkt werden. Eine Vernehmung erfolgt dann mittels Videokonferenz.

Die Unzumutbarkeit einer Aussage der zu vernehmenden Person liegt dann vor, wenn das Beweisthema sowie die persönliche Betroffenheit in Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter ein derartiges Unbehagen auslösen, sodass es der zu vernehmenden Person nicht zuge-
mutet werden kann, vor Gericht auszusagen. Ein Rechtsmittel gegen die abgesonderte Vernehmung nach § 289a StPO ist nicht zulässig.

⁴⁴³ Vgl § 162 StPO.

⁴⁴⁴ Vgl § 162 Abs 2 StPO.

⁴⁴⁵ Vgl § 247a Abs 1 StPO.

⁴⁴⁶ Vgl § 247a Abs 2 StPO.

⁴⁴⁷ *Rassi*, ÖJZ 2014/23/24, 1050 f.

Nach § 289b StPO ist ein weitergehender Schutz bei minderjährigen Personen vorgesehen. Diese können durch einen Sachverständigen einvernommen werden, wenn durch die Vernehmung das Wohl des Minderjährigen unter Berücksichtigung der geistigen Reife, des Gegenstandes der Vernehmung und ihres Naheverhältnisses zu den Prozessparteien gefährdet werden würde.⁴⁴⁸

Eine Aufzeichnung der Einvernahme mittels Videokonferenz wird auch im österr Strafprozess vorgenommen.

Die audiovisuelle Vernehmung von einem Zeugen ist dann zulässig, sobald es sich um einen schutzwürdigen Zeugen handelt, diese Art der Zeugeneinvernahme in einem sonstigen Interesse steht oder sie der Wahrheitsfindung dienen soll. Im Gesetz gibt es keinen Unterschied, ob die Einvernahme im Vor- oder Hauptverfahren durchgeführt wird. Bei Auslandszeugen ist in der Hauptverhandlung eine Videokonferenz selbstverständlich dann vorgesehen, wenn ein Zeuge aus dem Inland zB wegen schwerer Krankheit nicht am Verfahren teilnehmen kann.⁴⁴⁹

Bei der Live-Link Vernehmung handelt es sich um eine Video-Direktvernehmung von Zeugen über dem Bildschirm, die mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz jedoch vereinbar sind. Die Parteien können die Vernehmung mittels Videokonferenz mit verfolgen sowie Fragen an den Zeugen stellen.

Die Videoaufzeichnungen von Vernehmungen weisen einen größtmöglichen Beweiswert auf und werden in der Vor- und Hauptverhandlung verwendet. Nach § 162a StPO darf eine parteiöffentlich durchgeführte Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach den in § 252 Abs 1 Z 1 bis 4 StPO Tatbeständen vorgeführt werden.

Im Zusammenhang mit den Videovernehmungen wird thematisiert, unter welchen Bedingungen die Aufzeichnungen von Vernehmungen auf Videoband erfolgen dürfen.⁴⁵⁰

2. Zivilprozess

Im österr Zivilprozess werden Videokonferenzen zur Vernehmung von Zeugen, zur Vernehmung von Parteien, zur Vernehmung von Sachverständigen sowie Dolmetschern herangezogen werden. Es gibt keinen eingeschränkten Personenkreis.

⁴⁴⁸ Vgl § 289b StPO; *Rassi*, ÖJZ 2014/23/24, 1051.

⁴⁴⁹ Vgl § 247a StPO.

⁴⁵⁰ *Hinterhofer*, Videovernehmungen und deren Verwertbarkeit im österreichischen Strafprozess, RZ 2000, 234.

Die Zeugenvernehmung stellt den Hauptanwendungsfall der gerichtlichen Einvernahme mittels Videokonferenz dar.⁴⁵¹ Die Technik ermöglicht jedoch auch mündliche Gutachtenerläuterungen und –ergänzungen sowie das Übermitteln mehrerer Urkunden per Fax, um zu vermeiden, dass unzählige Dokumente in die Kamera gehalten werden müssen.⁴⁵²

Auch bei der Parteienvernehmung ist eine abgesonderte Vernehmung ohne physische Anwesenheit möglich, denn das Gericht befragt die Parteien bzw die Gegenpartei getrennt voneinander. Die mögliche Mitverfolgung durch die Partei von den restlichen Einvernahmen findet mittels Videoübertragung statt. Selbstverständlich wird dadurch aber das Fragerecht der gegnerischen Partei keineswegs eingeschränkt.⁴⁵³

Da die Durchführung der Videokonferenz primär als Ersatz für die Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg dient, überwiegen hier die Vorteile eindeutig. Videokonferenzen sind in Österreich nicht generell zugelassen, nach *Rechberger* soll die Videokonferenz auch eine Ersatzlösung bleiben.⁴⁵⁴

Im Gegensatz zum österr Strafprozess wird die Einvernahme mittels Videokonferenztechnologie im österr Zivilprozess nicht aufgezeichnet, obwohl eine Verwendung von Verhandlungsprotokollen aus anderen gerichtlichen Verfahren nach § 281a ZPO erlaubt ist. Inwieweit staatsanwaltschaftliche Vernehmungsprotokolle im Zivilverfahren als Beweismittel verwendet werden können, wurde bereits thematisiert. ME wären jedoch audiovisuelle Aufzeichnungen aussagekräftiger als zu verlesende Vernehmungsprotokolle.

3. Unternehmensrecht

Im österr AktG bzw GmbHG kann eine Videokonferenz im Aufsichtsrat vorgenommen werden. Dabei können konzernrelevante Entscheidungen bzw Beschlüsse ohne körperliche Anwesenheit der Kollegialorgane jederzeit mit Hilfe einer der modernsten Kommunikationstechnologie, der Videokonferenz, getroffen werden.⁴⁵⁵

Nicht nur internationale Unternehmen, sondern auch AGs mit einer grenzüberschreitenden Konzernstruktur und GmbHs mit ausl Gesellschaftsformen bedienen sich zur Entscheidungsfindung bzw zur Beschlussfassung einer Videokonferenz. Dabei ist es rechtlich relevant, ob die Kommunikationsform dahingehend auch tatsächlich rechtmäßig ist. Fraglich scheint dies

⁴⁵¹ Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 177.

⁴⁵² Fucik in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ I § 39a JN Rz 26.

⁴⁵³ Rassi, ÖJZ 2014/23/24, 1051.

⁴⁵⁴ Rechberger in Welser, Privatrechtsentwicklungen 137.

⁴⁵⁵ Grundner/Neuböck, Videokonferenzen im Aufsichtsrat – eine Bestandsaufnahme, RdW 2016/238.

auch bei einer Videokonferenz, die grds der klassischen Präsenzsitzung nach dem AktG bzw GmbHG, bei der sämtliche Entscheidungsträger anwesend sind, auch gleichgestellt werden kann. Diese Rechtsfrage wird unterschiedlich diskutiert.

Nach *Straube*⁴⁵⁶ stellt die Videokonferenz eine Art der Kommunikation dar, jedoch ist sie nicht mit einer Präsenzsitzung vergleichbar. Seines Erachtens kann der Aufsichtsrat seine Hauptaufgaben besser erfüllen, sofern die Aufsichtsratsmitglieder in der Sitzung persönlich anwesend sind.⁴⁵⁷ Seine Argumentation stützt er auf das GesRÄG⁴⁵⁸, bei dem es heißt *„doch grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sorgfältige Aufsichtsratsmitglieder und ein sorgfältiger Aufsichtsratsvorsitzender darauf dringen, dass die Sitzungen in körperlicher Anwesenheit der Mitglieder stattfinden, um die Diskussion und das offene Gespräch möglichst zu fördern ...“*.

Nach der Rechtsansicht von *Kalss/Klampfl*⁴⁵⁹ ist in diesem Zusammenhang von einer sogenannten „qualifizierten Videokonferenz“ auszugehen, die einer Präsenzsitzung gleich zu stellen ist. Diese qualifizierte Videokonferenz besteht aus fünf Merkmalen: Gegenseitigkeit, Authentizität, Vertraulichkeit, Teilnahmemöglichkeit Dritter und derselbe Informationsstand der Teilnehmer. Für die Gegenseitigkeit sind wechsel- bzw gegenseitige Hör- und Sichtbarkeit erforderlich. Authentisch ist eine qualifizierte Videokonferenz dann, sofern die Stimme, die Mimik und die Gestik realitätsgetreu wahrnehmbar sind. Die Vertraulichkeit liegt vor, sofern die Datenübermittlung auf sicheren Kanälen vorgenommen wird. Die Teilnahmemöglichkeit erfordert, dass das Zuschalten einer dritten Person möglich sein muss. Derselbe Informationsstand kann nur dann vorgenommen werden, sofern die entsprechenden Informationen rechtzeitig den Aufsichtsratsmitgliedern und-vorständen zukommt. Nach *Kalss/Klampfl* ist somit die qualifizierte Videokonferenz einer Präsenzsitzung absolut gleichzustellen. Folglich gibt es kein Widerspruchsrecht nach § 92 Abs 3 AktG bzw § 30g Abs 3 GmbHG und die Aufsichtsratsmitglieder, die über die Videokonferenz teilnehmen, sind für das Präsenzquorum heranzuziehen.

ME ist dieser Ansicht von *Kalss/Klampfl* zu folgen, denn die fünf genannten Charakteristika beschreiben detailliert die Erfordernisse einer abzuhaltenden Präsenzsitzung und somit ist eine qualifizierte Videokonferenz dieser jedenfalls gleichzusetzen.

⁴⁵⁶ *Straube*, Der Aufsichtsrat zwischen Sitzungen und Videokonferenzen, GES 2007, 426 f.

⁴⁵⁷ *Straube*, GES 2007, 428.

⁴⁵⁸ GesRÄG 2004, BGBl I 2004/67; ErläutRV 466 BlgNR 22. GP 35.

⁴⁵⁹ *Kalss/Klampfl*, Wie beeinflussen elektronische Medien die Sitzungspraxis und Beschlussfassung des Aufsichtsrates? RWZ 2011, 34.

F. Verfahrensablauf

1. Ausstattung der Gerichte mit Videokonferenzenanlagen

Die Videokonferenztechnologie wurde mittlerweile an sämtlichen österr Gerichten installiert, wobei nur bestimmte Verhandlungssäle mit entsprechenden Videokonferenzenanlagen versehen sind. Bestehend aus einem Hauptmonitor und schwenkbaren Monitoren, kann eine Steuerung der Videokamera der Videokonferenzanlage anhand einer Fernbedienung vorgenommen werden. Selbstverständlich können Detail- und Tonbandaufnahmen mit einer bestehenden Zoom-Funktion (Übersichts- und Detailaufnahmen) durchgeführt werden. Die teilzunehmenden Personen können mittels einem am Bildschirm angezeigten Telefonbuch aus- und angewählt werden.⁴⁶⁰

2. Bestellung einer Betreuungsperson

Dienststellen, die mit einer Videokonferenzanlage ausgestattet werden, haben eine Kontakt- bzw Betreuungsperson zu bestellen. Diese Person hat im Zusammenhang mit der Durchführung der Videokonferenz mehrere Aufgaben: konkrete Bedienung der Videokonferenzanlage, Anweisung des erkennenden Gerichts bei den auswärtigen Stellen, Mitwirkung bei der Gebührenbestimmung, Identitätsfeststellung der zu vernehmenden Person sowie die Ausstellung einer Abwesenheitsbestätigung.⁴⁶¹

Da die Handhabung der Videokonferenzanlage in der österr Justiz eine sehr einfache ist und dafür kein zusätzliches Fachpersonal benötigt wird, kann die Bedienung der Anlage durch das justizeigene Personal erfolgen.⁴⁶²

3. Raumverwaltung und Videokonferenzräume

Ein im Intranet der Justiz verfügbares Programm ermöglicht es, die erforderlichen Verhandlungssäle für eine bevorstehende bzw geplante Videokonferenz zu reservieren.⁴⁶³ Am Beweisaufnahmeort obliegt es einem Informanten, die Videokonferenz zu organisieren.

Nach erfolgter Buchung eines Verhandlungssaales über das zentrale Reservierungssystem bekommen die Beteiligten bzw alle involvierten Personen ein Verständigungsmail sowie eine automatisch generierte Reservierungsbestätigung.⁴⁶⁴ Im Gericht bedarf es

⁴⁶⁰ Schmidt, RZ 2006, 267.

⁴⁶¹ Schmidt, RZ 2006, 267.

⁴⁶² www.justiz.gv.at; Die Justiz und die Videokonferenz – Eine Erfolgsgeschichte (2012).

⁴⁶³ Rechberger in FS M. Schneider 381.

⁴⁶⁴ Rechberger in Welser, Privatrechtsentwicklungen 137; ders in FS M. Schneider 381; ders in FS Rüßmann 743; Schmidt in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, ZVR-JB 2009, 175.

dann der Anwesenheit einer Betreuungsperson. Daraufhin erfolgt die Ladung der zu vernehmenden Person.

4. Anberaumung und Durchführung einer Videokonferenz

Der Einsatz bzw die Anberaumung einer Videokonferenz muss mittels des erforderlichen Formularwesens beantragt werden. Sobald dem Ersuchen stattgegeben wird, kann mit den technischen und praktischen Vorbereitungen begonnen werden.

Die Durchführung der Verhandlung mittels Videokonferenz ähnelt dem Verfahrensablauf einer gewöhnlichen Verhandlung: Nachdem die Verhandlungssache aufgerufen wird, werden die üblichen Formalvorschriften veranlasst. Das erkennende Gericht ordnet die Herstellung der Videoverbindung durch die zuständige Betreuungsperson an. Sobald die technische Verbindung hergestellt ist, erfolgt die Begrüßung mit der Betreuungsperson des Gerichts am Beweisaufnahmeort.

Nunmehr kann die Vernehmung per Videokonferenz erfolgen. Unter den Anwesenden können Zeugen, Parteien sowie Sachverständige vernommen werden. Eine Änderung bzw Anpassung oder auch Wechsel der Kameraeinstellungen zB durch Zoomen kann selbstverständlich vom Gericht veranlasst werden. Auch Urkunden können als erforderliche Beweismittel in die Kamera gehalten und somit vorgelegt werden. Nach *Schmidt*⁴⁶⁵ besteht auch die Möglichkeit „sich selbst Format füllend ins Bild setzen..., um eigenen Fragen und Anordnungen mehr Nachdruck zu verleihen“.

Dass die auswärtige Betreuungsperson als „verlängerter Arm“ des erkennenden Gerichts tätig wird, hat sich in der Praxis bereits als überaus positiv dargestellt, dies zB bei der Feststellung der Identität der zu vernehmenden Personen, bei der Urkundenvorlage, bei der Gebührenausszahlung sowie dem Ausstellen einer benötigten Anwesenheitsbestätigung.⁴⁶⁶

G. Grenzüberschreitende Videokonferenz

Die Videokonferenztechnologie, im Bereich des Zivil- und Strafverfahrens kann zwischen allen EU-Mitgliedstaaten genutzt werden.⁴⁶⁷ Sofern es rechtlich möglich ist und die betreffen-

⁴⁶⁵ *Schmidt*, RZ 2006, 267.

⁴⁶⁶ *Fucik*, LeXonomica 2012, 141; *Schmidt*, RZ 2006, 267; *Schmidt* in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, ZVR-JB 2009, 176.

⁴⁶⁷ www.consilium.europa.eu/infopublic: Videokonferenzen als Bestandteil der europäischen E-Justiz - Grundlagen des Einsatzes von Videokonferenzen in grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren (2009) 31 ff.

den Gerichte zustimmen, können Videokonferenzen auch mit Gerichten außerhalb der EU durchgeführt werden.

Es bedarf vorab um ein Ersuchen einer Videokonferenz mittels Formularen zB per E-Mail oder per Post, daraufhin einer Zustimmung des ersuchten Mitgliedstaates, sofern er über die technischen Grundvoraussetzungen verfügt und eine Einvernahme mittels Videokonferenz nicht seinen innerstaatlichen Regelungen widerspricht. Sofern Kosten zB für Sachverständige, Dolmetscher oder Ausgaben für Kommunikationsverbindungen entstehen, können diese vom ersuchenden an den ersuchten Staat zurückerstattet werden.

Bei der strafgerichtlichen Einvernahme eines Zeugen bzw Angeklagten wird empfohlen, dass sich der Dolmetscher im selben Verhandlungssaal, in derselben Haftanstalt, im Krankenhaus oder bei dem Polizeigewahrsam aufhält. Möchte der Zeuge in seiner Muttersprache aussagen, ist erforderlichenfalls ein Dolmetscher beizuziehen.

Als verantwortliche Personen für die Videokonferenzvernehmung können im Strafverfahren der Richter oder Staatsanwalt des ersuchenden Gerichtes genannt werden und in den Zivilprozessen der Richter des ersuchten Staates. Technisch werden die Videokonferenzanlagen von Gerichtsbediensteten oder den Richtern bedient, da die Handhabung sehr benutzerfreundlich ist und es sich dabei um eine technische Einrichtung handelt, bei der bereits im Vorfeld unterschiedliche Voreinstellungen zB Kameraeinstellung positioniert werde.

H. Exkurs: Identitätsfeststellung mittels Videoidentifikation

Auch für Kredit- und Finanzinstitute ist die technische Fortentwicklung ein sehr wichtiger Aspekt, denn im Rahmen der Umsetzung der 4. EU-Geldwäsche Richtlinie wurde erstmals mittels Verordnung der FMA zum FM-GwG die Möglichkeit einer Online-Videoidentifizierung geschaffen.⁴⁶⁸

Dabei wird die Identität von Personen, die physisch im entsprechenden Kredit- und Finanzinstitute, nicht anwesend sind, mittels videogestützten elektronischen Verfahren festgestellt und identifiziert. Unter Einhaltung organisatorischer und verfahrensbezogener Sicherungsmaßnahmen, müssen die gesetzlichen Sorgfaltspflichten zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nach dem FM-GwG eingehalten werden.

⁴⁶⁸ Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die videogestützte Online-Identifikation von Kunden (Online-Identifikationsverordnung - Online-IDV).

Die technischen Dienstleister dieser Möglichkeit der Videoidentifikation dürfen dafür nur geschulte und zuverlässige Mitarbeiter einsetzen. Die videogestützte Online-Identifikation von Kunden hat in einem abgetrennten, mit einer Zugangskontrolle ausgestatteten Raum zu erfolgen.

Unter der Berücksichtigung des § 50a Abs 5 DSGVO⁴⁶⁹ ist das Gespräch bzw der Gesprächsteil, das oder der zum Zweck der Online-Identifikation dient, akustisch in seiner Gesamtheit aufzuzeichnen.

Vom vorgelegten amtlichen Lichtbildausweis ist, bei geeigneten Belichtungsverhältnissen, eine Bildschirmkopie anzufertigen und mit dem Gesicht des potentiellen Kunden oder deren vertretungsbefugten natürlichen Person auf Übereinstimmung zu überprüfen. Selbstverständlich hat sich der Mitarbeiter des Dienstleisters, der die Online-Identifikation vornimmt, von der Echtheit des vorgelegten Ausweises zu überzeugen. Dies kann zB mittels visueller Überprüfung des Vorhandenseins der optischen Sicherheitsmerkmale einschließlich bewegungsoptischer (holographischer) oder gleichwertiger Sicherheitsmerkmale, mit der Überprüfung der korrekten alpha-numerischen Ziffernorthografie der Seriennummer, mit der Überprüfung der Unversehrtheit der Laminierung etc erfolgen.

Die Verordnung soll die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen festlegen, um das erhöhte Risiko auszugleichen, das sich aus der Feststellung und Überprüfung der Identität einer Person ergibt, die nicht physisch anwesend ist und stattdessen ein videogestütztes elektronisches Verfahren verwendet wird.

I. Vorteile der Videokonferenz

Die Beweisaufnahme mittels der Videokonferenztechnologie lässt sich durch mehrere Vorteile definieren: Die Zeit- und Kostenersparnis stellt eine erhebliche Effizienzsteigerung dar. Durch den Entfall des Rechtshilfeverfahrens verkürzt sich die Verfahrensdauer wesentlich und die Verfahrenskosten wie zB die Zeugen- und Sachverständigengebühren können aufgrund Verfahrensverbilligung reduziert werden. Die Kosten können auch durch einen deutlich verkürzten Weg zum Gericht gespart werden.⁴⁷⁰ *Rechberger*⁴⁷¹ bestätigt, dass für die Durchführung der Videokonferenz derzeit noch keine Kosten anfallen bzw verrechnet werden.

⁴⁶⁹ Mit einer Videoüberwachung nach Abs 4 dürfen nicht Ereignisse an Orten festgestellt werden, die zum höchstpersönlichen Lebensbereich eines Betroffenen zählen. Weiters ist die Videoüberwachung zum Zweck der Mitarbeiterkontrolle an Arbeitsstätten untersagt.

⁴⁷⁰ *Schmidt*, RZ 2006, 266.

⁴⁷¹ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 137.

Mittels der Videokonferenz bei der Beweisaufnahme kann nach *Rechberger* eine überzeugende Wahrnehmung der nicht physisch anwesenden Person im Rahmen einer nahezu unmittelbaren Beweisaufnahme vermittelt werden.⁴⁷² Das erkennende Gericht kann sich somit einen glaubwürdigen visuellen Eindruck, der mit einer körperlich anwesenden Person vergleichbar ist, verschaffen. Mitunter kann sogar auch die Mimik der zu vernehmenden Personen im Gerichtssaal besser im Auge des Richters behalten werden, da bei Videokonferenzen relativ große Bildschirme verwendet werden.⁴⁷³

*Fucik*⁴⁷⁴ betont, dass „der persönliche Eindruck von unmittelbaren Reaktionen bisweilen (durch die Großaufnahme) sogar plastischer als bei der unmittelbaren Vernehmung i.e.S. ist“. Die damit gewonnenen Eindrücke spiegeln jedenfalls nicht jene Feststellungen wider, die im Rechtshilfeprotokoll niedergeschrieben sind.

Nach *Schmidt*⁴⁷⁵ kann es mitunter als nachteilig empfunden werden, wenn mit der zu vernehmenden Person eine nonverbale Kommunikation in Form eines Rechtshilfeprotokolls vorgenommen wird.

Auch kann von den zu geladenen sowie zu vernehmenden Personen die gesteigerte Akzeptanz der gerichtlichen Ladungen sowie die Bereitschaft auszusagen positiv gesteigert werden. Es sind für die Parteienvertreter keine weiteren Substitutionen erforderlich, da sie ausschließlich beim Prozessgericht intervenieren.

ME ist den vorteilhaften Bewertungen nach *Rechberger* zu folgen, denn aufgrund der enormen Zeit- und Kostenersparnis kann eine dauerhafte Effizienzsteigerung bei Beweisaufnahmen mittels Videokonferenzen erreicht werden. Da die Videokonferenz im österr. Zivilprozess noch als Ersatz für die Beweisaufnahme im Rechtshilfeverfahren dient und die Videokonferenztechnologie vom österr. Gesetzgeber noch nicht generell zugelassen ist, ist den soeben dargestellten Vorteilen besondere Beachtung zu schenken, denn Vernehmungen im Rechtshilfeweg liefern oft wenig brauchbare Ergebnisse. Die Videokonferenz bietet jedoch einen Kompromiss an, denn sie verzichtet auf direkte Eindrücke und echter körperlicher Unmittelbarkeit, um eben das Verfahren effizienter zu gestalten.

⁴⁷² *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 136; *ders.* in FS M. Schneider 381; *ders.* in FS Rüßmann 743.

⁴⁷³ *Rechberger* in FS Rüßmann 733; *ders.* in FS M. Schneider 381.

⁴⁷⁴ *Fucik* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ I § 39a JN Rz 26.

⁴⁷⁵ *Schmidt* in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, ZVR-JB 2009, 178.

J. Nachteile der Videokonferenz

Nach *Rassi*⁴⁷⁶ scheinen bei der Vernehmung der Parteien über eine Videokonferenz mehrere Aspekte nachteilig. Da die physische Anwesenheit Teil des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit ist, besteht hier eine Unvereinbarkeit mit einer Vernehmung sowie einem durchzuführenden Fragerecht per Videokonferenz. Gem § 289a Abs 1 ZPO kann jedoch, im Rahmen einer abgesonderten Vernehmung, gegenüber den Parteien im Verfahren ein „indirektes Fragerecht“ ausgeübt werden.⁴⁷⁷ Vorausgesetzt, der Gegenstand des Zivilprozesses steht in sachlichem Zusammenhang mit einem Strafverfahren, in dem die Partei Opfer iSd StPO ist.

Nach *Völzmann-Stickelbrock*⁴⁷⁸ findet ein Verlust der persönlichen Eindrücke statt, wie zB die Feinheiten der Mimik, das Erröten des Gesichtes oder die gesprochene Ausdrucksform. Derartige Eindrücke würden bei einer persönlichen Anhörung nicht verloren gehen.

Nach *Rassi*⁴⁷⁹ ist ein derart minimaler Informationsverlust des persönlichen Eindrucks jedoch absehbar und wird des Weiteren auch nicht im Vernehmungsprotokoll festgehalten. Aufgrund der bestehenden physischen Distanz, lügt es sich wohl leichter in die Kamera, als in das Angesicht des Richters.

Auch *Kodek*⁴⁸⁰ spricht sich nachteilig für einen routinemäßigen technischen Einsatz aus, denn nicht nur das Fehlen des direkten Kontakts aller Beteiligten, sondern auch das Fehlen des unmittelbaren Eindrucks für die Beweiswürdigung führt seiner Meinung nach zu einem „doppelten Verlust“.

Für eine Einsichtnahme und detaillierte Fragestellung zum Inhalt einer Urkunde bedarf es statt der Urkundenvorlage im Gerichtssaal, einer Urkundenvorhaltung auf elektronischem Wege. Ein erhöhter Aufwand der Urkundenvorlage liegt vor, da einerseits der zu vernehmenden Person Urkunden vorgelegt werden müssen und diese selbst auch Urkunden vorlegen kann, wobei für eine systematische Befragung in diese Einsicht genommen werden müsste.⁴⁸¹ Bei einer Videokonferenz gibt es eine formlose Beratung zwischen Partei und Rechtsbeistand, da ein beieinander sitzen wie im Gericht nicht möglich ist.

⁴⁷⁶ *Rassi*, ÖJZ 2014/23/24, 1051.

⁴⁷⁷ *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³ Rz 78.

⁴⁷⁸ *Völzmann-Stickelbrock*, Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit - Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses? ZJP 118 (2005) 359 ff; vgl *Stadler*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, ZJP 115 (2002) 440.

⁴⁷⁹ *Rassi*, ÖJZ 2014/23/24, 1051 f.

⁴⁸⁰ *Kodek* in FS M. Schneider 351 f; siehe dazu Näheres im Kapitel XIII.

⁴⁸¹ *Kodek*, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, ZJP 111 (2002) 445; *Rechberger* in FS M. Schneider 382.

Das Erscheinen im Gerichtssaal wird als „der psychologische Moment“ gesehen, der mit dem Beginn einer Videokonferenz unterbleibt.⁴⁸² *Rechberger* gibt jedoch zu bedenken, dass derartige Kritik für den österr Zivilprozess nicht von Relevanz ist, da die zu vernehmenden Personen für eine Videokonferenz auch im entsprechenden Gerichtsgebäude anwesend sein müssen und somit der Eindruck des gerichtlichen Alltags und der Gerichtsatmosphäre nicht verloren geht.⁴⁸³

Kein faktischer Nachteil sei nach *Rechberger*, dass die Videokonferenz eine sehr hohe Konzentration des Richters sowie eine entsprechende Sprechdisziplin der Parteien verlangt.⁴⁸⁴

Die Fernkommunikation stellt jedenfalls einen Mehraufwand für die Justiz dar, da die Fernkommunikation die Konzentration auf Seiten der Richter erhöht.

K. Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz

Selbstverständlich stellt sich beim Einsatz der Videokonferenztechnologie im Prozessrecht die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz.

Nach *Rechberger*⁴⁸⁵ ist die Vereinbarkeit der Videokonferenz mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz zu diskutieren, denn für ihn stellt die Videokonferenztechnologie einen Kompromiss zwischen der körperlichen unmittelbaren Anwesenheit und dem Verzicht, sich im Verfahren direkte Eindrücke zu verschaffen, dar.⁴⁸⁶

Sachlich unmittelbar ist ein Beweisverfahren für ihn dann, sofern dieses in Gegenwart der Parteien und des Gerichtes vorgenommen wird. Anders ist dies zu argumentieren, sofern das Gerichtsverfahren mittels „Fernwirkung“ stattfindet. Diese sogenannte Fernwirkung kann bei einer Videokonferenz kaum verneint werden, jedoch ist diese physische Entfernung bloß als Überbrückung zu sehen, denn die Beweisaufnahme erfolgt „aus erster Hand“ und ist daher unmittelbar. Anders ist mit der Verlesung von Verhandlungsprotokollen umzugehen, denn dies erfolgt „aus zweiter Hand“ und somit mittelbar.

Das Bestehen der persönlichen Unmittelbarkeit bedarf mE keiner Diskussion, da die Videoeinvernahme durch den erkennenden Richter durchgeführt wird. Folglich wird nach der österr ZPO die Einvernahme mittels Videokonferenztechnologie der unmittelbaren Beweisaufnahme zugerechnet und besteht dahingehend keine Unvereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz.

⁴⁸² *Kodek*, ZZP 111 (2002) 445, 484; *Rechberger* in FS M. Schneider 382.

⁴⁸³ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 136.

⁴⁸⁴ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 136.

⁴⁸⁵ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 137; *ders* in FS M. Schneider 382.

⁴⁸⁶ *Fucik*, Mittelbare Beweisaufnahme im Zivilverfahren, ÖJZ 2010/9, 56.

Nach *Schmidt*⁴⁸⁷ unterliegt auch die technische Bildschirmübertragung mittels Videokonferenz dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, denn durch Darstellung der Person auf einem großen Bildschirm ist die Mimik sogar besser und deutlicher erkennbar. Dieser Ferneindruck entspricht seiner Meinung nach dem Eindruck einer persönlichen Vernehmung und daher handelt es sich bei der Videovernehmung um eine unmittelbare Beweisaufnahme. Es besteht keine Unvereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz.

Nach *Kodek*⁴⁸⁸ ersetzt die Videokonferenz lediglich den unmittelbaren persönlichen Kontakt, dies jedoch abhängig von der Bedeutung der Angelegenheit und der einzelnen Aussage sowie den damit verbundenen Schwierigkeiten, die sich zwangsläufig mit einer unmittelbaren Vernehmung ergeben.

Wie bereits dargestellt, können Parteien und Zeugen des österr zivilgerichtlichen Verfahrens mittels Videokonferenz einvernommen werden. Der einzuvernehmende Personenkreis ist mE klar definiert. *Rechberger*⁴⁸⁹ macht jedoch darauf aufmerksam, dass derzeit auch die Einvernahme der Parteienvertreter mittels Videokonferenz diskutiert und rechtlich geprüft wird.

In den USA⁴⁹⁰ wird bereits seit Jahren die Videokonferenz nicht nur mit Zeugen, sondern auch mit Anwälten, Parteien oder Richtern praktiziert, die häufig bei Berufungsverfahren, bei Unterhaltsangelegenheiten und den sogenannten „sentencing hearings“, also in der Anhörung vor der Straffestsetzung im Strafverfahren, vorkommen.⁴⁹¹ Es sind sogar amerikanische Praxisfälle bekannt, bei denen die „Richter“ mittels Videokonferenz zugespielt wurde.⁴⁹² Im Jahr 1996 saßen im Fall „United States v. Salazar“ zwei der fünf Richter des Berufungsgerichtes in anderen Staaten und nahmen per Videokonferenz an der Verhandlung teil.⁴⁹³ *Rechberger* spricht von einem Horrorbeispiel, nochmals mit der Betonung, dass nicht etwa der Parteienvertreter oder der Zeuge mittels Videokonferenz vernommen wurde, nein der Richter.⁴⁹⁴

ME ist eine technische und generelle Ausweitung der Videokonferenz im Prozessrecht zu befürworten, jedoch sind, hinsichtlich der davon betroffenen Personen, ein enger

⁴⁸⁷ *Schmidt* in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, ZVR-JB 2009, 178.

⁴⁸⁸ *Kodek* in FS M. Schneider 355 f.

⁴⁸⁹ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 138.

⁴⁹⁰ Siehe Näheres zu im Kapitel XII.

⁴⁹¹ *Lederer*, Videoconferencing: Has the Future Arrived?, online abrufbar unter http://ltn-archive.hotresponse.com/december00/litigation_support_p133.html; *ders* The Road The Virtual Courtroom? A Consideration of Today`s – and Tomorrow`s – High-Technology Courtrooms (1999) 802 f, online abrufbar unter <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=facpubs>.

⁴⁹² *Iqbal*, Bericht über die Diskussion zum Thema „Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik“, ZZP 115 (2002) 491 f.

⁴⁹³ *Kodek* in FS M. Schneider 339.

⁴⁹⁴ *Rechberger* in *Welser*, Privatrechtsentwicklungen 138.

Adressatenkreis einzuhalten. Die Einvernahme bzw. Entscheidungsverkündung des Richters mittels einer Wort- und Bildübertragung ist als besonders kritisch einzustufen.

VII. 2. GeSchG

A. Einleitung

Wie bereits dargestellt, handelt es sich beim GeSchG um einen grundlegenden Meilenstein im Bereich des Opferschutzes. Mit dem 2. GeSchG kam es zu einem starken Ausbau des bereits bestehenden Schutzsystems, denn auch die Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes wurden dadurch reformiert.⁴⁹⁵ Im Sinne eines effektiven Opferschutzes ist es sehr bedeutsam, dass die Beschuldigten- und Opferrechte, die Belastung des Opfers sowie die Effizienz des jeweiligen Verfahrens miteinander im Einklang stehen.

Die Möglichkeit der abgesonderten Vernehmung für Verbrechenopfer und Minderjährige⁴⁹⁶ sowie auch das gänzliche Absehen der Einvernahme einer minderjährigen Person⁴⁹⁷, wurde erst mit dem 2. GeSchG geschaffen. Mit dem 2. GeSchG soll die Berücksichtigung des Kindeswohls im Zivilverfahren deutlich gestärkt werden.

Sinn und Zweck ist es, die zu vernehmenden Personen zu schützen, sofern es für diese Person als Opfer unzumutbar ist, in Anwesenheit der Parteien zB Täter eines Sexualdeliktes auszusagen. Es soll sichergestellt werden, dass das Opfer aufgrund einer persönlichen Konfrontation mit dem Täter, sich vom Zivilprozess nicht zurückzieht.⁴⁹⁸ Minderjährige Personen unterstehen einem erhöhten Schutzbedürfnis und dieses soll, mittels einer schonenden gerichtlichen Vernehmung oder einem gänzlichen Absehen davon, eingehalten werden.⁴⁹⁹

Die Notwendigkeit des Gewaltschutzes besteht jedoch nicht nur auf nationaler Ebene. In Zivil- und Strafsachen regeln unionsweite bzw grenzüberschreitende Bestimmungen den Gewaltschutz für die Opfer.⁵⁰⁰

B. Opferschutz

1. Opferbegriff

Ein Opfer iSd StPO ist jede Person, die durch eine vorsätzlich begangene Straftat Gewalt oder gefährlicher Drohung ausgesetzt, in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung be-

⁴⁹⁵ Konecny, Einstweilige Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und Eingriffen in die Privatsphäre nach dem 2. GeSchG in Fucik/Lovrek/Konecny/Oberhammer, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2009 (2009) 96 f.

⁴⁹⁶ §§ 289a, 289b Abs 2 ZPO.

⁴⁹⁷ § 289b Abs 1 ZPO.

⁴⁹⁸ Anzenberger, Vernehmung von Verbrechenopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO, ÖJZ 2017/34, 249.

⁴⁹⁹ Kloiber, Die Vernehmung Minderjähriger im Zivilverfahren, Zak 2010/594, 343.

⁵⁰⁰ Duursma-Kepplinger/Reith, Weil Gewalt nicht vor den Staatsgrenzen Halt macht! Grenzüberschreitender Gewaltschutz aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive, ÖJZ 2016/128, 915.

einträchtigt oder deren persönliche Abhängigkeit durch eine solche Straftat ausgenützt worden sein könnte.⁵⁰¹ Es handelt sich dabei um eine Legaldefinition.⁵⁰²

Als Opfer können somit folgende Personengruppen angesehen werden:⁵⁰³

- jede Person, die durch eine vorsätzlich begangene Straftat Gewalt oder gefährlicher Drohung ausgesetzt oder in ihrer sexuellen Integrität beeinträchtigt worden sein könnte;⁵⁰⁴
- der Ehegatte, der eingetragene Partner, der Lebensgefährte, die Verwandten in gerader Linie, der Bruder oder die Schwester einer Person, deren Tod durch eine Straftat herbeigeführt worden sein könnte oder andere Angehörige, die Zeugen der Tat waren;⁵⁰⁵
- jede andere Person, die durch eine Straftat einen Schaden erlitten haben oder sonst in ihren strafrechtlich geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt worden sein könnte.

Die ersten beiden Opfergruppen werden den „besonders emotional betroffenen Opfern“ zugeordnet, ihnen obliegt die Möglichkeit, eine psychosoziale oder juristische Prozessbegleitung in Anspruch zu nehmen. Davon zu unterscheiden sind die sogenannten „vulnerablen Opfergruppen“⁵⁰⁶, damit sind die Gehörlosen, Unmündigen, Stummen, psychisch Kranken und geistigen Behinderten zu verstehen.⁵⁰⁷

2. Rechte der Opfer

Nach § 66a Abs 1 StPO sind Opfer unter folgenden Voraussetzungen besonders schutzbedürftig: wenn sie in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung verletzt worden sein könnten, wenn sie der Gewalt in Wohnungen⁵⁰⁸ ausgesetzt gewesen sein könnten oder wenn sie minderjährig⁵⁰⁹ sind.

Die Rechte der Opfer sind im § 66a Abs 2 StPO klar definiert:⁵¹⁰

⁵⁰¹ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁸ (2015) Rz 149; Hilf/Anzenberger, Opferrechte – Die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ÖJZ 2008/94, 887; vgl § 65 Z 1 lit c StPO; Anzenberger, ÖJZ 2017/34, 253.

⁵⁰² Vgl § 65 Z 1 lit a StPO.

⁵⁰³ Vgl § 65 Z 1 lit b StPO.

⁵⁰⁴ Hilf/Anzenberger, ÖJZ 2008/94, 887.

⁵⁰⁵ Bertel/Venier, StPO⁸ Rz 149; Hilf/Anzenberger, ÖJZ 2008/94, 887.

⁵⁰⁶ Vgl § 66 Abs 1 Z 5 iVm § 56 Abs 2; § 160 Abs 3; § 165 Abs 3 und 4.

⁵⁰⁷ Bertel/Venier, StPO⁸ Rz 151 ff; Hilf/Anzenberger, ÖJZ 2008/94, 887.

⁵⁰⁸ Vgl § 38a SPG.

⁵⁰⁹ Vgl § 74 Abs 1 Z 3 StGB.

⁵¹⁰ Hilf/Anzenberger, ÖJZ 2008/94, 888 f.

- Nach Möglichkeit eine Einvernahme im Ermittlungsverfahren von einer Person des gleichen Geschlechts.
- Verweigerung der Beantwortung von Fragen nach Einzelheiten der Straftat, deren Schilderung sie für unzumutbar halten, oder nach Umständen aus ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich.⁵¹¹
- Einvernahme im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung auf schonende Weise⁵¹² und zwar ein minderjähriges Opfer, das durch die dem Beschuldigten zur Last gelegte Straftat in seiner Geschlechtssphäre verletzt worden sein könnte, jedenfalls auf die in § 165 Abs 3 StPO beschriebene Art und Weise, gegebenenfalls durch einen Sachverständigen.
- Ausschluss der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung.⁵¹³
- Unverzügliche Information von Amts wegen in folgenden Fällen: Freilassung des Beschuldigten nach dieser Bestimmung unter Angabe der hierfür maßgeblichen Gründe und der dem Beschuldigten auferlegten gelinderen Mittel sogleich zu verständigen,⁵¹⁴ Flucht des in Untersuchungshaft angehaltenen Beschuldigten sowie von seiner Wiederergriffung.⁵¹⁵
- Beiziehen einer Vertrauensperson zur Vernehmung.⁵¹⁶

C. Prozessbegleitung

Das Recht auf psychosoziale⁵¹⁷ und juristische⁵¹⁸ Prozessbegleitung nach § 66 Abs 2 StPO ist notwendig, sofern es zur Wahrung der prozessualen Opferrechte unter größtmöglicher Bedachtnahme auf seine persönliche Betroffenheit dient.⁵¹⁹

Die psychologische Prozessbegleitung dient zur seelischen Vorbereitung des Opfers auf die Belastung des gerichtlichen Verfahrens. Das zu vernehmende Opfer wird zum Ermitt-

⁵¹¹ Vgl § 158 Abs 1 Z 2 und 3, Abs 2 StPO.

⁵¹² Vgl §§ 165, 250 Abs 3 StPO.

⁵¹³ Vgl § 229 Abs 1 StPO.

⁵¹⁴ Vgl § 172 Abs 4 StPO; § 177 Abs 5 StPO.

⁵¹⁵ Vgl § 181a StPO.

⁵¹⁶ Vgl § 160 Abs 2 StPO.

⁵¹⁷ Wird vom „Weißen Ring“ und von Opfereinrichtungen, die vom BMJ vertraglich beauftragt wurden, angeboten und von geschulten Prozessbegleitern durchgeführt; vgl § 66 Abs 2 StPO. Diese strafprozessrechtliche Regelung der Prozessbegleitung wird analog auf den Zivilprozess und das Außerstreitverfahren angewandt; vgl § 73b ZPO, § 7 AußStrG; vgl BGBl I 2009/40.

⁵¹⁸ Hat durch einen Rechtsanwalt zu erfolgen; vgl § 66 Abs 2 StPO.

⁵¹⁹ Bertel/Venier, Kommentar zur StPO (2012) § 66 StPO Rz 4 f; Kirschenhofer in Schmölzer/Mühlbacher, StPO Strafprozessordnung Praktikerkommentar (2015) § 66 StPO 336.

lungs- und Hauptverfahren begleitet, wenn dies unter Bedachtnahme auf seine persönliche Betroffenheit erforderlich ist.⁵²⁰

Die juristische Prozessbegleitung dient der Durchsetzung der rechtlichen und prozessualen Ansprüche bzw Rechte und Schadenersatzansprüche des Opfers mit Hilfe eines Rechtsanwaltes. Besteht die gesetzliche Notwendigkeit einer juristischen Prozessbegleitung, so fallen für das Opfer keine Rechtsanwaltskosten an.⁵²¹

Im Strafverfahren besteht ausschließlich die Möglichkeit einer psychologischen Prozessbegleitung, wobei im Zivilverfahren die juristische und die psychologische Begleitung möglich sind, sofern ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem geführten Straf- und dem Zivilverfahren besteht.⁵²²

Weiters ist eine Prozessbegleitung dann erforderlich, sofern das Opfer als Partei dem Beschuldigten in einem Verfahren gegenübersteht, dessen Gegenstand in sachlichem Zusammenhang mit jenem des Strafverfahrens steht oder das Opfer als Zeuge über den Gegenstand des Strafverfahrens vernommen werden soll.⁵²³ Die Prozessbegleitung kann Gewalt- und Sexualopfern und auch Angehörigen von Getöteten, unter bestimmten Voraussetzungen, gewährt werden.⁵²⁴

Diese Möglichkeiten der Prozessbegleitung sind kostenlos und stehen dem Opfer auf freiwilliger Basis, unabhängig von den Vermögenswerten, zu. Als staatliche Leistungen sollen sie den genannten Opfergruppen psychisch und rechtlich unterstützen.⁵²⁵

D. Absehen von der Vernehmung

1. Einleitung

Das Gericht kann nach § 289b Abs 1 ZPO auf Antrag oder von Amts wegen von der Vernehmung einer minderjährigen Person zur Gänze oder in einzelnen Themenbereichen absehen, sofern das Wohl der minderjährigen Person durch die Vernehmung gefährdet werden

⁵²⁰ *Deixler-Hübner*, Vom Auftrag zum Verlassen der Ehewohnung zum 2. Gewaltschutzgesetz 2009 – Zur Neuregelung des Schutzes vor Gewalt in Wohnungen und des allgemeinen Gewaltschutzes, iFamZ 2009, 229; *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 66 StPO 338.

⁵²¹ *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 66 StPO 338.

⁵²² *Deixler-Hübner*, iFamZ 2009, 229.

⁵²³ *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 66 StPO 337; *Maleczky*, JAP 2009/2010/1, 6; *Roth/Egger*, EF-Z 2009/93, 126.

⁵²⁴ *Bertel/Venier*, StPO § 165 StPO Rz 3; *Maleczky*, JAP 2009/2010/1, 6.

⁵²⁵ *Plaz*, Prozessbegleitung besonders schutzwürdiger Opfer, JSt 2006, 39.

würde.⁵²⁶ Gleich vorweg ist festzuhalten, dass der § 289b Abs 1 ZPO nicht gegen Art 6 EMRK verstößt,⁵²⁷ denn bei einer vorzunehmenden Güterabwägung wird das Wohl des Minderjährigen als deutlich vorrangig gesehen.⁵²⁸ Aus Art 6 EMRK ist verfassungsrechtlich nicht ableitbar, dass die Partei bei jeder Beweisaufnahme persönlich anwesend sein muss.

2. Anwendungsvoraussetzungen

a) Gefährdung des Wohls des Minderjährigen

Die Gefährdung des Wohles des Minderjährigen als Partei oder als Zeuge ist ausschlaggebend für ein Absehen von der Vernehmung.⁵²⁹ Beim bedrohten Kindeswohl sind die geistige Reife des Minderjährigen, der Gegenstand der Vernehmung und das Naheverhältnis zu den Prozessparteien als Entscheidungskriterien heranzuziehen.⁵³⁰ Einen allgemein gültigen Maßstab, wann nun eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, gibt es nicht. Im Einzelfall ist aufgrund der vorliegenden Parameter zu entscheiden.

Nach *Schneider*⁵³¹ lässt sich als Grundregel festhalten, je jünger der Zeuge ist, desto eher ist eine Beeinträchtigung des Kindeswohls zu befürchten. Somit sind das Alter des Zeugen und der konkrete Vernehmungsgegenstand zu berücksichtigen.

*Anzenberger*⁵³² hält zudem fest, dass die situationsbedingt schwierige Einvernahme des Minderjährigen in manchen Fällen wohl das geringere Übel gegenüber einer seinem Wohl widersprechenden Entscheidung, sein kann. Vorausschauend kann jedoch nicht beurteilt werden, ob die leidige Befragung des Minderjährigen eine Änderung des Verfahrensausganges bewirken kann. Dies scheint jedoch in der Praxis gerechtfertigt, hält man sich vor Augen, dass eine nachteilige Entscheidung für das Kindeswohl das Ausmaß einer abträglichen Vernehmung enorm übersteigen.

Im Regelfall sieht das Gesetz hier keine Interessensabwägung vor, denn es ist nicht zu berücksichtigen, dass mit dem Absehen der Vernehmung des Minderjährigen den Parteien ein Beweismittel genommen wird.⁵³³ Jedoch soll nach *Kloiber*⁵³⁴ und *Rechberger*⁵³⁵ dann eine

⁵²⁶ Gem § 35 AußStrG ist diese Bestimmung auch im Außerstreitverfahren anzuwenden, siehe dazu *Kloiber*, Zak 2010/594, 343.

⁵²⁷ *Deixler-Hübner*, Kindewohl und Verfahrensrecht, in *Fucik/Lovrek/Konecny/Oberhammer*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010 (2010) 235; *Schneider* in *Clavara/Graber*, Rechtsstellung 252 f; aA *Hager-Rosenkranz*, *ecolex* 2009, 562.

⁵²⁸ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 250.

⁵²⁹ *Deixler-Hübner*, iFamZ 2009, 230; *dies*; in *Fucik/Lovrek/Konecny/Oberhammer*, ZVR-JB 235.

⁵³⁰ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 250; *Schneider* in *Clavara/Graber*, Rechtsstellung 247 f.

⁵³¹ *Schneider* in *Clavara/Graber*, Rechtsstellung 248.

⁵³² *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 250.

⁵³³ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 250.

Interessensabwägung vorgenommen werden, sofern über das Kindeswohl an sich in der Hauptverhandlung entschieden wird.⁵³⁶

ME ist der Meinung von *Anzenberger*⁵³⁷ zu folgen, denn danach sind potentielle Auswirkungen einer Entscheidung über die Gefährdung des Kindeswohls in die Überprüfung der Wohlgefährdung miteinzubeziehen und das Wohl eines Minderjährigen sollte auf jeden Fall an erster Stelle stehen.

b) Schwere des Eingriffs

Zu berücksichtigen ist neben der Gefährdung des Wohles des Minderjährigen weiters die Schwere des Eingriffs der Entscheidung in das Leben des Minderjährigen. Nach dem Einbeziehen der verfahrensrechtlichen Beweislage ist abzuwägen, ob die Kindeswohlgefährdung durch die Einvernahme eigentlich gerechtfertigt sein kann.

Nach *Anzenberger*⁵³⁸ ist dies zu bejahen, insofern das Gericht eine Vermutung betreffend die vorliegenden Umstände vornimmt, auf Grund derer sich die Beurteilung des Kindeswohls offenbar verschieben würde. Daher erklärt er nur in derartigen Fällen eine Einvernahme eines Minderjährigen für gerechtfertigt, auch wenn sein Wohl dadurch letztlich gefährdet sein könnte.

E. Abgesonderte Vernehmung

1. Einleitung

Die abgesonderte Vernehmung für Verbrechensopfer und Minderjährige ermöglicht es, dass eine gerichtliche Vernehmung des Opfers in Abwesenheit der Parteien stattfindet.⁵³⁹ Die Parteien und ihre Vertreter unterliegen einer entsprechenden Anwesenheitsbeschränkung. Die Vernehmung kann entweder durch das Gericht erfolgen oder durch einen Sachverständigen.⁵⁴⁰

Handelt es sich um ein Sexualdeliktsoffer, also um ein Opfer einer vorsätzlich sexuellen Beeinträchtigung, gelten entsprechende Sonderrechte.⁵⁴¹ Die Vernehmung kann durch eine Person gleichen Geschlechts vorgenommen werden.⁵⁴² Auch die Möglichkeit der Teilnahme

⁵³⁴ *Kloiber*, Zak 2010/594, 343.

⁵³⁵ *Rechberger*, ZPO⁴ § 289b ZPO Rz 1.

⁵³⁶ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 250.

⁵³⁷ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 250.

⁵³⁸ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 251.

⁵³⁹ § 389b ZPO; vgl §§ 321 ff ZPO.

⁵⁴⁰ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 256; *Schneider in Clavara/Graber*, Rechtsstellung 254.

⁵⁴¹ Vgl § 70 Abs 2 StPO.

⁵⁴² *Hilf/Anzenberger*, ÖJZ 2008/94, 890.

an der kontradiktorischen Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten besteht, wobei dem Opfer hier ein Fragerecht zukommt und somit an der Beweisaufnahme mitwirkt.

Die Verringerung der Gefahr einer sekundären Viktimisierung ist durch die in Österreich seit 1993 im Strafverfahren vorgesehene vom Täter abgesonderte Vernehmung des Opfers zu begrüßen. Das Strafverfahren und die Reaktionen der Umwelt sollen das Opfer nicht zum zweiten Mal traumatisieren. Die abgesonderte Vernehmung ist, wie bereits erwähnt, nun seit 2009 im österr Zivilverfahren vorgesehen, sofern dieses im Zusammenhang mit einem Strafprozess steht und die zu vernehmende Person ein Opfer von Gewalt, gefährlicher Drohung oder in ihrer sexuellen Integrität beeinträchtigt wurde.⁵⁴³

2. Durchführung der Vernehmung

a) Vernehmung durch das Gericht

Bei der Vernehmung durch das Gericht erfolgt die Befragung durch den Richter mittels eingerichteter Wort- und Bildübertragung. Dadurch ist es auch den Parteien möglich, die Befragung mit zu verfolgen und ihr Fragerecht auszuüben.⁵⁴⁴ Die abgesonderte Vernehmung findet jedoch nur alleine zwischen dem Richter und der zu vernehmenden Person statt.⁵⁴⁵ Eine Ausnahme besteht nur für eine Vertrauensperson des Minderjährigen und einen psychosozialen Prozessbegleiter des Opfers.⁵⁴⁶

Die Parteien und ihre Vertreter können selbstverständlich die Einvernahme mittels Videoübertragung verfolgen, sie befinden sich jedoch in einem anderen Raum als die zu vernehmende Person. Damit die Parteien ihr Fragerecht ausüben können, können sie dem Richter ihre Fragen – auch während der Vernehmung, sofern dies technisch möglich ist – mittels Telefon, Computer etc zukommen lassen.⁵⁴⁷ Nach *Schneider*⁵⁴⁸ besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass die Parteien die zu vernehmende Person selbst befragen, wenn durch die räumliche Distanz der Schutz des Kindeswohls aufrecht bleibt und auf den Minderjährigen dadurch kein Druck aufgebaut wird.

⁵⁴³ *Hübner*, Praxistipps zur Vernehmung und zur Glaubhaftigkeitsbeurteilung von Aussagen, RZ 2010, 11.

⁵⁴⁴ §§ 289a Abs 1, Abs 2; § 389b Abs 2 ZPO.

⁵⁴⁵ *Kloiber*, Zak 2010/594, 343.

⁵⁴⁶ Vgl § 289b Abs 3 ZPO, § 73b StPO; *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 256; *Kloiber*, Zak 2010/594, 344.

⁵⁴⁷ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 256; *Hager-Rosenkranz*, ecolex 2009, 562; *Kloiber*, Zak 2010/594, 343.

⁵⁴⁸ *Schneider* in *Clavara/Graber*, Rechtsstellung 254.

ME ist jedoch der hM zu folgen, denn nicht nur die räumliche Distanz, sondern auch das Nicht-Konfrontieren-Müssen mit den Parteien, sei es auch mittels Wort- und Bildübertragung, soll dem Minderjährigen erspart bleiben.

Selbstverständlich können das nicht Ausüben des Fragerechts bzw nicht ausreichend durchgeführte Fragerecht im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden.⁵⁴⁹ Diese Art der abgesonderten Vernehmung entspricht iWS der „kontradiktorischen Vernehmung“.

b) Vernehmung durch einen Sachverständigen

Die Vernehmung des Minderjährigen durch einen geeigneten Sachverständigen kann das Gericht dann beauftragen, wenn es dies für nützlich erachtet.⁵⁵⁰ Verpflichtend ist eine derartige Einvernahme dann vorzunehmen, sofern es sich um eine abgesonderte Vernehmung gem § 289a Abs 1 ZPO handelt und ein unmündiger Minderjähriger, zum Zeitpunkt der Einvernahme, als „Opfer“ einzustufen ist.⁵⁵¹

Betreffend die Durchführung der Vernehmung des Minderjährigen durch einen Sachverständigen bestehen mehrere Rechtsansichten:

Nach *Anzenberger*⁵⁵² kann die Einvernahme des Minderjährigen durch den beauftragten Sachverständigen selbst erfolgen, wobei der Richter den Ablauf der Vernehmung aus einem Nebenraum verfolgt. Die Befragung durch den Sachverständigen in Beisein des Richters könnte den Minderjährigen zusätzlich belasten. Dies aufgrund der Person des Richters zB wegen seinem Geschlecht oder aufgrund der Anwesenheit mehrerer Personen im Vernehmungsraum. Hinsichtlich des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bestehen bei dieser Art der Vernehmung keine Bedenken.

Nach *Schneider*⁵⁵³ ist der Gesetzeswortlaut, in dem es heißt, dass die Vernehmung durch den Sachverständigen vorzunehmen ist, nicht in der Praxis umsetzbar. Sie vertritt die Meinung, dass der Sachverständige der Vernehmung nur beiwohnt und der Richter das Fragerecht dem Minderjährigen gegenüber ausübt. Die Funktion des Sachverständigen soll darin liegen, dass dieser den Richter bei einer kindgerechten Formulierung der Fragen unterstützt sowie das Aufzeigen möglicher Belastungsgrenzen vornimmt. Der Sachverständige sollte lediglich

⁵⁴⁹ *Kloiber*, Zak 2010/594, 344.

⁵⁵⁰ Vgl § 289b Abs 2 ZPO.

⁵⁵¹ Vgl § 165 StPO.

⁵⁵² *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 256.

⁵⁵³ *Schneider in Clavara/Graber*, Rechtsstellung 254 ff.

das „Sprachrohr des Gerichtes“ sein. Nach § 340 ZPO ist es die Aufgabe des Gerichtes, geeignete Fragen zur Aufklärung des Sachverhaltes zu stellen. Hinsichtlich des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bestehen bei dieser Art der Vernehmung keine Bedenken, da der anwesende Richter einen entsprechenden Eindruck vom Zeugen erlangt. Es würde jedoch eine Einschränkung der Unmittelbarkeit vorliegen, sofern nur der Sachverständige – ohne dem Beisein des Richters – die Einvernahme vornimmt. Diese Beschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes könnte auch dann bestehen, wenn der Richter die Vernehmung mittels Videokonferenz mitverfolgt, da der Eindruck des Zeugen „verzerrt“ sein kann. Da die ZPO jedoch weitere Einschnitte in die Unmittelbarkeit zulässt, erscheint diese sehr geringe Beschränkung jedoch bedeutungslos zu sein.

Nach *Kloiber*⁵⁵⁴ liegt es im Ermessen des Richters, selbst bei der Einvernahme des Minderjährigen durch den Sachverständigen anwesend zu sein.

3. Anwendungsvoraussetzungen

a) Erfasster Personenkreis

Durch das 2. GeSchG wurden in der ZPO, nachgebildet an die StPO und das AußStrG, für die Teilnahmemöglichkeit der Parteien indirekte Fragerechte eingeführt. Dabei kommt dieses Recht der „abgesonderten Vernehmung“ folgenden Personengruppen zu:⁵⁵⁵

Eine abgesonderte Vernehmung nach § 289a Abs 1 ZPO kann eine Person beantragen, die iSd § 65 Z 1 lit a StPO ein „Opfer“ in einem Strafverfahren ist und dieses Verfahren in sachlichem Zusammenhang mit dem Zivilprozess steht.⁵⁵⁶

Mittels gerichtlichem Antrag kann von der Vernehmung „Minderjähriger“ gem § 289b ZPO teilweise oder gänzlich abgesehen werden, sofern das Wohl des Minderjährigen durch die Vernehmung gefährdet werden würde. Die Bedrohung des Kindeswohls ist nach § 289b Abs 1 ZPO zu beurteilen. Dabei sind die geistige Reife des Kindes, der Gegenstand der Vernehmung und das Naheverhältnis zu den Prozessparteien ausschlaggebend. Auch die Vernehmung durch einen Sachverständigen ist möglich sowie das Beiziehen einer Vertrauensperson.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ *Kloiber*, Zak 2010/594, 345 f.

⁵⁵⁵ *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 252 ff; *Roth/Egger*, EF-Z 2009/93, 126 f.

⁵⁵⁶ Siehe dazu Näheres im Kapitel VII.B.1.

⁵⁵⁷ Vgl § 289b Abs 2 und Abs 3 ZPO.

Nach § 289b Abs 2 ZPO hat auch eine „sonstige Person“, wenn für diese eine Aussage in Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter unzumutbar ist, ein Recht auf eine gesonderte Vernehmung.

F. Gerichtliche Entscheidung

Wie bereits erwähnt, kann das Gericht eine beschlussmäßige Entscheidung über das Absehen einer Vernehmung oder die Durchführung einer abgesonderten Vernehmung, dies aufgrund eines Antrages oder von Amts wegen, fällen.⁵⁵⁸ Dabei handelt es sich um eine „Entscheidung nach richterlichem Ermessen“, bei der dem Gericht eine Entschließungsbefugnis bzw Entscheidungsermessen eingeräumt wird.⁵⁵⁹ Das richterliche Ermessen bezieht sich auf den Inhalt der Entscheidung und es beurteilt, ob zB eine abgesonderte Vernehmung angeordnet wird oder nicht.

1. Absehen von der Vernehmung

Der Antrag auf Absehen der Vernehmung kann von dem Minderjährigen selbst oder vom Vertreter des unmündigen Minderjährigen gestellt werden. Die Einbringung des Antrages kann schriftlich oder mündlich vor oder bei der Tagsatzung zur Vernehmung erfolgen.⁵⁶⁰ Da der Antrag auf Absehen von der Vernehmung eine Prozesshandlung darstellt, ist zu hinterfragen, inwieweit die Prozess- und Postulationsfähigkeit des Antragstellers vorliegen muss.⁵⁶¹

Ist der unmündige Minderjährige selbst eine Partei des Verfahrens und wird er während der Verhandlung gesetzlich vertreten, stellt sich die Frage nach der Prozess- und Postulationsfähigkeit nicht.⁵⁶² Ist der unmündige Minderjährige jedoch als Zeuge des Verfahrens geladen, ist zu hinterfragen, ob eine etwaige mangelnde Prozessfähigkeit für die Antragstellung überhaupt gegeben sein muss. Festzuhalten ist, dass die Bestimmungen der Prozessfähigkeit und die Anwaltpflicht der Parteien primär dazu dienen, um prozessunfähige Parteien vor nachteiligen gerichtlichen Anordnungen und dem Schutz des rechtlichen Gehörs zu bewahren.⁵⁶³ Für minderjährige Zeugen ist somit das Erfordernis der Prozess- und Postulationsfähigkeit und der Anwaltpflicht nicht zwingend erforderlich.⁵⁶⁴

⁵⁵⁸ § 289b Abs 2 ZPO.

⁵⁵⁹ Anzenberger, ÖJZ 2017/34, 251; Fasching, Lehrbuch² Rz 123; Schneider in Clavara/Graber, Rechtsstellung 248 f.

⁵⁶⁰ Vgl § 323 ZPO analog.

⁵⁶¹ Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ II/1 Einleitung Rz 77.

⁵⁶² Anzenberger, ÖJZ 2017/34, 251.

⁵⁶³ Anzenberger, ÖJZ 2017/34, 251 f.

⁵⁶⁴ Anzenberger, ÖJZ 2017/34, 251; aA Schneider in Clavara/Graber, Rechtsstellung 249.

Zur Prüfung des Antrages und zur Fassung des Beschlusses werden die gesetzlichen Regelungen der Zeugeneinvernahmen angewandt.⁵⁶⁵ Bevor das Gericht eine Entscheidung fällt, kann es die Parteien hören oder auch auf die Beiziehung eines Sachverständigen bestehen.⁵⁶⁶

Sofern die gerichtliche Auffassung darin vorliegt, dass das Wohl des Minderjährigen durch eine gerichtliche Einvernahme nicht gefährdet wird, ist mittels Beschluss darüber zu entscheiden, auf welche Art und Weise die Vernehmung nun vorzunehmen ist.⁵⁶⁷ Das Gericht kann nun mehrere Möglichkeiten der Einvernahme vorsehen: in der öffentlichen Verhandlung, unter Ausschluss der Volksöffentlichkeit⁵⁶⁸, außerhalb einer mündlichen Verhandlung⁵⁶⁹ oder eine räumlich getrennte, sogenannte abgesonderte Vernehmung.⁵⁷⁰

Dem Minderjährigen steht gegen den gerichtlichen Beschluss kein Rechtsmittel zur Verfügung, somit kann er die Entscheidung nicht anfechten.⁵⁷¹ Lediglich das ungerechtfertigte Absehen von der Vernehmung des Minderjährigen kann zu einem wesentlichen Verfahrensmangel nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO führen. Erfolgt eine Einvernahme jedoch zu Unrecht, begründet dies keinen wesentlichen Verfahrensmangel.⁵⁷²

2. Abgesonderte Vernehmung

Der Antrag auf die Durchführung einer abgesonderten Vernehmung kann von dem Minderjährigen selbst oder vom Vertreter des unmündigen Minderjährigen gestellt werden. Die Antragspflicht obliegt dem Opfer⁵⁷³ und den sonstigen Personen⁵⁷⁴.

Die Antragsprüfung und die Beschlussfassung des Gerichtes sind mit den vorherigen Bestimmungen zur Anordnung von Amts wegen oder auf Antrag zum Absehen einer Verhandlung heranzuziehen.

⁵⁶⁵ Vgl § 324 ZPO analog.

⁵⁶⁶ *Schneider in Clavara/Graber*, Rechtsstellung 251.

⁵⁶⁷ *Kloiber*, Zak 2010/594, 343.

⁵⁶⁸ § 172 ZPO, § 19 AußStrG.

⁵⁶⁹ § 20 AußStrG.

⁵⁷⁰ § 289a ZPO.

⁵⁷¹ § 289b Abs 4 ZPO.

⁵⁷² *Anzenberger*, ÖJZ 2017/34, 252.

⁵⁷³ Vgl § 65 Z 1 lit a StPO.

⁵⁷⁴ Vgl § 289a Abs 2 ZPO.

Es besteht gegen die gerichtliche Entscheidung, die über eine abgesonderte Vernehmung gefällt wird, kein zulässiges Rechtsmittel, um eben Verfahrensverzögerungen hintan zu halten.⁵⁷⁵

G. Getrennte Räume in Gerichtsgebäuden

1. Allgemeines

Den Opfern einer Straftat soll es im Rahmen des Opferschutzes, möglich sein, am gesamten Strafverfahren - unter Wahrung des rechtlichen Gehörs - ohne Einschränkungen teilnehmen zu können. Um eine Konfrontation des Opfers mit dem Beschuldigten zu vermeiden, hat das Verlangen nach entsprechenden räumlichen Maßnahmen oberste Priorität.⁵⁷⁶

Um daher einer persönlichen und unnötigen Gegenüberstellung des Opfers mit dem Täter auszuweichen, kann mit Hilfe getrennter Räumlichkeiten das Schutzinteresse des Opfers vollkommen gewahrt werden. Für die Tatopfer werden vom Gericht nunmehr gesonderte bzw getrennte Räumlichkeiten vorgesehen.

2. Nationale Umsetzung

Um gefährdete Zeugen zu schützen, werden mittels strafprozessualen Maßnahmen entsprechende Vorkehrungen bzw Möglichkeiten einer schonenden Einvernahme getroffen. Bei einer Zeugeneinvernahme kann nicht nur die Öffentlichkeit, sondern auch der Angeklagte ausgeschlossen werden. Der Ausschluss des Verteidigers des Angeklagten ist, während der Zeugeneinvernahme, nicht mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens vereinbar, daher kann eine Einvernahme nicht ausgeschlossen werden.

Um jedoch den Zeugen strafprozessual schützen zu können, kann die Einvernahme durch den Verteidiger mittels „räumlicher Abschirmung und einer Bildschirmübertragung“ vorgenommen werden.⁵⁷⁷ Der Zeuge wird also von den Verfahrensparteien räumlich getrennt und gleichzeitig mittels Videoübertragung einvernommen.

Auf „nationaler Ebene“ werden getrennter Räumlichkeiten wie folgt vorgesehen und sollen nachstehend angeführten Zwecke erfüllen:⁵⁷⁸ Zum einen dienen diese Räumlichkeiten als „Warteraum“ für das Opfer vor oder während der Verhandlung. Durch die Funktion eines Warteraumes kann sich das Opfer vor oder während einer Verhandlung dort aufhalten, um so

⁵⁷⁵ Vgl §§ 289a Abs 3, 289b Abs 4 ZPO.

⁵⁷⁶ *Bruckmüller/Friedrich*, Getrennte Räume in Gerichtsgebäuden zum Schutz von Opfern einer Straftat, RZ 2008, 93; *Hinterhofer*, Der Schutz gefährdeter Zeugen im österreichischen Strafprozessrecht (Teil II), JSt 2003, 80.

⁵⁷⁷ *Hinterhofer*, JSt 2003, 80.

⁵⁷⁸ *Bruckmüller/Friedrich*, RZ 2008, 93.

ein Zusammentreffen mit dem Beschuldigten außerhalb des Gerichtssaales zu vermeiden. In der Praxis werden nicht nur die separaten Warteräume, sondern auch separate Eingangsräume bei den Gerichten, für die Opfer und die Täter eingerichtet.

Zum anderen kann das Tatopfer bzw der Zeuge, getrennt vom mutmaßlichen Täter, aussagen. Mit der Unterstützung der erforderlichen technischen Hilfsmittel kann eine „kontradiktorische Vernehmung“, in einem gesonderten Raum durchgeführt werden, dabei werden sämtliche Opferschutz- und Zeugenschutzrechte bewahrt und eine persönliche Begegnung des mutmaßlichen Täters vermieden.⁵⁷⁹ Diese abgesonderte Bildschirmvernehmung durch den Verteidiger stellt für den Zeugen bzw das Opfer eine schützende Maßnahme dar.⁵⁸⁰

Die Durchführung einer audiovisuell unterstützten Aussage ermöglicht es, nicht nur den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu wahren, sondern auch den Unmittelbarkeitsgrundsatz. Dies entspricht den Vorgaben eines optimalen Opferschutzes.

3. Internationale Umsetzung

Auf „internationaler Ebene“ werden der Schutz des Opfers im Strafverfahren und in diesem Zusammenhang somit auch der Schutz des Zeugen als Opfer rechtlich vorgegeben.⁵⁸¹ Die europäischen opferrechtlichen Bestimmungen sind in den Rahmenbeschlüssen über die Stellung des Opfers im Strafverfahren detailliert geregelt.⁵⁸²

Auf europäischer Ebene werden somit die prozessualen Rechte der Verbrechensoffer in den Mitgliedstaaten angeglichen. Die Verwendung moderner Kommunikationstechnologien wie zB der Wort- und Bildübertragung wird in der RL Opferschutz⁵⁸³ geregelt.

Um eine Konfrontation des Opfers mit dem Beschuldigten zu vermeiden, kann daher die Vernehmung auf Video aufgezeichnet und diese Aufzeichnung im Gerichtsverfahren als zulässig erachtet werden.

Sowohl für Dolmetsch-Leistungen und Übersetzungen können Kommunikationstechnologien wie Videokonferenzen, Telefon oder Internet verwendet werden. Eine Ausnahme be-

⁵⁷⁹ Hinterhofer, JSt 2003, 80 f.

⁵⁸⁰ Vgl §§ 165, 250 Abs 3, 247a Abs 1 StPO.

⁵⁸¹ Bruckmüller/Friedrich, RZ 2008, 93.

⁵⁸² Rahmenbeschluss 2001/220/JI des Rates über die Stellung des Opfers im Strafverfahren vom 13.03.2001, ABl EG L 2001/82 vom 21.03.2001; Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates von 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl L 2012/315, 57 von 14.11.2012.

⁵⁸³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates von 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl L 2012/315, 57 von 14.11.2012.

steht dann, sofern ein Dolmetscher vor Ort benötigt wird, damit die Opferrechte umfassend wahrgenommen werden können.⁵⁸⁴

Befindet sich der Wohnsitz des Opfers jedoch in einem anderen Mitgliedstaat, haben die zuständigen Behörden sicherzustellen, dass entsprechende Maßnahmen getroffen werden, um etwaigen aufzutretenden Schwierigkeiten, hinsichtlich des Verfahrensablaufes, entgegen zu wirken. Dabei haben die Behörden des Mitgliedstaates, in dem die Straftat begangen wurde, die Aussage des Opfers unmittelbar nach der Anzeige der Straftat bei der zuständigen Behörde aufzunehmen sowie bei der Vernehmung von Opfern mit dem Wohnsitz im Ausland von den Bestimmungen über Video- und Telefonkonferenzen, Gebrauch zu machen.⁵⁸⁵

Die Opfer im Kindesalter haben während des Strafverfahrens einen besonderen Schutzanspruch. Dabei können sämtliche Vernehmungen des Kindes in den strafrechtlichen Ermittlungen audiovisuell aufgezeichnet werden. Diese Aufzeichnungen können als Beweismittel in Strafverfahren verwendet werden.⁵⁸⁶

4. Fazit

Von *Bruckmüller/Friedrich*⁵⁸⁷ wurden im Jahr 2008 mehrere Gerichte⁵⁸⁸ auf das Vorhandensein der zuvor genannten Gegebenheiten für die Opfer einer Gewalt- oder Sexualstraftat untersucht. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass in keinem der untersuchten LG getrennte Wartebereiche für Opfer und die mutmaßlichen Täter gibt.

Auch in dem 2005 eröffneten Justizzentrum Leoben wurde das Problem nach Einschätzung der Prozessbegleiter nicht berücksichtigt. In Anbetracht der Tatsache, dass diese räumlichen Anforderungen insbesondere in bereits bestehenden Gerichtsgebäuden nur schwer umzusetzen sind, sollte im Bedarfsfall auf bereits vorhandene Ressourcen wie den Raum zur kontradiktorischen Vernehmung oder das Beratungszimmer für Geschworene regelmäßig als Alternative zurückgegriffen werden.

Weiters stellen eine zeitversetzte Ladung von Opfer und Angeklagten oder Provisorien, wie ein Warten des Opfers in einem anderen Stockwerk oder Gang, keinen gleichwertigen

⁵⁸⁴ Art 7 der RL Opferschutz.

⁵⁸⁵ Art 17 der RL Opferschutz.

⁵⁸⁶ Art 24 der RL Opferschutz.

⁵⁸⁷ *Bruckmüller/Friedrich*, RZ 2008, 97 f.

⁵⁸⁸ Burgenland: LG Eisenstadt; Kärnten: LG Klagenfurt; Niederösterreich: LG Wr Neustadt; Oberösterreich: LG Linz; Salzburg: LG Salzburg; Steiermark: LG Graz und LG Leoben; Tirol: LG Innsbruck; Vorarlberg: LG Feldkirch; Wien: LG für Strafsachen Wien.

Schutz dar, weil ein persönliches Aufeinandertreffen - anders als mit deutlich getrenntausgewiesenen Zugangs- und Wartebereichen - nicht verlässlich zu verhindern ist.

Im Gegensatz dazu kann die rechtliche und tatsächliche Gesamtsituation hinsichtlich der schonend durchgeführten kontradiktorischen Vernehmung von Opfern als Zeugen im Vorverfahren und während der Hauptverhandlung grundsätzlich als zufriedenstellend beurteilt werden. Die vorhandenen Räumlichkeiten und technischen Hilfsmittel werden allerdings nach Aussage der Prozessbegleiter bisher in keinem der untersuchten Gerichte ausreichend genutzt.

H. Kontradiktorische Vernehmung

1. Allgemeines

Ist die Vernehmung in der Hauptverhandlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich, wird die kontradiktorische Vernehmung als zulässig erachtet.⁵⁸⁹ Sie ist somit ein vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung, der jedoch – in einem gesonderten Raum - mittels Video aufgezeichnet und dieses dann in der Hauptverhandlung vorgeführt wird.⁵⁹⁰

Die kontradiktorische Vernehmung gestattet es den Beteiligten des Verfahrens, mit Hilfe der Verwendung einer „Wort- und Bildübertragung“ diese mit zu verfolgen und ihr Frage-recht auszuüben, ohne bei der Befragung persönlich anwesend zu sein.⁵⁹¹ Dem Zeugen bleibt somit die Begegnung, vor allem mit dem Beschuldigten, erspart.⁵⁹²

2. Gesetzliche Regelung

Die gesetzlichen Regelungen zur kontradiktorischen Vernehmung des Beschuldigten oder eines Zeugen finden sich in § 165 StPO. Diese Art der abgesonderten Videovernehmung stützt sich jedoch auch auf die Regelungen des § 250 Abs 3 oder auf § 247a Abs 1 StPO.

Nach § 250 Abs 1 StPO obliegt es einerseits dem Vorsitzenden des Schöffengerichtes die beantragte kontradiktorische Vernehmung durchzuführen. Nach § 247a Abs 1 StPO kann ein Zeuge, der aufgrund seines Alters, seiner Krankheit oder Gebrechlichkeit oder aus sonstigen erheblichen Gründen nicht in der Lage ist, vor Gericht zu erscheinen, mittels Wort- und Bildübertragung einvernommen werden.

⁵⁸⁹ Vgl § 165 Abs 1 StPO.

⁵⁹⁰ Bertel/Venier, StPO § 165 StPO Rz 5 f; Bruckmüller/Friedrich, RZ 2008, 97.

⁵⁹¹ Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 865.

⁵⁹² Bertel/Venier, StPO § 165 StPO Rz 7.

Nach § 104 Abs 1 StPO hat das Gericht bei der Beweisaufnahme dem Antrag auf Durchführung einer kontradiktorischen Vernehmung stattzugeben, wenn die Vernehmung in der Hauptverhandlung vielleicht nicht möglich ist.⁵⁹³

Durch das StPRÄG I 2016 wurden gesetzliche Neuerungen bei der kontradiktorischen Vernehmung vorgenommen.

Im Rahmen der kontradiktorischen Vernehmung besteht der Grundsatz der festen Geschäftsverteilung nach Art 87 Abs 3 B-VG.⁵⁹⁴

3. Ablauf der kontradiktorischen Vernehmung

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hat das Gericht die abgesonderte Bildschirmvernehmung nach den gesetzlichen Vorgaben durchzuführen.⁵⁹⁵ Die Zulässigkeit einer kontradiktorischen Vernehmung ist, im Zusammenhang mit der Wahrheitsfindung, dem Opferschutz und der Wahrung der Verteidigerrechte, ein bedingtes Müssen.⁵⁹⁶ Denn eine Pflicht zur Beantragung einer kontradiktorischen Vernehmung durch den Staatsanwalt besteht nur dann, wenn zu befürchten bzw es zumindest möglich ist, dass der Beschuldigte oder der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr aussagen wird.⁵⁹⁷

a) Kontradiktorische Vernehmung eines Zeugen

Macht der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Recht auf Aussageverweigerung oder –befreiung Gebrauch oder befindet er sich zum Zeitpunkt der Verhandlung im Ausland, ist die kontradiktorische Zeugenvernehmung notwendig.⁵⁹⁸ Vor der Vernehmung hat das Gericht den Zeugen zu informieren, dass das Protokoll über die Vernehmung in der Hauptverhandlung verlesen werden kann auch wenn er dort die Aussage verweigert.⁵⁹⁹

Wie bereits erwähnt entspricht die kontradiktorische Vernehmung iWS der abgesonderten gerichtlichen Vernehmung eines Minderjährigen bzw eines Verbrechensopfers.⁶⁰⁰ Die kontradiktorische Vernehmung findet bekanntermaßen bei unmündigen Minderjährigen statt, die

⁵⁹³ Bertel/Venier, StPO § 104 StPO Rz 1.

⁵⁹⁴ Vgl § 165 StPO; Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 865.

⁵⁹⁵ Vgl § 165 Abs 2 StPO.

⁵⁹⁶ Bruckmüller/Friedrich, RZ 2008, 95.

⁵⁹⁷ Bertel/Venier, StPO § 165 StPO Rz 1; Pilnacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren – Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz (2005) 139.

⁵⁹⁸ Vgl § 156 Abs 1 Z 1 StPO; Bertel/Venier, StPO § 165 StPO Rz 2.

⁵⁹⁹ Vgl § 165 Abs 5 StPO; Bertel/Venier, StPO § 165 StPO Rz 4.

⁶⁰⁰ Vgl § 165 Abs 3 StPO; Anzenberger, ÖJZ 2017/34, 256; Roth/Egger, EF-Z 2009/93, 125.

Opfer von gerichtlich strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung vom Gericht von Amts wegen durchzuführen ist.⁶⁰¹ Dem noch nicht 14 Jahre alten Opfer soll es erspart werden, mehrmals zum Sachverhalt aussagen zu müssen. Somit wird es durch die kontradiktorische Vernehmung von der Aussagepflicht befreit.⁶⁰² Allerdings kann ein Sachverständiger mit der Befragung betraut werden, sofern es sich um einen Zeugen handelt, der das 14. Lebensjahr noch nicht erreicht hat.⁶⁰³ Es besteht auch die Möglichkeit, das Protokoll der Vernehmung in der Hauptverhandlung verlesen zu lassen, sofern das Opfer in der Hauptverhandlung nicht aussagen will.⁶⁰⁴

Da der Zeuge verpflichtet ist, vor Gericht zu erscheinen und wahrheitsgemäß auszusagen, kann er, um gänzlich zu vermeiden, dass er von den teilnehmenden Parteien erkannt wird, seine Identität verschleiern, indem er sein äußeres Erscheinungsbild zB Färben der Haare verändert.⁶⁰⁵

Bei der schonenden Einvernahme der Zeugen besteht auch die Möglichkeit, Zeugen optisch und akustisch abzuschirmen, sodass sie nicht erkannt werden können.⁶⁰⁶ Dabei wird der Anblick des Zeugen während der Vernehmung zur Gänze verdeckt sowie die Stimme mittels eines Stimmenverzerrers unkenntlich gemacht.⁶⁰⁷

In der österr Strafrechtswissenschaft wird diese Art der abgeschirmten Einvernahme jedoch abgelehnt, denn aufgrund dieses nonverbalen Aussageverhaltens des Zeugen, kann dessen Glaubwürdigkeit nicht beurteilt und das gesetzliche Fragerecht der Parteien nicht ausgeführt werden.⁶⁰⁸

Der EGMR erachtet die Einvernahme anonymer Zeugen jedoch für zulässig, sofern die Verteidigungsrechte bzw das Fragerecht des Beschuldigten ausreichend gewahrt werden. Eine akustische Mitverfolgung der Einvernahme des Zeugen ist hinreichend, sofern das Fragerecht effektiv ausgeübt werden kann.⁶⁰⁹

⁶⁰¹ Hübner, RZ 2010, 11.

⁶⁰² Vgl § 165 Abs 4 StPO; Bertel/Venier, StPO § 165 StPO Rz 2; vgl § 156 Abs 1 Z 2 StPO (Aussagepflicht).

⁶⁰³ Pilnacek/Pleischl, Vorverfahren 140.

⁶⁰⁴ Vgl § 252 Abs 1 Z a StPO.

⁶⁰⁵ Hinterhofer, JSt 2003, 82.

⁶⁰⁶ Hinterhofer, JSt 2003, 82.

⁶⁰⁷ Hinterhofer, JSt 2003, 82.

⁶⁰⁸ Hinterhofer, JSt 2003, 82.

⁶⁰⁹ Hinterhofer, JSt 2003, 83.

b) Kontradiktorische Vernehmung des Beschuldigten

Die Notwendigkeit einer kontradiktorischen Vernehmung ist in diesem Fall dann gegeben, wenn die Hauptverhandlung ohne den Beschuldigten stattfinden muss oder der Beschuldigte würde mit seinem Geständnis als Zeuge eine andere Personen bzw ursprünglich Mitbeschuldigten belasten und daher die Aussage verweigern.⁶¹⁰

Selbstverständlich können sich der Staatsanwalt, das Opfer, der Privatbeteiligte und deren Vertreter an der Vernehmung beteiligen und bei Anwesenheit im Verfahren auch ihr Frage-recht bei der Vernehmung ausüben.⁶¹¹

Sofern der Beschuldigte noch keinen Vertreter hat, muss ihn das Gericht vor der Vernehmung informieren bzw dahingehend belehren, dass der Beistand eines Verteidigers sinnvoll wäre und auch die Möglichkeit besteht, Verfahrenshilfe zu beantragen.⁶¹² Erfolgt keine Belehrung des Beschuldigten, ist die Vernehmung gesetzwidrig und kann der Beschuldigte beantragen, dass das Protokoll nicht verlesen wird.⁶¹³

c) Technik

Für die Räumlichkeiten, in denen eine kontradiktorische Vernehmung vorgesehen ist, sind entsprechende technische Hilfsmittel, also audiovisuelle Aufnahmegeräte erforderlich.⁶¹⁴ Neben ferngesteuerten Kameras und DVD-Player, die zur Aufzeichnung der Opferaussagen nötig sind, bedarf es einer Installation von Grenzflächenmikrophonen, samt Headsets als Audio-Unterstützung. Die Headsets ermöglichen eine erforderliche Kommunikation zwischen den Verhandlungs- und Zeugenschutzraum.⁶¹⁵

I. EXKURS: Neuerungen durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016

1. Allgemeines

Mit dem StPRÄG I 2016⁶¹⁶ wurden die Opfer- und Beschuldigtenrechte weiter ausgebaut, indem dazu Rechtsakte der Europäischen Union umgesetzt wurden. Betreffend den Opferschutz wurde die RL Opferschutz durch das StPRÄG I 2016 in nationales Recht umgesetzt.

⁶¹⁰ Vgl § 157 Abs 1 Z 1 StPO; *Bertel/Venier*, StPO § 157 StPO Rz 7 *Pilnacek/Pleischl*, Vorverfahren 139.

⁶¹¹ Vgl § 165 Abs 2 StPO; *Bertel/Venier*, StPO § 165 StPO Rz 4.

⁶¹² *Bertel/Venier*, StPO § 165 StPO Rz 4; aA Rsp 11 Os 91/10g, 13 Os 150/09x = EvBl 2010/63.

⁶¹³ 12 Os 33/11m.

⁶¹⁴ *Bruckmüller/Friedrich*, RZ 2008, 97.

⁶¹⁵ *Bertel/Venier*, StPO § 165 StPO Rz 7; *Bruckmüller/Friedrich*, RZ 2008, 97.

⁶¹⁶ BGBl I 2016/26.

Hinsichtlich der Beschuldigtenrechte wird durch die RL der Verfahrensbeistand⁶¹⁷ teilweise ausgebaut und durch das StPRÄG II 2016⁶¹⁸ vollständig umgesetzt, welches mit 1.1.2017 in Kraft getreten ist. Darin wurde eine gesetzliche Grundlage für die Diversion im Erwachsenenstrafrecht geschaffen sowie die Kronzeugenregelung in ihrer bisherigen Fassung außer Kraft gesetzt.⁶¹⁹

2. Ausbau der Opfer- und Beschuldigtenrechte

Durch die Umsetzung der RL Opferschutz ins nationale Recht wurden im Bereich der Opfer- und Beschuldigtenrechte einige Neuerungen bzw Änderungen vorgenommen, die in der Folge demonstrativ dargestellt werden.

a) Erweiterung des Opferbegriffs

Die Erweiterung des Opferbegriffs ist ausschlaggebend für die psychosoziale und juristische Prozessbegleitung. Der Anlassfall des besonders traumatisierten Opfers wurde erweitert durch die „Ausnützung eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses“, dies unter Ausnützung einer Autoritätsstellung oder einer Zwangslage oder zum Nachteil eines minderjährigen Opfers durch einen Elternteil oder eine andere Person, deren Obhut das Opfer untersteht.⁶²⁰

Die Angehörigen einer getöteten Person wurden um den Begriff der „sonstigen Unterhaltsberechtigten“ ergänzt. Somit fallen auch ehemalige Ehegatten oder eingetragene Partner, die nach der Scheidung bzw Auflösung der eingetragenen Partnerschaft einen Unterhaltsanspruch gegen die getötete Person hatten, unter diese Opferkategorie.⁶²¹

Auch sind die Opfer von der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft über die neuen Rechte zu informieren. Generell hat die Verständigung an das Opfer in einer Sprache zu erfolgen, die es auch tatsächlich versteht. Auch muss die Information in einer verständlichen Art und Weise unter Berücksichtigung der persönlichen Bedürfnisse des Opfers erfolgen.⁶²²

⁶¹⁷ Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu deinem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl L 2013/294, 1 von 6.11.2013; *Radasztics/Sackmann*, Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016, ZWF 2016/4, 142.

⁶¹⁸ Vgl BGBl I 2016/121; 192/ME 25. GP.

⁶¹⁹ *Adrian*, Aktuelle Gesetzesänderungen 2017, RWZ 2017, 6.

⁶²⁰ Vgl § 65 Z 1 lit a StPO; *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 864.

⁶²¹ Vgl § 65 Z 1 lit b StPO; *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 864.

⁶²² Vgl § 70 Abs 1 StPO; *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 865.

b) Besonders schutzwürdige Opfer

Aufgrund der RL Opferschutz steht nun allen Opfern das Recht auf ehestmögliche Beurteilung und Feststellung ihrer „besonderen Schutzbedürftigkeit“ zu.⁶²³ Zu den „besonders schutzwürdigen Opfern“ zählen Sexualdeliktsoffer, minderjährige Opfer⁶²⁴ und Gewaltopfer in Wohnungen⁶²⁵. Bei allen anderen Opfern kann sich die besondere Schutzwürdigkeit aus den vom Gesetzgeber taxativ aufgezählten objektiven Kriterien⁶²⁶ ergeben.⁶²⁷

Auch soll die polizeiliche Vernehmung der besonders schutzwürdigen Opfer im Ermittlungsverfahren von einer Person des gleichen Geschlechtes vernommen werden.⁶²⁸

Besonders schutzbedürftige Opfer sind von der Freilassung⁶²⁹ bzw der Flucht⁶³⁰ des Beschuldigten zu verständigen. Das Opfer muss nach § 66a Abs 2 Z 5 StPO von Amts wegen vor der Entlassung des Beschuldigten aus der Verwahrungs- und Untersuchungshaft informiert werden.⁶³¹

c) Beschuldigtenrechte

Mit dem StPRÄG I 2016 kam es bei den Beschuldigtenrechten zum Ausbau des Rechtsschutzes, deren teilweise Umsetzung mit der RL Rechtsbeistand⁶³², und die vollständige Umsetzung und das In Kraft treten mit dem StPRÄG II 2016 am 1.11.2016 erfolgte.

Neben der nunmehr bestehenden Verpflichtung, den Verzicht auf Beschuldigtenrechte schriftlich zu dokumentieren, wird auch die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Rechtsbeistand in die bisherige Rechtslage implementiert.⁶³³ Als unzulässig wird nunmehr die überwachte Kommunikation des Beschuldigten mit seinem Verteidiger erachtet.

Weiters sind die Tatsache der notwendigen Verteidigung sowie die effektive Mitwirkung des Verteidigers an der Vernehmung rechtlich zu gewährleisten. Mit der Einvernahme des

⁶²³ Vgl §§ 66 Abs 1 Z 1b, 66a Abs 1 StPO; *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 864.

⁶²⁴ Vgl § 66a Abs 1 Z 1 bis 3 StPO.

⁶²⁵ Vgl § 38a SPG.

⁶²⁶ zB Alter, seelischer sowie gesundheitlicher Zustand des Opfers, Art und konkrete Umstände der Straftat.

⁶²⁷ *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 864.

⁶²⁸ Vgl § 66a Abs 2 Z 1 StPO; *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 865.

⁶²⁹ § 66a StPO.

⁶³⁰ § 181a StPO.

⁶³¹ *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 865 f.

⁶³² Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzuges, ABl L 2013/294, 1 vom 6.11.2013.

⁶³³ *Klein/Prior*, ÖJZ 2016/116, 867.

Beschuldigten ist bis zum Eintreffen des Verteidigers entsprechend zuzuwarten, längstens jedoch drei Stunden.⁶³⁴ Nach Abschluss der Vernehmung ist dem Verteidiger ein umfassendes Fragerecht zum Sachverhalt und den Fakten einzuräumen.⁶³⁵

d) Kontradiktorische Vernehmung

Durch das StPRÄG I 2016 wurden gesetzliche Neuerungen bei der schonenden Vernehmung nach den §§ 165, 250 Abs 3 StPO vorgenommen.⁶³⁶

Das Recht auf eine kontradiktorische Vernehmung, auch durch einen Sachverständigen, wurde auf alle besonders schutzbedürftigen Opfer oder sonstige Zeugen nach den Kriterien des § 66a StPO ausgedehnt.⁶³⁷ Zwingend ist eine schonende Vernehmung dann vorgesehen, sofern es sich um ein minderjähriges Opfer eines Sexualdeliktes handelt.⁶³⁸

Eine Vernehmung ist dann als schonend zu bezeichnen, sofern sie mittels Verwendung technischer Wort- und Bildübertragung durchgeführt wird, die den Beteiligten die Ausübung des Fragerechtes sowie die Mitverfolgung der Vernehmung, ohne dabei anwesend zu sein, ermöglicht.⁶³⁹ Sofern eine kontradiktorische Vernehmung mittels Ton- oder Bildaufnahme erfolgt, ist die Aufnahme unverzüglich in Vollschrift zu übertragen und diese Abschrift dem Ermittlungsakt beizulegen.⁶⁴⁰

Anderes gilt jedoch für Opfer eines Sexualdeliktes, denn in diesen Fällen ist die Abschrift nicht beim Akt abzulegen, sondern vom Gericht separat zu verwahren. Nach Einbringen der Anklage ist die Ton- oder Bildaufnahme dem zuständigen Gericht zu übermitteln, damit die Aufnahme dort in der Hauptverhandlung abgespielt werden kann. Die Herausgabe einer Kopie der Ton- und Bildaufnahme ist nicht zulässig.⁶⁴¹

3. Ausblick auf bevorstehende StPO-Novellen

Mit dem StPRÄG I 2016 trat nicht nur das StPRÄG II 2016 in Kraft, sondern wurde auch eine Begutachtung eines Ministerialentwurfs zur Lösung des Themas hinsichtlich der Über-

⁶³⁴ Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 867.

⁶³⁵ Vgl § 164 Abs 2 StPO.

⁶³⁶ Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 865.

⁶³⁷ Vgl § 165 Abs 4 S 2 StPO; Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 865.

⁶³⁸ Vgl § 165 Abs 3 StPO; Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 865.

⁶³⁹ Vgl § 165 Abs 3 StPO.

⁶⁴⁰ Vgl § 165 Abs 5a StPO; Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 866.

⁶⁴¹ Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 866; vgl § 52 StPO.

wachung von Nachrichten, die im Weg eines Computersystems übermittelt werden, beauftragt.⁶⁴²

Durch den immer rasanteren Fortschritt der technischen Kommunikationsmittel kam es in den letzten Jahren selbstverständlich auch zu einer enormen Veränderung des Kommunikationsverhaltens der Gesellschaft. Das alltägliche Benützen eines Smartphones bringt selbstverständlich auch mit sich, dass die dabei übertragenen und internetbasierten Daten zB Sprach- oder Textnachrichten über WhatsApp, zu verschlüsseln und zu sichern sind. Diese Entwicklung des Kommunikationsverhaltens zeigt, dass das Verfassen einer Kurznachricht mittels SMS der Vergangenheit angehört.

Fakt ist, dass derartige internetbasierte Kommunikationsmöglichkeiten zB Telefonie über Skype, unter der Verwendung von entsprechender Verschlüsselungssoftware, eine erstaunliche praktische Bedeutung als eine neue Form der Kommunikation darstellen.

Dies kann auch nicht geleugnet werden und daher wird mit dem Ministerialentwurf⁶⁴³ vorgeschlagen, dass es einer notwendigen Vervollständigung dieser neuen Arten der Kommunikation, die möglicherweise unter der Verwendung von Verschlüsselungssoftware zuzuordnen sind, zu den bereits vorhandenen Ermittlungsmaßnahmen erforderlich ist.⁶⁴⁴

Kritisiert wurde der Ministerialentwurf von den Datenschutzinstitutionen, die ihre Bedenken dahingehend äußerten, dass der Begutachtungsentwurf zur Überwachung von Nachrichten, die im Weg eines Computersystems übermittelt werden, einer „Onlinedurchsuchung“ gleichkommt.⁶⁴⁵

Der OGH hingegen spricht sich jedoch positiv gegenüber dem Ministerialentwurf aus und betont, dass keine Systemwidrigkeiten oder unverhältnismäßigen Eingriffe in Grundrechte vorliegen. Dem OGH zufolge liegt zwischen dem Ministerialentwurf und dem § 135 StPO⁶⁴⁶ eine thematische Nähe hinsichtlich der Überwachung von Nachrichten vor.

⁶⁴² Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 869.

⁶⁴³ 201/ME 25. GP.

⁶⁴⁴ Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 869.

⁶⁴⁵ Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 869.

⁶⁴⁶ Bertel/Venier, StPO § 135 StPO.

Der § 135 Abs 3 StPO zielt darauf ab, Telefongespräche, Faxnachrichten, Funksprüche und E-Mails abzuhören, abzufangen oder aufzuzeichnen, diese also „inhaltlich“ zu überwachen.⁶⁴⁷ Die Überwachung bezieht sich auf Daten und Nachrichten, sofern sie beim Betreiber bzw Anbieter abrufbar sind oder solange sie sich auf dem Übertragungsweg befinden. Daten und Nachrichten die schon beim Empfänger eingelangt, zB auf seinem Anrufbeantworter, Organizer, seiner SIM-Karte, seinem Computer gespeichert sind, fallen nicht darunter.⁶⁴⁸ Eine Sicherstellung der Anrufbeantworter, Computer usw können nach allgemeinen Regeln vorgenommen werden.

Die Zulässigkeit einer solchen „Nachrichtenüberwachung“ – ohne die Zustimmung des Anschlussinhabers – ist gegeben, sofern sie wahrscheinlich zur Aufklärung eines Delikts nach §§ 278 - 278b StGB oder zur Aufklärung oder Verhinderung gewisser anderer Delikte beitragen wird.

Wie bereits erwähnt, wird es künftig jedoch unumgänglich sein, die unterschiedlichen internetbasierten Kommunikationsmöglichkeiten in die Rechtsordnung entsprechend zu integrieren.

⁶⁴⁷ Bertel/Venier, StPO § 135 StPO Rz 6.

⁶⁴⁸ Vgl 325/ME 25.GP; Bertel/Venier, StPO § 135 StPO Rz 7; Fabrizio, StPO und wichtige Nebengesetze¹² (2014) § 134 StPO Rz 5.

VIII. Der Geheimnisschutz im Beweisrecht

A. Allgemeines

Wie bereits eingangs dargestellt, ist unter dem Geheimnisschutz im Beweisrecht zweierlei zu verstehen: einerseits der „Schutz von vertraulichen Informationen“ und andererseits der „Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen“.

In Österreich wird der Geheimnisschutz in unterschiedlichen gesetzlichen Bestimmungen geregelt.⁶⁴⁹ Die zentralen Bestimmungen befinden sich im UWG⁶⁵⁰ und im StGB⁶⁵¹, welche jedoch keine Legaldefinition zum Geheimnisbegriff vorsehen.

Die Lehre⁶⁵² fasst für den Geheimnisbegriff mehreren Kriterien zusammen: Unternehmensbezug, Zugänglichkeit für einen begrenzten Personenkreis, subjektiver Geheimhaltungswille des Unternehmens und objektives wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung.

Die Rsp⁶⁵³ trifft folgende Definition: Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen oder Erkenntnisse kommerzieller oder technischer Art, die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt sind, nicht über diesen Kreis hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung ein wirtschaftliches Interesse besteht.

Würde die Urkundenvorlage ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis verletzen, so ist durch die Genehmigung eines Vorlageverweigerungsrechtes vorrangig der „Schutz vertraulicher Informationen“ einzuhalten.⁶⁵⁴ Im österr ZPO unterliegen die Unternehmensgeheimnisse einem absoluten Schutz, daher wird der Geheimnisträger davor bewahrt, sein Geheimnis dem Gegner zu offenbaren.⁶⁵⁵

⁶⁴⁹ Schramböck, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in Österreich mit Exkurs zur Rechtslage in den USA (2002) 6.

⁶⁵⁰ Vgl §§ 11, 12 UWG.

⁶⁵¹ Vgl §§ 122 – 124 StGB.

⁶⁵² Frenzel, Betriebsgeheimnis versus Patent (2009) 29.

⁶⁵³ OGH 25.5.2003, 9 ObA 122/01a; OGH 25.6.2003, 9 ObA 66/03°; OGH SSt 7/6; SSt 9/57; SSt 41/32.

⁶⁵⁴ Der Schutz vertraulicher Informationen wird auch im Art 6 Abs 1 Enforcement-RL genannt; vgl § 122 StGB.

⁶⁵⁵ Schumacher, Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 123 (2010) 291.

B. Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

1. Begriff

Die österr ZPO verwendet im Zusammenhang mit den Unternehmensgeheimnissen die Begriffe des „Kunst- und Geschäftsgeheimnisses“. Für den Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses hat der Gesetzgeber somit keine Legaldefinition vorgesehen, mit Hilfe der Lehre und Rsp unterliegen diese beiden Begriffe, die rechtlich durchaus gleich behandelt werden können, einer Standardformulierung, basierend auf der gesetzlichen Grundlage des strafrechtlichen Schutzes der Unternehmensgeheimnisse:⁶⁵⁶

Das Geheimnis hat folgende Merkmale aufzuweisen:⁶⁵⁷

- Unternehmensbezogene Tatsachen: das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis hat einen konkreten Bezug zum Unternehmen aufzuweisen. Es muss in jedem Fall ein Unternehmensbezug vorliegen.⁶⁵⁸
- Mangelnde Bekanntheit und Offenkundigkeit: sind Tatsachen nicht gegenüber jedermann bekannt, so unterliegen sie einem beschränkten bzw bestimmten Personenkreis und sind nicht für jeden zugänglich. Wären sie öffentlich zugänglich und könnten somit von unzähligen Personen wahrgenommen werden, handelt es sich dabei um kein Geheimnis im rechtlichen Sinne. Als nicht offenkundig gelten Tatsachen dann, sobald sich ein Fachmann, der die dafür nötigen und durchschnittlichen Kenntnisse und Fähigkeiten hat und sich mit den erlaubten Mitteln ohne größere Anstrengung, Informationen über den Inhalt der Tatsache verschaffen kann.⁶⁵⁹
- Geheimhaltungswille (des Betroffenen): die Person bzw der Betroffene, deren Geheimnis geschützt wird bzw werden soll, darf die Information gar nicht oder nur einem klar begrenzten Personenkreis bekanntgeben. Für den Geheimhaltungswillen bedarf es keiner ausdrücklichen Willenserklärung, da er sich zumeist aus den Umständen heraus ergibt.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ Vgl § 11 UWG zum Missbrauch anvertrauter Vorlagen, §§ 122 – 124 StGB zur Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses.

⁶⁵⁷ Garber, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Zivilprozess – ein Überblick, ÖJZ 2012, 642; Schramböck, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (2002) 6 ff; Schneider, Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch? ÖJZ 2013, 149; Schneider, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, ecolx 2011, 96.

⁶⁵⁸ Schramböck, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (2002) 6.

⁶⁵⁹ Schramböck, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (2002) 7 f.

⁶⁶⁰ Vgl 4 Ob 394/86 ÖBl 1988; Schramböck, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (2002) 8 f.

- Geheimhaltungsinteresse: der Geheimnisinhaber muss ein objektives berechtigtes wirtschaftliches sowie wettbewerblich erhebliches Interesse an der Geheimhaltung der Tatsachen haben.⁶⁶¹

Unter einem Geschäftsgeheimnis werden Informationen verstanden, die sich auf wirtschaftliche Vorgänge beziehen. Als Geschäftsgeheimnisse können zB Gehaltsmodelle von Betrieben, Umsatzhöhe oder der Reingewinn eines Betriebes genannt werden.⁶⁶²

Unter einem Betriebsgeheimnis werden alle technischen, produkt- und produktionsbezogene Informationen verstanden, die mit dem technischen Bereich bzw dem technischen Wissen eines Unternehmens erfasst sind.⁶⁶³

2. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

a) Ausschluss der Öffentlichkeit

Zur Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Rahmen der Beweisaufnahme, kann die Volksöffentlichkeit und ein (teilweiser) Ausschluss der Parteiöffentlichkeit vorgenommen werden.

Nach Art 90 B-VG sind Verhandlungen in Zivilrechtssachen öffentlich, in der mündlichen Verhandlung gilt der Grundsatz der Öffentlichkeit. Der rechtliche Anspruch auf ein faires Verfahren, in dem man öffentlich gehört wird und das Urteil auch öffentlich verkündet wird, wird nach Art 6 EMRK jedermann gewährt. Die gesetzlich geregelten Einschränkungen bzw die Ausnahmen vom Grundsatz der Volksöffentlichkeit müssen daher mit dem Grundsatz des Rechtes auf ein faires Verfahren im Einklang stehen. Wird die Öffentlichkeit vom Verfahren zu Unrecht ausgeschlossen, kann ein Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden.⁶⁶⁴

Im Zivilprozess kann der Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 172 ZPO vorgenommen werden: Wenn durch sie die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint, oder wenn die begründet Besorgnis besteht, dass die Öffentlichkeit der Verhandlung zum Zwecke der Störung der Verhandlung oder der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung

⁶⁶¹ Schramböck, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (2002) 9 ff.

⁶⁶² Frauenberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze² III § 321 Rz 50.

⁶⁶³ Garber, ÖJZ 2012, 640.

⁶⁶⁴ Vgl § 477 Abs 1 Z 7 ZPO.

missbraucht werden würde;⁶⁶⁵ wenn zum Zwecke der Entscheidung des Rechtsstreites Tatsachen des Familienlebens erörtert und bewiesen werden müssen;⁶⁶⁶ entweder für die ganze Verhandlung oder für einzelne Teile; kein Ausschluss bei der Urteilsverkündung. Wird die Öffentlichkeit von der Verhandlung ausgeschlossen, ist die öffentliche Verlautbarung des Inhaltes der Verhandlung untersagt.⁶⁶⁷

Im österr Zivilprozess findet sich der Ausschluss der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in keiner gesetzlichen Regelung wieder, vielmehr wird in unterschiedlichen Gesetzesbestimmungen⁶⁶⁸ auf die Möglichkeit verwiesen, einen Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren vorzunehmen, sofern eine Gefährdung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses vorliegt. Bei Markenrechtsverletzungen nach dem UWG können Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche mittels zivilrechtlicher Ansprüche geltend gemacht werden.⁶⁶⁹

Im österr Strafprozess kann mittels Beschluss des Schöffengerichtes die Öffentlichkeit – von Amts wegen oder auf Antrag - von der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden, sofern ein Überwiegen schutzwürdiger Interessen vorhanden ist.⁶⁷⁰ Der Verfahrensbeteiligte oder das Opfer können bei folgenden Umständen einen entsprechenden Antrag auf Öffentlichkeitsausschluss stellen:⁶⁷¹ wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit; vor Erörterung des persönlichen Lebens- oder Geheimnisbereiches eines Angeklagten, Opfers, Zeugen oder Dritten; zum Schutz der Identität eines Zeugen oder eines Dritten aus den in § 162 StPO⁶⁷² angeführten Gründen.

⁶⁶⁵ Vgl § 172 Abs 1 ZPO.

⁶⁶⁶ Vgl § 172 Abs 2 ZPO; Parteienantrag.

⁶⁶⁷ Vgl § 172 Abs 3 ZPO.

⁶⁶⁸ Vgl § 47 KartG; § 67e AVG; § 26 UWG.

⁶⁶⁹ *Schöberl*, Beweis des Gegenteils und Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dargestellt am Beispiel des § 155 PatG, ÖJZ 2005, 290.

⁶⁷⁰ Vgl § 229 Abs 2 StPO.

⁶⁷¹ Vgl § 229 Abs 1 StPO.

⁶⁷² Anonyme Aussage: Ist auf Grund bestimmter Tatsachen zu befürchten, dass der Zeuge sich oder einen Dritten durch die Bekanntgabe des Namens und anderer Angaben zur Person (§ 161 Abs 1) oder durch die Beantwortung von Fragen, die Rückschlüsse darauf zulassen, einer ernsten Gefahr für Leben, Gesundheit, körperlicher Unversehrtheit oder Freiheit aussetzen würde, so kann ihm gestattet werden, solche Fragen nicht zu beantworten. In diesem Fall ist auch zulässig, dass der Zeuge seine äußere Erscheinung derart verändert, dass er nicht wieder erkannt werden kann. Es ist ihm jedoch nicht gestattet, sein Gesicht derart zu verhüllen, dass sein Mienenspiel nicht soweit wahrgenommen werden kann, als dies für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit seiner Aussage unerlässlich ist.

Mittels Beschluss kann auch der deutsche Gesetzgeber die Öffentlichkeit vom Verfahren ausschließen, wenn: ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis zur Sprache kommt, durch dessen öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt werden.⁶⁷³

Wird die Öffentlichkeit vom Verfahren ausgeschlossen, kann den anwesenden Personen ein Geheimhaltungsgebot hinsichtlich der in der Verhandlung gehörten oder gelesenen Tatsachen auferlegt werden.⁶⁷⁴

b) Aussageverweigerungsrecht

Sowohl für Zeugen⁶⁷⁵ als auch für Parteien⁶⁷⁶ besteht ein Aussageverweigerungsrecht betreffend Fragen des Gerichtes, die sich auf ein Kunst-, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis beziehen würden.

Die gesetzliche Regelung der Aussageverweigerungsgründe für Zeugen ist eine taxative, denn nur in den § 321 ZPO aufgezählten Gründen, kann der Zeuge die Beantwortung einzelner Fragen verweigern.⁶⁷⁷ Eine vollständige Aussageverweigerung des Zeugen vor Gericht würde somit diesem gesetzlichen Tatbestand widersprechen.

Nach erfolgter Rechtsbelehrung obliegt es dem Zeugen zu entscheiden, hinsichtlich welcher unternehmensbezogenen Fragen er seine Aussage verweigern möchte.⁶⁷⁸ Über die Rechtmäßigkeit dieses Weigerungsrechtes entscheidet das Gericht wiederum mittels Beschluss, der jedoch nicht gesondert anfechtbar ist.⁶⁷⁹ Widerspricht eine der Parteien dem Aussageverweigerungsrecht des Zeugen hinsichtlich eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses, trifft diesen eine Bescheinigungspflicht der Gründe seiner Aussageverweigerung.⁶⁸⁰

Nach § 321 Abs 1 Z 5 ZPO ist das Betriebsgeheimnis vom Anwendungsbereich des Aussageverweigerungsrechtes des Zeugen ausgenommen bzw nicht explizit angeführt. Eine Einordnung des Betriebsgeheimnisses als Kunst- oder Geschäftsgeheimnis ist jedoch möglich.⁶⁸¹

⁶⁷³ Vgl § 172 Z 2 GVG.

⁶⁷⁴ Vgl § 174 Abs 3 GVG.

⁶⁷⁵ Vgl § 321 Abs 1 Z 5 ZPO.

⁶⁷⁶ Vgl § 380 Abs 1 ZPO iVm § 321 Abs 1 Z 5 ZPO.

⁶⁷⁷ *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 805.

⁶⁷⁸ *Frauenberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 321 Rz 51.

⁶⁷⁹ Vgl § 324 Abs 1 iVm § 349 Abs 1 ZPO; *Garber*, ÖJZ 2012, 645.

⁶⁸⁰ *Frauenberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 321 Rz 3.

⁶⁸¹ *Frauenberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 321 Rz 2.

ME wäre es widersprüchlich, das Betriebsgeheimnis vom Aussageverweigerungsrecht auszunehmen, denn gerade dieser umfassende Schutz hinsichtlich der Geschäfts-, Betriebsgeheimnisses sowie der Kunstgeheimnisse, sollen vor allem den Geheimnisinhaber im Zivilprozess vor den Gegnern erfolgreich schützen. Der zivilprozessuale Schutz soll keiner Einschränkung der unternehmensbezogenen Geheimnisse unterliegen.

Nach § 380 Abs 1 S 1 ZPO werden für das Aussageverweigerungsrecht der Partei dieselben gesetzlichen Regelungen angewandt wie für das Aussageverweigerungsrecht der Zeugen. Auch die Partei kann nach erfolgter Rechtsbelehrung über die gesetzlich möglichen Entschuldigungsgründe von der Verweigerung der Aussage Gebrauch machen.⁶⁸² Auch für die Verweigerung zur Beantwortung einzelner Fragen vor Gericht kann sich die Partei dann entscheiden, sofern eine Offenlegung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses gefährdet wird.⁶⁸³ Ein vom Gericht gerechtfertigter Aussageverweigerungsgrund darf nicht in die Beweiswürdigung aufgenommen werden. Folglich führt das rechtmäßige Recht zur Verweigerung der Aussage zu einem Ausschluss eines Beweismittels.⁶⁸⁴

c) Urkundenvorlageverweigerungsrecht

Mittels Gerichtsbeschluss kann dem Antrag einer Partei auf Herausgabe einer Urkunde des Gegners zur Vorlage der Urkunde als Beweisführung, stattgegeben werden. Der Inhalt der Urkunde hat der antragstellenden Partei möglichst genau und vollständig bekannt zu sein sowie die Kenntnis des Umstandes, durch welchen der Gegner der Besitzer der vorzulegenden Urkunde ist.⁶⁸⁵

In den nach § 304 ZPO genannten Fällen kann die gegnerische Partei von einem Urkundenvorlageverweigerungsrecht keinen Gebrauch machen, da es sich dabei um die unbedingte Urkundenvorlagepflicht handelt.⁶⁸⁶ Bei allen anderen Fällen handelt es sich um eine bedingte Vorlagepflicht.

Ein Urkundenvorlageverweigerungsrecht besteht aber nach § 305 ZPO, die Gründe dafür sind im Gesetz taxativ aufgezählt. Im Zusammenhang mit einem Kunst- oder Geschäftsgeheimnis kann deren Vorlage durch die Partei dann verweigert werden, wenn die Urkunde eine

⁶⁸² Vgl § 380 Abs 1 iVm § 339 Abs 1 ZPO.

⁶⁸³ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1024.

⁶⁸⁴ *Schneider*, ÖJZ 2013, 150.

⁶⁸⁵ Vgl § 303 ZPO.

⁶⁸⁶ *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 800.

staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der sie nicht gültig entbunden wurde, verletzen würde.⁶⁸⁷

Nicht nur betreffend der Geschäfts- sowie Betriebsgeheimnisse des eigenen Unternehmens der Partei können zu einer Vorlageverweigerung führen, sondern auch die Unternehmensgeheimnisse eines Dritten, die ausdrücklich durch die Partei geltend zu machen sind.⁶⁸⁸ In bestimmten Fällen ist auch eine Bescheinigung bzw die Vorlage eines beglaubigten Auszuges der Urkunde vorzulegen.⁶⁸⁹ Mittels Beschluss entscheidet das Gericht über die Rechtmäßigkeit der beantragten Verweigerung, der jedoch nicht gesondert anfechtbar ist.⁶⁹⁰ Nach hL darf sich eine Würdigung der berechtigten Vorlageverweigerung nicht nachteilig auf die vorlageverweigernde Partei auswirken.⁶⁹¹

Nach *Garber*⁶⁹² obliegt eine ungerechtfertigte Vorlageverweigerung im Ermessen der richterlichen Entscheidung und somit einer freien gerichtlichen Würdigung. Nachteilig wird sich aber auf die vorlageverweigernde Partei die Nichtbefolgung des Vorlageauftrages auswirken.

3. Schutz von Berufsgeheimnissen im Strafprozess

a) Allgemeines

Immer wieder ist der Geheimnisschutz mit dem Strafverfolgungsinteresse, das den Geheimnisschutz überwiegt, in Verbindung zu bringen. Vom Umfang des Geheimnisschutzes der StPO sind weder sämtliche Geheimnisse noch alle beruflichen Verschwiegenheitspflichten erfasst.⁶⁹³

b) Grenzen des Aussageverweigerungsrechtes

Mit dem Geheimnisschutz der StPO sind besonders die „Aussageverweigerungsgründe“ nach § 157 Abs 1 Z 2 – 4 StPO zu beachten, da sie bestimmte Berufsgruppen zur Verweigerung der Aussage aufgrund der berufsrechtlichen Bestimmungen berechtigen.

⁶⁸⁷ Vgl § 305 Z 5 ZPO; *Garber*, ÖJZ 2012, 651.

⁶⁸⁸ *Kodek in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 305 Rz 11.

⁶⁸⁹ Vgl § 306 ZPO-

⁶⁹⁰ Vgl § 319 Abs 2 ZPO; *Kodek in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 305 Rz 11.

⁶⁹¹ *Schumacher*, ZJP 123 (2010) 288; *Schneider*, ÖJZ 2013, 150; *Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ §§ 305 f Rz 3; aA *Oberhammer*, Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZJP 113 (2000) 325; *Kodek in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 305 Rz 17.

⁶⁹² Vgl § 307 Abs 2 ZPO; *Garber*, ÖJZ 2012, 651; *Kodek in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 305 Rz 15.

⁶⁹³ *Stricker*, Schutz von Berufsgeheimnissen – Zum Widerspruch nach § 112 StPO, ÖJZ 2016/77, 539.

Die sachlichen Grenzen⁶⁹⁴ und die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht bestimmter „geschützter beruflicher Tätigkeiten“ sind klar definiert.⁶⁹⁵ So sind vom Aussageverweigerungsrecht nur diejenigen Informationen erfasst, die der Berufsheimnisträger im Rahmen seiner beruflichen Eigenschaft wahrnimmt. Diese Informationen erfordern somit den Schutz durch das Aussageverweigerungsrecht.⁶⁹⁶

Als zufälliger Zeuge einer Straftat hat zB der Rechtsanwalt in jedem Fall vor Gericht auszusagen.⁶⁹⁷ Wird zB ein Berufsheimnisträger als Aufsichts- oder Stiftungsrat eingesetzt, kommt ihm hier kein Aussageverweigerungsrecht zu, denn diese Tätigkeit steht in keinem Zusammenhang mit der rechtsberatenden Tätigkeit.⁶⁹⁸ Hier überwiegt somit das Interesse der Wahrheitsfindung und nicht die schützenswerten Informationen im Rahmen eines Aussageverweigerungsrechtes.

Es ist auch ungeklärt, inwieweit ein Berufsheimnisträger als bloßer Verwahrer von Urkunden oder Unterlagen, dem Aussageverweigerungsrecht unterliegt. Nach *Stricker*⁶⁹⁹ besteht in der Tätigkeit der Dokumentenverwahrung keine rechtsberatende oder –vertretende Tätigkeit, sodass ein Aussageverweigerungsrecht nicht besteht. Sobald der Berufsheimnisträger den Inhalt der Dokumente kennt, muss er über sämtlichen darin befindlichen Informationen aussagen.

Die Situation ist jedoch anders zu beurteilen, wenn der Berufsheimnisträger im Rahmen seiner Rechtsberatung die Unterlagen verwahrt, sie dadurch besitzt und zu den Informationen darin gelangt.⁷⁰⁰

⁶⁹⁴ *Stricker*, ÖJZ 2015/44, 312.

⁶⁹⁵ Berufsgruppen: Verteidiger, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Verfahrensanwälte in Untersuchungsausschüssen des Nationalrates, Notare und Wirtschaftstreuhänder sowie Fachärzte für Psychiatrie, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer, eingetragene Mediatoren nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz und Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist, oder Medieninhaber (Herausgeber), Medienmitarbeiter und Arbeitnehmer eines Medienunternehmens oder Mediendienstes über Fragen, welche die Person des Verfassers, Einsenders oder Gewährsmannes von Beiträgen und Unterlagen betreffen oder die sich auf Mitteilungen beziehen, die ihnen im Hinblick auf ihre Tätigkeit gemacht wurde.

⁶⁹⁶ *Stricker*, ÖJZ 2015/44, 313.

⁶⁹⁷ *Hinterhofer*, Zeugenschutz und Zeugnisverweigerungsrechte im österr Strafprozess (2004) 375.

⁶⁹⁸ *Stricker*, ÖJZ 2015/44, 313.

⁶⁹⁹ *Stricker*, ÖJZ 2015/44, 313 f.

⁷⁰⁰ *Stricker*, ÖJZ 2015/44, 313 f.

Hinsichtlich des Aussageverweigerungsrechtes des Verteidigers, der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare oder Wirtschaftstreuhänder besteht nach § 157 Abs 2 StPO ein „Umgehungsverbot“, das an das Aussageverweigerungsrecht anknüpft und kein unmittelbares Beweisverbot darstellt.⁷⁰¹ danach dürfen von den Strafverfolgungsbehörden weder Unterlagen oder Datenträger mit entsprechenden verwertbaren Informationen sichergestellt noch beschlagnahmt werden, sofern daran ein Aussageverweigerungsrecht besteht. Werden Unterlagen jedoch zur bloßen Verwahrung übergeben, kann eine problemlose Sicherstellung erfolgen, da kein Aussageverweigerungsrecht besteht. Werden Unterlagen im Zuge einer Rechtsberatung übergeben, handelt es sich um keine Umgehung, obwohl ein Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich der aus den Unterlagen ersichtlichen Informationen besteht. Ein Eingriff in eine geschützte Vertrauenssphäre besteht nicht, da die Unterlagen keine Beweismittel darstellen, die im Rahmen einer vertrauensvollen Anbahnung geschaffen wurden. Erforderliche Beweise sollen durch die Sicherstellung nicht immunisiert werden.

Es ist auch von einer Einvernahme der Personen, die als Hilfskräfte oder zur Ausbildung an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, Abstand zu nehmen.

Bei einer Verletzung dieses Aussageverweigerungsrechtes kann der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 3 oder Z 3 StPO geltend gemacht werden.

c) Berufsgeheimnisträger als Zeuge

Wie bereits dargestellt, sind Personen, die als Vertreter in Rechtssachen in Betracht kommen, der Gruppe der zur Aussageverweigerung berechtigten Berufsgeheimnisträger zuzurechnen. Somit gerät der rechtsberatende Berufsgeheimnisträger in eine sogenannte Pflichtenkollision, sofern er als Zeuge vor Gericht geladen wird.⁷⁰²

Selbstverständlich kann zB der Rechtsanwalt keine Informationen bekanntgeben, die er in Ausübung seiner Rechtstätigkeit zB von seinem Mandanten erhalten hat. Er unterliegt seiner berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht.

Zur Sicherung des Geheimnisschutzes im Strafprozess wird das Aussageverweigerungsrecht durch ein Umgehungsverbot⁷⁰³ abgesichert. Somit besteht für Strafverfolgungsbehörden kein Zugriffsrecht⁷⁰⁴ auf Informationen, deren Aussage gesetzlich verweigert werden kann.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ Stricker, ÖJZ 2016/77, 539; ders, ÖJZ 2015/44, 312, 314 f.

⁷⁰² Vgl § 157 Abs 1 Z 2 StPO; Stricker, Der Berufsgeheimnisträger als Zeuge, ÖJZ 2015/44, 311.

⁷⁰³ Vgl § 157 Abs 2 StPO; Stricker, ÖJZ 2015/44, 312, 314 f.

⁷⁰⁴ ZB Sicherstellung oder Beschlagnahme von Unterlagen oder Informationen die auf Datenträger gespeichert sind.

C. Know-How Richtlinie

1. Einleitung

Bereits Mitte April 2016 erfolgte die Verabschiedung der „Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung“⁷⁰⁶ vom europäischen Parlament. Diese EU-Richtlinie ist am 5. Juli 2016 in Kraft getreten und bis 9. Juni 2018 in nationales Recht umzusetzen.

Die Know-How Richtlinie ergänzt die Durchsetzungs-RL zum Schutz des geistigen Eigentums, denn dabei wird neben dem Schutz der absoluten Rechte auch auf die vertraulichen Informationen des potenziellen Verletzers Rücksicht genommen.

Der Schutz der Unternehmensgeheimnisse bzw das zu schützende Know-How sind die Voraussetzung für den Schutz des geistigen Eigentums, denn „Am Anfang aller Rechte des geistigen Eigentums steht ein Geheimnis“.⁷⁰⁷

Der Sinn und Zweck der RL ist ein wirkungsvoller und europaweit einheitlicher Schutz vor Geheimnisverrat und Wirtschaftsspionage, denn im heutigen digitalen Zeitalter kommt den zu schützenden Geschäftsgeheimnissen eine wesentliche Bedeutung zu.

2. Gegenstand der RL

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses wird in Art 2 Abs 1 der RL neu definiert. Geschäftsgeheimnisse sind alle Informationen, die nicht allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich, also geheim sind und von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind und die Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen des Geheimnisträgers sind.⁷⁰⁸

Vorausgesetzt wird nunmehr ein rechtliches Interesse an der Geheimhaltung, welches in der österr Definition nicht gefordert wird. Zudem muss nach der RL der Berechtigte auch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen treffen.⁷⁰⁹

⁷⁰⁵ Stricker, ÖJZ 2016/77, 539.

⁷⁰⁶ Richtlinie (EU) 2016/943 des europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl L 157/1 von 15.6.2016.

⁷⁰⁷ Rassi, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, Zak 2016/758, 404.

⁷⁰⁸ Gassauer-Fleissner, Neue EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, ecolex 2016, 707; Hermann, Praktische Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie zum Schutz von vertraulichem Know-how und Geschäftsgeheimnissen, Compliance Berater 2016/10, 369; Rassi, Zak 2016/758, 404.

⁷⁰⁹ Rassi, Zak 2016/758, 404.

Der Art 4 der RL regelt den rechtswidrigen Erwerb, die rechtswidrige Nutzung und die rechtswidrige Offenlegung der Geschäftsgeheimnisse. Ein rechtswidriger Erwerb liegt dann vor, wenn Geschäftsgeheimnisse ohne Zustimmung durch den Inhaber zB durch unbefugtes Aneignen unbefugtes Kopieren von Dokumenten oder durch einen unbefugten Zugang zu elektronischen Dateien angeeignet werden.⁷¹⁰

Weiterhin regelt die RL in den Artikeln 6 und 10 bis 15, welche Rechtsschutzmöglichkeiten für Inhaber von Geschäftsgeheimnissen bei rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung bestehen. Neben Unterlassung und Schadenersatz sollen weitere Maßnahmen wie Vernichtung, Rückruf, Beseitigung und Beschlagnahme gerichtlich durchgesetzt werden können.

Schließlich wird in Art 9 der RL der Umgang mit Geschäftsgeheimnissen in den gerichtlichen Verfahren geregelt. Um zu verhindern, dass Geschäftsgeheimnisse im gerichtlichen Verfahren an die Öffentlichkeit gelangen, soll der Kreis derjenigen beschränkt werden, die Zugang zu solchen Verfahrensdokumenten oder Anhörungen haben, die Geschäftsgeheimnisse beinhalten.⁷¹¹

Neu ist, dass nach Artikel 14 Absatz 2 der RL die Höhe des Schadenersatzes nun auf zweifache Weise berechnet werden kann. Zum einen kann ein tatsächlich entstandener Schaden ersetzt werden. Die andere Möglichkeit der Berechnung orientiert sich daran, wieviel der Verletzer hätte zahlen müssen, um auf legalem Wege die vertrauliche Information zu erhalten oder zu nutzen (Lizenzanalogie). Dies erleichtert es Unternehmen, im Prozess einen Schadenersatzanspruch durchzusetzen, da ein konkreter Schaden im Falle der Lizenzanalogie nicht bewiesen werden muss.

3. Fazit

Die EU-RL zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Know-How öffnet Raum für einen vereinfachten und verbesserten Schutz von Geschäftsgeheimnissen.⁷¹² Der damit einhergehenden Pflicht zum Einsatz angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen können Unternehmen mit vertraglichen sowie technischen und organisatorischen Maßnahmen begegnen. Hierbei ist darauf zu achten, dass die Maßnahmen ausreichend dokumentiert werden, um Beweis-schwierigkeiten zu vermeiden. Es bietet sich an, für die Bereiche Geheimnisschutz, Datenschutz und IT-Sicherheit ein einheitliches Konzept zu entwickeln und zu implementieren.

⁷¹⁰ Hermann, Compliance Berater 2016/10, 369.

⁷¹¹ Rassi, Zak 2016/758, 406.

⁷¹² Hermann, Compliance Berater 2016/10, 370.

Wie *Rassi*⁷¹³ korrekt ausführte, bietet die RL keinen umfassenden Schutz, daher ist künftig mit einer UWG-Novelle zu rechnen und auch etwaigen gesonderten Änderungen ist der ZPO.

D. Enforcement-Richtlinie

1. Einleitung

In der sogenannten Durchsetzungs-RL bzw Enforcement-RL⁷¹⁴ sieht der europäische Gesetzgeber prozessuale Maßnahmen und Verfahren zur Rechtsdurchsetzung von Immaterialgüterrechten auf Gemeinschaftsebene vor. Mit Hilfe der RL sollen somit nicht nur die Rechte des geistigen Eigentums leichter durchgesetzt werden können, sondern auch das Informationsdefizit des Verletzten behoben werden bzw soll zwischen dem Verletzer und dem Verletzten ein möglichst schonender Interessensausgleich – Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz - geschaffen werden.⁷¹⁵

Die RL regelt somit Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe, die die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums sicherstellen, daneben umfasst die Richtlinie auch die gewerblichen Schutzrechte.⁷¹⁶ Die Regelungen umfassen „jede Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums“. ⁷¹⁷ Neben einer Kontrolle dieser Schutzrechtsverletzungen besteht auch die Interessenswahrung der Unternehmensgeheimnisse des potenziellen Verletzers.⁷¹⁸

Ziel der RL ist es, das Informationsgefälle zwischen dem Schutzrechtsverletzten und dem Verletzer auszugleichen. Bei einer Schutzrechtsverletzung, wird der Inhaber des Schutzrechtes nur mehr den Verstoß bzw die bloße Tatsache der Rechtsverletzung nachweisen können, er wird sich typischerweise in einer Beweisnot befinden.⁷¹⁹

⁷¹³ *Rassi*, Zak 2016/758, 406.

⁷¹⁴ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.20104 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 2004/157; berichtigte Fassung in ABl L 2004/195, 16 ff.; in der Folge als „RL“ bezeichnet.

⁷¹⁵ *McGuire*, Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums – Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, GRUR Int 2005, 15; *Schneider*, Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie, in *Aichberger-Beig/Aspöck/Leupold/Oelkers/Perner/Ramharter*, Vertrauen und Kontrolle im Privatrecht (2011) 166.

⁷¹⁶ Vgl Art 1 Enforcement-RL.

⁷¹⁷ Vgl Art 2 Abs 1 Enforcement-RL.

⁷¹⁸ *Schneider* in *Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 166.

⁷¹⁹ *Stadler*, „Was drei wissen, das erfahren hundert“ – Auskunftspflichten und Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung des geistigen Eigentums, in FS Leupold (2009) 209.

Die Forderung der RL, vertrauliche Informationen angemessen zu schützen, soll als Vorbeugung zur missbräuchlichen Ausforschung von fremden Unternehmensgeheimnissen dienen. Folglich haben die Mitgliedstaaten im Bereich des geistigen Eigentums eine Vorlagepflicht der vorlagefähigen Beweismittel vorzusehen, entweder anhand einer prozessualen Vorlagepflicht oder eines materiellrechtlichen Anspruches.⁷²⁰

2. Umsetzung des Art 6 Enforcement-RL

Nach Art 6 der RL haben die zuständigen Gerichte der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass *„auf Antrag einer Partei, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihrer Ansprüche vorgelegt und die in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche bezeichnet hat, die Vorlage dieser Beweismittel durch die gegnerische Partei anordnen können, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird“*.

Dem Missbrauch zur Ausforschung von fremden Unternehmensgeheimnissen wird somit durch den angemessenen „Schutz vertraulicher Informationen“ vorgebeugt.⁷²¹ Auf dem Gebiet des geistigen Eigentums sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle vorlagefähigen Urkunden und Augenscheingegenstände vorzulegen.⁷²² Da die RL nichts zur prozessualen oder materiellrechtlichen Beweisvorlagepflicht vorschreibt, obliegt es den Mitgliedstaaten, wie sie die Umsetzung der Vorlagepflicht vornehmen.

a) Umsetzung in Österreich

Aufgrund des Art 6 der RL ergab sich für den österr Gesetzgeber⁷²³ kein Umsetzungsbedarf, denn das geltende Recht⁷²⁴ - im Bereich der gewerblichen Schutzrechte - entsprach bereits den Vorgaben der RL. Nach dem Gesetzgeber besteht in Österreich für den Gegner eine prozessuale Urkundenvorlagepflicht. Zum Schutz vertraulicher Informationen kann das Vorlageverweigerungsrecht aber dann gewährt werden, sofern die Urkundenvorlage ein Geschäftsgeheimnis verletzen würde.

⁷²⁰ *Schneider in Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 167.

⁷²¹ Vgl Art 6 Abs 1, Art 7 Abs 1 Enforcement-RL.

⁷²² *McGuire*, GRUR Int 2005, 19; *Schneider in Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 167.

⁷²³ ErläutRV 1324 BlgNR 22. GP 1; ErläutRV 1423 BlgNR 22. GP 2; ErläutRV 1324 BlgNR 22. GP 2; ErläutRV 1423 BlgNR 22. GP 3.

⁷²⁴ Vgl §§ 303 – 307 ZPO.

Der Ausgleich eines möglichen Beweisdefizites durch die Nichtvorlage der Vorlage gegnerischen Urkunde kann jedoch nicht vorgenommen werden. Dem Gegner obliegen nun die Möglichkeiten der Vorlage oder eben der Nichtvorlage der Urkunde.⁷²⁵

b) Umsetzung in Deutschland

Im Vergleich dazu wurde vom deutschen Gesetzgeber eine anpassungsfähigere Handhabe, im Zusammenhang mit der Urkundenvorlage, eingeführt.⁷²⁶ In der dZPO musste der Art 6 der RL in diversen materiell-rechtlichen Gesetzesbestimmungen umgesetzt werden, die eine unbedingte Vorlagepflicht des Gegners begründen.⁷²⁷

Nach der flexiblen Lösung des § 142 dZPO kann sich das Gericht für eine Urkundenvorlage oder für den Schutz der Unternehmensgeheimnisse entscheiden; eine sogenannte „Alles-oder-nichts-Lösung“.⁷²⁸

Dem deutschen Gesetzgeber ist ein Vorlageverweigerungsrecht fremd, denn es gilt, die berechtigten Interessen des Gegners zum Schutz der vertraulichen Informationen zu beachten. Eine gerichtliche Abwägung zwischen Geheimnisschutz und effektivem Rechtsschutz besteht nicht.

3. Fazit

Schneider betont, dass es sowohl in Österreich als auch in Deutschland lediglich zu einer teilweisen Umsetzung der RL gekommen ist.⁷²⁹ Die Einführung eines In-Camera-Verfahrens, in dem das prozessuale Einführen von geheimen Tatsachen, die dem Gegner jedoch nicht mitgeteilt werden, ist bislang noch nicht erfolgt.

Nach *Konecny*⁷³⁰ sollte sich der österr Gesetzgeber in Zukunft um die Umsetzung der Enforcement-RL vor allem im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes kümmern, da es bisher zu keiner entsprechenden Umsetzung gekommen ist.

Der deutsche Gesetzgeber führt jedoch zur Einführung eines Geheimverfahrens bereits jahrelange Diskussionen, den Mut zur Umsetzung eines In-Camera-Verfahrens hat auch die dZPO noch nicht gefunden.⁷³¹

⁷²⁵ *Schneider in Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 169.

⁷²⁶ Vgl §§ 142 ff dZPO.

⁷²⁷ Vgl § 140c PatG; *Schneider in Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 169.

⁷²⁸ *Bornkamm in FS Ullmann 906*; *Schneider in Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 172.

⁷²⁹ *Schneider in Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 172.

⁷³⁰ *Konecny*, Österreich, in *Rechberger*, Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittele- und Südosteuropa seit 1918 (2011) 34.

⁷³¹ *Bornkamm in FS Ullmann 904 ff*; *Schneider in Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 172.

D. Geheimnisschutz und effektiver Rechtsschutz

Zwischen dem Geheimnisschutz und dem effektiven Rechtsschutz kommt es zu einem Spannungsverhältnis, da der gesetzlich eingeräumte Geheimnisschutz den effektiven Rechtsschutz beschränkt, dieser jedoch verfassungsrechtlich verankert ist. Dieses Spannungsverhältnis entsteht, da die Unternehmensgeheimnisse einem absoluten Schutz unterliegen.⁷³²

Beruht sich der Gegner auf ein Unternehmensgeheimnis, wird durch dessen absoluten Schutz die beweisbelastete Partei in der Möglichkeit ihrer effektiven Rechtsdurchsetzung massiv eingeschränkt.⁷³³ Die (Nicht)Preisgabe des Unternehmensgeheimnisses obliegt somit der beweisbelasteten Partei verbunden mit der Tatsache, dass die notwendigen Beweismittel zwar vorhanden sind, aber die Partei in diesem Zusammenhang den Verlust des Prozesses hinnehmen wird bzw muss. In diesem Fall spricht man von einer „Alles-oder-Nichts-Lösung“,⁷³⁴ denn die Möglichkeit, das Unternehmensgeheimnis als Grundlage für die gerichtliche Entscheidung vorzulegen, ist nicht möglich, ohne dass der Gegner davon erfährt.⁷³⁵

Bei Nichtoffenbarung trifft das Gericht als ultima ratio eine Beweislastentscheidung, mit der sich zwangsläufig Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einer Beweislastumkehr ergeben.

Mit der Idee eines In-Camera-Verfahrens kann das soeben geschilderte Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und effektivem Rechtsschutz jedoch aufgelöst werden. Es besteht die Möglichkeit eine Sachaufklärung mit dem einzuhaltenden Geheimnisschutz zu verbinden.⁷³⁶

E. In-Camera Verfahren

1. Definition

Mit Hilfe eines In-Camera-Verfahrens (lat. „in camera“ steht für „In der Kammer“ also „geheim“) soll es im Prozess möglich sein, geheimhaltungsbedürftige Tatsachen nur dem Gericht vorzulegen. Diese werden gegenüber der gegnerischen Partei während des Verfahrens-

⁷³² *Schneider*, ÖJZ 2013, 150.

⁷³³ Vgl *Kodek in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze² III § 305 ZPO Rz 2 f.

⁷³⁴ *Bornkamm* in FS Ullmann 906.

⁷³⁵ *Schneider*, ÖJZ 2013, 152.

⁷³⁶ *Schneider*, *ecolex* 2011, 97.

verlaufes geheim gehalten, sodass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs einer Partei eingeschränkt wird.⁷³⁷

Die beweisbelastete Partei, die das Unternehmensgeheimnis nicht offenbaren möchte, muss zu einem Teil von der Gerichtsverhandlung ausgeschlossen werden, nur so kann eine Beweislastentscheidung vermieden werden.⁷³⁸ Trotz des Ausschlusses einer Partei sind in einem In-Camera-Verfahren die Parteirechte im Verfahren wahrzunehmen.

2. Beschränkung des rechtlichen Gehörs

Die Bedeutung des In-Camera-Verfahrens liegt in dem zeitweisen Ausschluss einer Partei im Beweisaufnahmeverfahren zB bei der Verlesung von Urkunden oder Sachverständigen-gutachten, darin, dass ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis der gegnerischen Partei geheim bleiben soll.

In diesem Ausschluss ist nicht nur eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs der Partei festzustellen, sondern auch eine Verletzung des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit. Weiters wird kritisiert, dass eine wünschenswerte Lösung nicht zu Lasten der Prozessgrundsätze erzwungen werden darf.⁷³⁹

In diesem Zusammenhang sollte man mE jedoch hervorheben, dass mit einem Geheimnisverfahren in erster Linie auch andere Grundrechte zu beachten sind. So sieht *Schneider*⁷⁴⁰ auch, dass das rechtliche Gehör nicht unantastbar sein sollte, es unterliegt das Unternehmensgeheimnis auch dem Grundrecht auf Schutz des Eigentums und auf das Recht des effektiven Rechtsschutzes. In diesem Sinne sei eine Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten vorzunehmen und nicht zwangsläufig das rechtliche Gehör als höherwertig anzusehen.

Somit bietet das In-Camera-Verfahren mE die prozessuale Möglichkeit, durch eine Optimierung der betroffenen Grundrechte, geheimhaltungsbedürftige Tatsachen dem Gericht vorzulegen.

3. Durchsetzung des Verfahrens

Die Führung einer angeregten Diskussion über die bejahende Zulässigkeit eines In-Camera-Verfahrens findet ausschließlich in Deutschland statt.⁷⁴¹

⁷³⁷ *Schneider*, ÖJZ 2013, 152.

⁷³⁸ *Stadler*, Schutz des Unternehmensgeheimnisses 231.

⁷³⁹ *Garber*, ÖJZ 2012, 649 f; *Schöberl*, ÖJZ 2005, 291.

⁷⁴⁰ *Schneider* in *Aichberger-Beig ua*, Vertrauen 174.

⁷⁴¹ *Bornkamm* in FS Ullmann 904 ff.

Im Vergleich dazu wird in Österreich die Zulässigkeit eines In-Camera-Verfahrens, aufgrund der Beschränkung des rechtlichen Gehörs, verneint. In diesem Zusammenhang meint *Schöberl*⁷⁴², dass eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs einer Partei abzulehnen sei, weil der Ausschluss einer Partei keine befriedigende Lösung biete. Der Schutz eines Unternehmensgeheimnisses soll keinen Vorrang eines nicht eingehaltenen Prozessgrundsatzes haben. Nach *Schöberl*⁷⁴³ wäre eine schonende Vorgehensweise bei der Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen wünschenswert.⁷⁴⁴ Es spricht sich auch *Garber*⁷⁴⁵ gegen die Zulässigkeit eines In-Camera-Verfahrens aus, denn der Ausschluss einer Partei beschränkt wiederum das rechtliche Gehör und eine derartige Beschränkung sei unzulässig.

Die Zulässigkeit des In-Camera-Verfahrens wurde ansatzweise jedoch befürwortet, denn die Bedeutsamkeit des rechtlichen Gehörs soll durch ein In-Camera-Verfahren gar nicht erst geleugnet werden.⁷⁴⁶ Es geht bei einem In-Camera-Verfahren nicht nur um eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs. Das Unternehmensgeheimnis unterliegt zwar dem Grundrecht auf Schutz des Eigentums und das Recht auf effektivem Rechtsschutz wird auf Seiten der beweisbelasteten Partei berührt und somit bedarf es, aufgrund der Betroffenheit mehrere Grundrechte einer Abwägung und es ist nicht das rechtliche Gehör - ohne diese Abwägung - als das höherwertig zu betrachten. In der österr Diskussion wird auf diese Grundrechte jedoch nicht abgestellt. Zielgerichtet sollte versucht werden, die betroffenen Grundrechte zu optimieren.⁷⁴⁷

Auf diese Grundrechte wird in der Diskussion in Österreich gar nicht abgestellt. Und auch beim effektiven Rechtsschutz handelt es sich wohl um einen tragenden Prozessgrundsatz.

Dabei ist insb zu beachten, dass diese Grundrechte nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden dürfen.

4. Ausschluss der beweisbelasteten Partei

Wie bereits erwähnt, wird auf Seiten der beweisbelasteten Partei das Recht auf effektivem Rechtsschutz berührt. In der ZPO obliegt dem Unternehmensgeheimnis das höherwertige

⁷⁴² *Schöberl*, ÖJZ 2005, 239 f.

⁷⁴³ *Schöberl*, ÖJZ 2005, 289.

⁷⁴⁴ *Schneider*, ÖJZ 2013, 152.

⁷⁴⁵ *Garber*, ÖJZ 2012, 649 f.

⁷⁴⁶ Vgl *Schneider*, *ecolox* 2011, 97 ff.

⁷⁴⁷ *Schneider*, ÖJZ 2013, 153 f.

Recht, wodurch das soeben dargelegte Spannungsverhältnis der bereits genannten Grundrechte entsteht.

Nach dem OGH⁷⁴⁸ ist eine Verwertung von Tatsachen und Beweisergebnissen nicht vorgesehen, sofern den beteiligten Parteien dazu keine Stellungnahme möglich ist. Dieser Ansicht wird aber entgegengehalten, dass sich die Wahrung des rechtlichen Gehörs zum Nachteil jener Partei auswirkt, zu deren Schutz sie bestimmt ist.⁷⁴⁹

Diese Sachlage bedeutet jedoch für die beweisbelastete Partei, dass diese betreffend das Unternehmensgeheimnis keine Informationen von der gegnerischen Partei erhält, sie aber vom Verfahren auch nicht ausgeschlossen werden darf, weil das ihr verfassungsrechtliche Grundrecht auf ein rechtliches Gehör beschränken würde.

5. Ausschluss der nicht beweisbelasteten Partei

Wie bereits erwähnt, wird auf Seiten der nicht beweisbelasteten Partei das Recht auf Schutz des Eigentums berührt.

Soll die nicht beweisbelastete Partei ausgeschlossen werden, stellt sich die Situation indes anders dar: es geht darum, ob die nicht beweisbelastete Partei in ihrem rechtlichen Gehör beschränkt werden darf, wenn die beweisbelastete Partei zur Erfüllung der sie treffenden Beweislast ihrerseits Unternehmensgeheimnisse in den Prozess einführen soll.

Als Beispiel kann - für eine Beweislastumkehr - § 155 PatG herangezogen werden. Dort hat der Beklagte zu beweisen, dass er nicht in das Verfahrenspatent des Klägers eingreift. Zum Beweis kann es erforderlich sein, dass der Beklagte sein eigenes Verfahren preisgibt. In vielen Fällen ist es zum Schutz des Beklagten nicht ausreichend, dass dieser sein Patent selbst eintragen lässt, denn dieses kann sich uU erst in Entwicklung befinden. In dieser Situation soll daher nicht diejenige Partei in ihrem rechtlichen Gehör beschränkt werden, deren eigene Rechtsposition dadurch verbessert wird. Vielmehr wird die Gegenpartei, dh die nicht beweisbelastete Partei, in ihrer Rechtsposition beschränkt, um die Position der beweisbelasteten Partei zu stärken. In dieser Konstellation muss der Vorteil der beweisbelasteten Partei höherwertig sein, um den Nachteil der nicht beweisbelasteten zu rechtfertigen.

⁷⁴⁸ 9 Ob A 237/02x; 6 Ob 281/01v; 9 Ob A 340/00s.

⁷⁴⁹ Bornkamm in FS Ullmann 905; Schneider, ÖJZ 2013, 153.

Auch dieser Eingriff in das rechtliche Gehör der nicht beweisbelasteten Partei ist an der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu messen. Insb ist dabei zu berücksichtigen, dass die beweisbelastete Partei vor der Wahl zwischen Aufgabe des Unternehmensgeheimnisses und Verlust der effektiven Rechtsschutzmöglichkeit steht. Schließlich ergeht gegen sie eine Beweislastentscheidung zu ihren Lasten, wenn sie den Schutz des Unternehmensgeheimnisses wählt. Wie auch immer die beweisbelastete Partei sich entscheidet, sie kann den Nachteil, den sie durch ihre Wahl erleidet, nicht mehr wettmachen. Bei Preisgabe des Unternehmensgeheimnisses hat der Gegner davon jedenfalls Kenntnis erlangt, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Entscheidet sich die Partei hingegen für die Bewahrung des Geheimnisses, droht ihr der Prozessverlust. Die "Opfergrenze für den effektiven Rechtsschutz" ist bei dieser Ausgangslage zu hoch angesetzt.

Die Beschränkung des rechtlichen Gehörs der nicht beweisbelasteten Partei erweist sich auch in dieser Konstellation als das kleinere Übel. Ihr Ausschluss muss nicht endgültig sein, denn die Anordnung des Ausschlusses der Partei kann jederzeit abgeändert werden. Insb wenn das Gericht rechtskräftig festgestellt hat, dass keine Verletzung eines Unternehmensgeheimnisses vorliegt, ist die ausgeschlossene Partei dem Verfahren wieder beizuziehen. Gegenüber dem Nachteil der beweisbelasteten Partei ist die Beschränkung der nicht beweisbelasteten Partei nicht endgültig, sondern kann rückgängig gemacht werden.

Damit ist es mE auch zulässig, die nicht beweisbelastete Partei vom Verfahren auszuschließen.

IX. Modernste Kommunikationstechnologien als Beweismittel

A. Einleitung

In unterschiedlichen Medienberichten werden die modernsten Beweismittel der heutigen Zeit wie zB Smartphone, Bild- oder Filmaufzeichnungen sowie Chatprotokolle der sozialen Netzwerke als anerkannte Beweismittel diskutiert.⁷⁵⁰

Mit der Verwendung bzw Anerkennung dieser digitalen Medien als Beweismittel sind mehrere zu berücksichtigende Einflüsse bzw Fragestellungen zu beachten:

- Wie stellt sich die Qualität bzw Beschaffenheit des möglichen Beweismittels dar?
- Ist die Quelle des möglichen Beweismittels bekannt?
- Ist die Art des Entstehens des möglichen Beweismittels bekannt?
- Liegen Hinweise auf eine durchgeführte Manipulation des möglichen Beweismittels vor?
- Inwieweit besteht eine Verwertbarkeitsproblematik?
- Welche datenschutzrechtlichen Aspekte sind zu beachten?

All diese unterschiedlichen Aspekte im Zusammenhang mit dem Beweisrecht und den modernsten Kommunikationstechnologien sind zu berücksichtigen. Bei einem möglichen Beweismittel sollte jedenfalls bekannt sein, „wann, wo und in welchem Zusammenhang“ das Bild-, Ton- oder auch Videomaterial entstanden ist. Die leichte Veränderbarkeit digitaler Medien bewirkt eine entstehende hohe Unsicherheit gegenüber diesen aussagekräftigen Beweismitteln. Informationen, Texte, Videos und Bilder sind elektronisch gespeichert und können nachträglich verändert oder sogar ausgetauscht werden.

Durch die „Digitalisierung des Alltages“ wurde die zu jeder Zeit mögliche Erstellung der digitalen Medien nahezu selbstverständlich. Es bleibt daher abzuklären, inwieweit digitale Medien als aussagekräftige Beweismittel im Zivil- und Strafprozess zulässig sind.⁷⁵¹

⁷⁵⁰ <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/smartphone-bilder-und-videos-als-beweismittel/>.

⁷⁵¹ *Momsen/Hercher*, Digitale Beweismittel im Strafprozess – Eignung, Gewinnung, Verwertung, Revisibilität, Beitrag zum 37. Strafverteidigertag, Freiburg (2013) 175.

B. Digitale Beweismittel

Unter einem digitalen Beweismittel versteht man ein „Beweismittel in digitaler Form“, das zur Beweisführung dient und mittels Digitaltechnik erstellt oder auch gespeichert wird.⁷⁵² Die Basis der digitalen Beweismittel sind Daten, die in Computersystemen gespeichert oder übertragen worden sind.⁷⁵³ Eine unmittelbare Wahrnehmung der digitalen Mittel ist nicht möglich, denn neben der Hardware muss auch eine entsprechende Software für ihre Darstellung eingesetzt werden.⁷⁵⁴ Für das Abspielen eines Videos benötigt man zB eine Kamera oder ein Smartphone als Wiedergabegeräte.

Die gerichtliche Verwertung digitaler Beweismittel bzw die Darlegung der daraus resultierenden Erkenntnisse sowie faktischen Sachverhaltsdarstellungen bedürfen einer praktischen Verfahrenszuordnung, da die Verwertung digitaler Beweismittel im Gerichtsverfahren nicht gesetzlich geregelt wird.

Selbstverständlich muss sich das Gericht von einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit von der Authentizität und der Integrität der digitalen Medien sowie von der Identität des Verfassers überzeugen. Auch bedarf es einer richterlichen Überzeugung, dass die elektronischen Medien weder verfälscht noch manipuliert wurden.⁷⁵⁵

1. Internet

Das Internet ist die Gesamtheit aller weltweit zusammengeschlossenen Computernetzwerke, die nach einem standardisierten Verfahren miteinander kommunizieren. Die Knotenrechner und Server, auch Backbones (Rückgrat) genannt, bilden einen Teil der Hauptkomponente des Internets. Auch die Computer der Internetnutzer, welche nur zeitweise zB über Telefonleitungen verbunden sind, werden als weitere unverzichtbare Komponente des Internets definiert.⁷⁵⁶

Zum ständigen Netz gehören neben Rechnern der Netzdienste und Zugangsanbieter (Provider) auch Computer von Behörden, Universitäten sowie sonstige öffentliche Einrichtungen zB von mittleren oder größeren Unternehmen. Vorausgesetzt werden die entsprechende Hard-

⁷⁵² Knopp, Rechtliche Perspektiven zur digitalen Beweisführung, in *Fischer/Maehle/Reischek* (Hrsg), Informatik 2009 – Im Focus das Leben (2009) 170.

⁷⁵³ Hofmann in *Feiler/Raschhofer* 285.

⁷⁵⁴ Knopp in *Fischer/Maehle/Reischek* 175.

⁷⁵⁵ Grötschl, E-Mails 28.

⁷⁵⁶ Vgl www.internet4jurists.at, die Definition des Internets.

und Software sowie eine Standleitung, die in den unterschiedlichsten Bandbreiten von Telekommunikationsnetzbetreibern gemietet werden kann.⁷⁵⁷

Es lässt sich weltweit am billigsten und schnellsten über das Internet kommunizieren, da mehrere und unterschiedliche Netzwerke miteinander verbunden sind. Die Möglichkeit der Mediennutzung kann im privaten sowie im beruflichen Bereich zu jeder Tages- und Nachtzeit, also rund um die Uhr, genutzt werden. Der Datenzugriff auf den Server sowie die Datenübermittlung kann überall auf der Welt vorgenommen werden. Mittlerweile gehört es zum Alltag der Menschen, via Internet zu kommunizieren und zugleich einen Informationsaustausch vorzunehmen.

Vom gewöhnlichen Internetnutzer wird eine Internetverbindung mit dem PC über ein Modem oder die normale Telefonleitung hergestellt. Sobald der Computer eingeschaltet wird, wird von diesem eine automatische Internetverbindung über den Router hergestellt, dies erfolgt schon beim Einschalten des Gerätes. Auch können mittels TV-Geräten, Spielekonsolen, Tablets oder Handys jederzeit Internetverbindungen hergestellt werden.⁷⁵⁸

Die IP-Nummer ermöglicht es, dass jeder einzelne Computer im Internet aber auch jedes internetfähige Gerät eindeutig im weltweiten Netz verifizier- sowie identifizierbar ist. Bei der Verbindungsaufnahme werden dem Internet-Server entweder eine statische, sofern der Server ständig verbunden ist, oder eine dynamische, bei nicht ständiger Serververbindung, IP-Nummer zugewiesen. Diese besteht aus vier maximal dreistelligen Zahlen von 0 bis 255 (zB 195.195.85.72).⁷⁵⁹

Beim Aufrufen einer Internetseite wird die Anfrage des Internetserverns vorerst an den nächsten DNS des zuständigen Providers weitergeleitet, um die Nummer in einer riesigen Datenbank, die ständig aktualisiert wird, zu eruieren. Sollte die zugehörige IP-Adresse nicht gespeichert sein, erfolgt eine Weiterleitung der Anfrage an einen zusätzlichen DNS-Server im Internet, bis die erforderliche IP-Nummer gefunden wird, die dann dem Internetserver mitgeteilt wird.⁷⁶⁰

Die Weitergabe einer Nachricht erfolgt – auf ihrer Reise - mittels Zerlegung in mehrere Datenpakete, wobei das Zusammenfügen der Daten erst wieder am Empfängercomputer erfolgt. Somit können Nachrichten mehrere Umwege machen zB eine Nachricht von Salzburg nach Wien wird über Paris oder New York geschickt. Auch Umwege übers Weltall sind mög-

⁷⁵⁷ Vgl www.internet4jurists.at, die Definition des Internets.

⁷⁵⁸ Vgl www.internet4jurists.at, die Definition des Internets.

⁷⁵⁹ Vgl www.internet4jurists.at, die Funktion des Internets.

⁷⁶⁰ Vgl www.internet4jurists.at, die Funktion des Internets.

lich, wobei der Internetnutzer davon nichts bemerkt. Der Internetuser kann zB zu Hause oder im Urlaub auf den Malediven auf seinen Mailaccount zugreifen. Die reine Wegzeit (Übertragungszeit) ist grds kürzer als die Antwortzeit des Computers, bei der die Informationen auf dem Knotenrechner und auf dem Zielsystem weitergeleitet und verarbeitet werden.⁷⁶¹

Im Laufe der Zeit hat sich eine „digitale Schriftlichkeit“ entwickelt, die in sehr vielen Lebensbereichen – zeitliche wie räumliche Distanzen – ihre Anwendung findet. Briefe werden nicht mehr Post verschickt, ein E-Mail erreicht den Empfänger binnen kürzester Zeit mit dem gewünschten Inhalt. Ein Datenaustausch kann auch über Social-Media Plattformen oder anderen Internetdiensten zB per E-Mail erfolgen. Mittlerweile werden die Kommunikationsdaten der E-Mails und der Social Networks in umfassenderen Strafverfahren für die Verwendung für die Beweisaufnahme ausgewertet.⁷⁶²

Der technische Fortschritt führt zu einer enormen Zunahme an „internetbasierten Kommunikationsmöglichkeiten“, die es ermöglichen, die zu übertragenden Daten zu verschlüsseln.⁷⁶³ In diesem Zusammenhang können, als neue Kommunikationsformen zB „WhatsApp und Skype“ genannt werden.

2. E-Mails

Mittels elektronischer Post kann via Internet eine briefähnliche Nachricht, die „E-Mail“, versendet bzw übermittelt werden. Die E-Mail ist als „electronic mail“ weltweit von größter Bedeutung und zugleich der meistgenutzte Internetdienst, mit dem nicht nur Textnachrichten, sondern auch digitale Dokumente binnen Sekunden, in der geschäftlichen und der privaten Kommunikation, zugestellt werden.

Das E-Mail ist als eine digitale Gedankenaufzeichnung und nach der österr ZPO als Urkunde den Beweismitteln einzuordnen.⁷⁶⁴ Die digitale Herkunft einer E-Mail lässt sich im Normalfall durch den Absender feststellen. Jedoch gilt es, bei den digitalen Beweismitteln einige Besonderheiten zu beachten. Wird zB mittels E-Mail ein eingescanntes Dokument übermittelt, entspricht dieses der Schriftform und kann vor Gericht als Beweismittel herangezogen werden.⁷⁶⁵

⁷⁶¹ Vgl www.internet4jurists.at, die Funktion des Internets.

⁷⁶² Vgl Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel 173.

⁷⁶³ Klein/Prior, ÖJZ 2016/116, 869.

⁷⁶⁴ Schmidbauer, Zak 2008, 83.

⁷⁶⁵ OGH 27.11.2014, ObA 111/14k.

Der bloße „Papierausdruck einer E-Mail“ liefert jedoch keinen Anscheinsbeweis, da der Inhalt meist unvollständig – fehlender Header (Absenderangaben und Datum der Erstellung der E-Mail) – ausgedruckt wird und die Ausdrücke zudem auch leicht manipulierbar sind.⁷⁶⁶ Bei einer E-Mail ist es, im Gegensatz zu einer Papierurkunde, nicht möglich, ein Original zum Vergleich anzufordern. Hier kann der Richter im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung und einer Echtheitsprüfung, die Inaugenscheinnahme des E-Mail Ordners anfordern. Diese richterliche Aufforderung ist eine reine Augenscheinsangelegenheit.⁷⁶⁷

Fraglich erscheint das Erbringen eines Beweises oder eines Anscheinsbeweises mittels eines „E-Mail Sendeprotokolls“, mit dem der Zugang bzw das Verschicken einer E-Mail nachgewiesen werden könnte. Aufbauend auf eine erstgerichtliche Entscheidung, nach deren Auffassung das E-Mail Sendeprotokoll weder einen Beweis noch einen Anscheinsbeweis des zugegangenen E-Mails erbringt, kommt der OGH⁷⁶⁸ zu folgendem Erkenntnis:

Der Versand einer E-Mail lässt nicht sicher darauf schließen, dass die elektronische Post auch tatsächlich zugegangen ist.⁷⁶⁹ Nach dem E-Commerce Gesetz geht eine E-Mail dann erfolgreich dem Empfänger zu, wenn dieser die elektronische Nachricht unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Unerheblich ist, wann er diese tatsächlich aufruft.

Nach den allgemeinen Beweislastregeln trifft den Absender die Beweislast hinsichtlich des Zugangs einer E-Mail. Da es in der Praxis nicht einfach ist, den Empfang einer E-Mail im Zivilprozess zu beweisen, stützt sich der OGH auf den sogenannten Anscheinsbeweis. Dabei steht die Verschiebung des Beweisthemas von der tatbestandsmäßig geforderten Tatsache mit der leichter erweislichen Tatsache in einem typischen Erfahrungszusammenhang.⁷⁷⁰ Nach dem OGH ist der Anscheinsbeweis nur dann zulässig, wenn zwischen dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement und der tatsächlich bewiesenen Tatsache eine typische formelhafte Verknüpfung besteht. Somit darf der Anscheinsbeweis eine lückenhafte Beweisführung nicht mittels bloßer Vermutung ausfüllen.⁷⁷¹ Dabei ist eine Beweislastverschiebung nur dann möglich, sofern ein allgemeiner Beweisnotstand für jedermann besteht und für den Anspruchswerber tatsächlich typische Geschehensabläufe sprechen.

⁷⁶⁶ Schmidbauer, Zak 2008, 83; vgl [https://de.wikipedia.org/wiki/Header_\(E-Mail\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Header_(E-Mail)).

⁷⁶⁷ Schmidbauer, Zak 2008, 83.

⁷⁶⁸ OGH 2 Ob 108/07g JusGuide 2008/17/5616.

⁷⁶⁹ Fasching, Lehrbuch² Rz 894.

⁷⁷⁰ OGH 2 Ob 108/07g JusGuide 2008/17/5616.

Der Anscheinsbeweis basiert auf typischen und gewöhnlichen Geschehensabläufen, aber sobald ein derartiger kausaler Ablauf von einem menschlichen Willen beeinflusst wird, ist der Anscheinsbeweis auszuschließen. Eingeschränkt werden die allgemeinen Beweislastregeln dann, wenn die verpflichtete Partei die Beweisführung nicht vornehmen kann, da diese im Einflussbereich der Gegenseite liegen und folglich auch nur diese beweisbar sind.

Der OGH kommt zu dem Schluss, dass der Anscheinsbeweis des zugegangenen E-Mails nicht mit einem E-Mail Sendeprotokoll erbracht werden kann, denn für den Absender des E-Mails besteht die Möglichkeit, sich den Erhalt auf unterschiedlichste Weise bestätigen zu lassen.⁷⁷² Dies zB durch ein Bestätigungsantwortmail des Empfängers oder eine telefonische Rückmeldung. Somit begründet das Absenden eines E-Mails nicht den Anscheinsbeweis, dass das E-Mail auch tatsächlich erhalten wurde.⁷⁷³ Nach *Schmidbauer*⁷⁷⁴ liegt die Beweislast eindeutig beim Absender, denn dieser hat dem Gericht den Mailzugang nachzuweisen. Als vorteilhaftes Indiz kann hier jedenfalls eine Übermittlungs- bzw Lesebestätigung eingesetzt werden. Im Zusammenhang mit dieser Entscheidung des OGH bleibt jedoch ungeklärt, inwieweit eine automatische Lese und Empfangsbestätigung für einen Anscheinsbeweis tatsächlich ausreichen.

Der „E-Mail Inhalt“ kann veränderbar sein, dieser Problematik kann jedoch mit der Einrichtung einer qualifizierten elektronischen Signatur entgegengewirkt werden. Einerseits erlangt das E-Mail dadurch die rechtliche Wirkung der Schriftlichkeit nach § 886 ABGB und andererseits kann nach § 294 ZPO die Echtheit aufgrund des signierten Inhalts, vermutet werden.⁷⁷⁵ Um vertrauliche Informationen vom Absender zum Empfänger zu mailen, kann eine entsprechende E-Mail-Verschlüsselung vorgenommen werden.⁷⁷⁶ In der Praxis bedeutet dies, dass der Zugang zum Inhalt der E-Mail nur dem Absender und dem Empfänger möglich ist. Diese E-Mail-Verschlüsselung wird oft mit der digitalen Signatur technisch kombiniert, so dass ein unbemerktes Manipulieren des Inhaltes zur Gänze ausgeschlossen werden kann. Somit wird dem Inhalt der E-Mail durch die Signatur Authentizität und Integrität zugesprochen.

⁷⁷² *Schmidbauer*, Zak 2008, 84.

⁷⁷³ OGH 2 Ob 108/07g JusGuide 2008/17/5616.

⁷⁷⁴ *Schmidbauer*, Zak 2008, 85.

⁷⁷⁵ *Schmidbauer*, Zak 2008, 86.

⁷⁷⁶ <https://de.wikipedia.org/wiki/E-Mail-Verschl%C3%BCsselung>.

3. Soziale Netzwerke

Das Internet bildet die Voraussetzung für alle vorhandenen Online-Zugänge zu den sozialen Netzwerken. Sämtliche Kommunikation in den sozialen Netzwerken wird dokumentiert und können diese Inhalte nachvollziehbar archiviert und wieder abgerufen werden. Zu den wichtigsten Social-Media Plattformen gehören nunmehr: Facebook samt Messenger, WhatsApp, Skype etc.

a) Facebook

Facebook ist die nutzerstärkste Social-Media Plattform und hat auch die größte Reichweite.⁷⁷⁷ Es gehört zu den sozialen Beziehungsnetzwerken und spricht somit ein sehr umfangreiches Spektrum an Usern im virtuellen Raum an.

Auch bei Facebook gibt es eine zusätzliche Chat-Funktion, den sogenannten „Facebook-Messenger“, also ein Instant-Messaging-Dienst, über den eine Kommunikation mittels Text- oder Sprachnachrichten, Bildern, Videos oder andere Dateien möglich ist.

Diese Funktion kann übers Internet zB mittels Computer oder Tablet sowie über das Smartphone genutzt werden. Der Chatverlauf wird mittels Chatprotokoll, welches gedruckt und auch gespeichert werden kann, dokumentiert. Zu Beweis Zwecken kann die Facebook-Chathistorie heruntergeladen und einem Sachverständigen zur Auswertung vorgelegt werden.

Zu beachten ist jedoch, dass der Chatverlauf in einem zu veränderbaren Format zB als Word-Datei jedenfalls bearbeitet werden kann und somit die Möglichkeit einer Manipulation oder Verfälschung dadurch enorm erhöht wird. Die bereits bestehende Unsicherheit dieser digitalen Medien wird somit noch verstärkt.⁷⁷⁸ Die Anwendungen des Facebook-Messengers sind mit denen des WhatsApp Chats zu vergleichen.

Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das sogenannte „Facebook-Posting“, aus dem das Facebook-Verhalten der User schnell, einfach und konkret zu entschlüsseln ist. Die Menschen können ihre Emotionen, Gedanken, Tagesabläufe und vieles mehr auf ihrem Facebook-Profil posten, je nach den technischen Einstellungen, können die Ereignisse und Einträge für andere User ersichtlich sein. Das Sichtfeld des Facebook-Profiles lässt sich somit benutzerdefiniert einschränken. Neben Freunde und Bekannte kann man In-

⁷⁷⁷ <https://de.wikipedia.org/wiki/Facebook>

⁷⁷⁸ Siehe dazu Näheres im Kapitel IX. C.

formationen auch an die Öffentlichkeit richten. Daher spielt in diesem Zusammenhang das „zugänglich machen“ eine wesentliche Rolle.

Dies wurde auch in einer Entscheidung des OGH⁷⁷⁹ im Zusammenhang mit dem Verstoß einer Geheimhaltungspflicht durch ein Facebook-Posting dargelegt. Der Angestellte eines Bankinstituts veröffentlicht mittels öffentlicher Bekanntmachung durch einen Facebook Eintrag eine bankinterne Information um etwaigen Gerüchten hinsichtlich seiner Entlassung entgegen zu wirken.⁷⁸⁰ Da es sich bei der bankinternen Information um ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis handelt, ist durch dessen Veröffentlichung eine tatsächliche Entlassung jedenfalls gerechtfertigt.

Konkret wurde von dem Bankangestellten auf Facebook gepostet, dass in seinem Bankinstitut € 15.000,- auf unerklärliche Weise abhandengekommen sind, um nachbarschaftlichen Gerüchten, er sei wegen Unterschlagung entlassen worden, ein Ende zu bereiten.

Durch den Eintrag auf dem Facebook-Profil des Angestellten wurde die Öffentlichkeit von den bankinternen vertraulichen und schutzwürdigen Informationen in Kenntnis gesetzt. Das Facebook-Posting wurde nicht nur von Arbeitskollegen des Bankangestellten gelesen, sondern auch von anderen Bankmitarbeitern, die sich online sogar zu dem bankinternen Vorfall äußerten.

Fakt ist, dass in diesem Fall eine Geheimnisverletzung vorliegt, der Angestellte hätte die Entlassungsgerüchte auch auf andere Weise ausräumen können. Auch lässt sich aus der Formulierung des Facebook Eintrages darauf schließen, dass dem Angestellten die Verletzung der Treupflicht und somit seine Pflichtenwidrigkeit – hinsichtlich der Einhaltung der Geschäfts-, Betriebs- und Datenschutzgeheimnisse - völlig bewusst war, denn in einem Nebensatz bittet er die Leser, die von ihm offengelegte Information mit strenger Diskretion zu behandeln.⁷⁸¹

Weiters wurden vom Bankinstitut, dessen Betriebsgeheimnisse über Facebook mitgeteilt wurden, alle Angestellten per E-Mail aufgefordert, dass die internen Bankinformationen nichts in der Öffentlichkeit verloren hätten und selbstverständlich auch davon Abstand zu nehmen ist, diese in den sozialen Netzwerken zu veröffentlichen.⁷⁸²

⁷⁷⁹ OGH 27.11.2014, ObA 111/14k.

⁷⁸⁰ *Sabara*, Verstoß gegen Geheimhaltungspflicht durch Facebook-Posting – Vertrauensunwürdigkeit, ARD 6446/8/2015, 7; *dies*, Verstoß gegen Geheimhaltungspflicht durch Facebook-Posting – Entlassung, RdW 2015/347, 384.

⁷⁸¹ *Sabara*, ARD 6446/8/2015, 8; *dies*, RdW 2015/347, 384.

⁷⁸² *Sabara*, ARD 6446/8/2015, 8; *dies*, RdW 2015/347, 384.

In der rechtlichen Gesamtschau war es für das Bankinstitut unzumutbar, den Angestellten weiter zu beschäftigen. Da der Angestellte als Hauptkassier eine besondere Vertrauensposition bekleidet, beging er einen mehrmaligen Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht gegenüber seinem Arbeitgeber. Neben der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung wurde der Angestellte selbstverständlich auch entlassen.⁷⁸³

b) WhatsApp

In den 1990er Jahren wurde die technische Möglichkeit geschaffen, Kurznachrichten, sog. „SMS“, an sein Gegenüber zu verschicken. Bei diesen Mitteilungen handelt es sich um Textnachrichten die mittels Handy verschickt und empfangen werden konnten. Selbstverständlich hatte das sog. „sim sen“, also das Verschicken dieser Kurzmitteilungen, Einfluss auf Kommunikation und soziale Interaktion. In Österreich wurden 2009 ca mehr als fünf Milliarden Kurznachrichten per SMS bzw MMS verschickt.⁷⁸⁴ Bislang wurde die SMS jedoch weitestgehend von WhatsApp abgelöst, zumal dieser Messaging-Dienst kostenlos ist.

Auch das Smartphone ermöglicht den Menschen, rund um die Uhr miteinander zu kommunizieren, Informationen auszutauschen oder auch den Online-Zugang zu den unterschiedlichsten Social Networks. Selbstverständlich gibt es am Handy auch verschiedene technische Möglichkeiten, die erfolgte Dokumentation zwischen zwei Personen nachzuweisen. Die Handys lassen sich mittels GPS-Geopositionsdaten orten. Dies kann den zu vernehmenden Parteien, vor allem im Strafverfahren, ein womöglich nötiges Alibi zu Beweis Zwecken verschaffen.⁷⁸⁵

Nicht nur im Internet ist Facebook eines der häufig besuchten sozialen Netzwerke, auch am Smartphone können Handybenutzer „WhatsApp“, den Instant-Messaging-Dienst, der seit 2014 ein Teil von Facebook ist, nutzen.⁷⁸⁶

Bei WhatsApp handelt es sich um eine „plattformübergreifende mobile Nachrichten-Applikation“, bei der ein Datenaustausch zwischen zwei oder mehreren Smartphones erfolgt.⁷⁸⁷ Der WhatsApp-Messenger ist somit eine kostenlose mobile Anwendung, mit der

⁷⁸³ Sabara, ARD 6446/8/2015, 8; dies, RdW 2015/347, 385.

⁷⁸⁴ https://de.wikipedia.org/wiki/Short_Message_Service#.C3.96sterreich.

⁷⁸⁵ Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel 175.

⁷⁸⁶ <https://de.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>.

⁷⁸⁷ Trost, „WhatsApp“ erfüllt nicht Schriftformgebot bei Kündigung, DRdA 2016/5, 341.

Textnachrichten, sowie Ton-, Video- und Bilddateien verschickt werden können. Sämtliche Kommunikation ist wiederum mittels Chatprotokolle dokumentier- und nachvollziehbar.

Der OGH⁷⁸⁸ erörtert nunmehr in der ersten höchstgerichtlichen Entscheidung, inwieweit ein ordnungsgemäß unterfertigtes und den Formerfordernissen entsprechendes Kündigungsschreiben, das mittels eines WhatsApp Fotos übermittelt wurde, tatsächlich der Schriftform entspricht. Die Schriftform dient zum Schutz vor Übereilung der Beweissicherung und der Fälschung sowie der Identifikation des Erklärenden. Der OGH hat kritisch hinterfragt, inwieweit das übermittelte Foto per WhatsApp von der Arbeitnehmerin an den Arbeitgeber den gesetzlichen Formerfordernissen entspricht. Die höchstgerichtliche Entscheidung sah in dieser Art der digitalen Übermittlung jedoch keine vorschriftsmäßige Kündigung und betont, dass die Kündigung erst mit Übermittlung des physischen Kündigungsschreibens im Postwege rechtswirksam ist.

Der OGH⁷⁸⁹ argumentiert weiters, dass ein durch WhatsApp übermitteltes Lichtbild der schriftlichen Kündigungserklärung nicht den konkreten Zwecken des Schriftlichkeitsgebotes entspricht. Einerseits kann der Empfänger das in der WhatsApp-Bilddatei erhaltene Foto am Smartphone nicht ohne einer technischen Möglichkeit ausdrucken, es liegt also kein physisches Dokument vor, andererseits kann der Inhalt der Erklärung ohne ein physisches Schriftstück nicht zum Beweiszweck herangezogen werden, denn am Smartphone-Display kann – aufgrund der Größe des Displays – die Qualität des Fotos unter anderem sehr schlecht sein.

Nach *Schnittler*⁷⁹⁰ lässt diese höchstgerichtliche Entscheidung jedoch einzelne rechtliche Aspekte unberücksichtigt und regt zu weiteren Überlegungen an. Selbstverständlich müssen bei der Übermittlung elektronischer Medien das Schriftlichkeitsgebot beachtet werden, denn die Verwendung der digitalen Medien ist mittlerweile Teil des Alltags geworden. Wenn vor allem auf die physische Verfügbarkeit des Kündigungsschreibens zu achten ist, wird diese samt dem Erfordernis der Schriftlichkeit bei einer Übermittlung per E-Mail samt der gescannten Datei erfüllt, zumal der Ausdruck des Dokuments technisch mit wenig Aufwand verbunden ist.

⁷⁸⁸ *Schnittler*, Schriftform bei Kündigung per „WhatsApp“ – eine Erörterung aus Anlass der Entscheidung OGH 28.10.2015, 9 ObA 110/15, jusIT 2016/22, 47.

⁷⁸⁹ *Trost*, DRdA 2016/5, 341.

⁷⁹⁰ *Schnittler*, jusIT 2016/22, 47.

4. Videoüberwachung

Die Definition der Videoüberwachung sowie die Einsatzmöglichkeiten dieser Technologie und die Verwertung der daraus resultierenden Daten werden im § 50a DSG geregelt.⁷⁹¹

Bei einer „Videoüberwachung“ handelt es sich gem § 50a Abs 1 DSG um eine systematische, insb fortlaufende Feststellung von Ereignissen, die ein bestimmtes Objekt (überwachtes Objekt) oder eine bestimmte Person (überwachte Person) betreffen, durch technische Bildaufnahme- oder Bildübertragungsgeräte.⁷⁹² Vom DSG sind lediglich Videoaufnahmen erfasst, die zu Überwachungszwecken dienen. Eine Videoüberwachung ist nur in den vom Gesetz geregelten (taxativen) Zwecken gerechtfertigt.⁷⁹³

Nach § 50a Abs 3 DSG ist sie erlaubt, wenn: Die Videoüberwachung im lebenswichtigen Interesse einer Partei erfolgt, die Datenverarbeitung über ein Verhalten, das zweifelsfrei den Schluss zulässt, dass es darauf gerichtet war, öffentlich wahrgenommen zu werden oder der Betroffene der Datenverwendung ausdrückliche zugestimmt hat.

Nach § 50a Abs 4 DSG ist die Videoüberwachung auch im privaten Bereich erlaubt, wenn: Das überwachte Objekt bzw die überwachte Person vor gefährlichen Angriffen zB Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, grobe Verwaltungsübertretung zu schützen sind, spezielle Sorgfaltpflichten zum Schutz des überwachten Objektes oder der überwachten Person zu erfüllen sind oder es zum Schutz von Leib, Leben oder Eigentum des Auftraggebers einer Echtzeitüberwachung bedarf.

In ausgewählten Fällen kann eine Videoüberwachung aber präventiv zum Schutz von gefährlichen Angriffen erlaubt sein:⁷⁹⁴ Wenn die zu überwachende Person einen überdurchschnittlichen Bekanntheitsgrad in der Öffentlichkeit genießt oder sich ein zu überwachendes Objekt an einem Ort der bekannten Person aufhält, wenn ein zu überwachendes Objekt ein beweglicher Gegenstand von einem erheblichen Geldwert darstellt oder sich an dem zu überwachenden Ort derartige Gegenstände aufhalten zB Banken, Juweliere oder wenn das zu überwachende Objekt ein Gegenstand von außergewöhnlichen künstlerischem Wert ist.

⁷⁹¹ Gerhartl, Verwertung von Videoaufzeichnungen, *ecolex* 2016, 347; ders, Reglementierung der Videoüberwachung, JAP 2010/2011/2.

⁷⁹² Gerhartl, JAP 2010/2011/18.

⁷⁹³ Gerhartl, JAP 2010/2011/19.

⁷⁹⁴ Gerhartl, JAP 2010/2011/19.

Nach § 50a Abs 5 DSG können Videoüberwachungen nicht an Orten durchgeführt werden, sofern diese dem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen sind zB Umkleidekabine, WC-Anlagen etc. Auch ist es untersagt, Arbeitsplätze bzw –räume mittels Video zu überwachen, um die Tätigkeiten und Leistungen der Arbeitnehmer zu kontrollieren.

Für Videoaufzeichnungen gibt es unterschiedlich gesetzlich geregelte Verwertungsmöglichkeiten beim zuständigen Gericht bzw bei der zuständigen Behörde.

ME ist den Bedenken und der kritischen Anregung von *Gerhartl*⁷⁹⁵ zu folgen, denn zur taxativen Aufzählung der zulässigen Zwecke einer Videoüberwachung, können durchaus weitere praxisrelevante Tatbestände hinzukommen.

Eine einzelfallbezogene Interessensabwägung sollte die Basis für die Zulässigkeit der Überwachung mittels Video sein.⁷⁹⁶ So liegt es zB im Interesse eines Ehegatten, jahrelang vermutete Eheverfehlungen mittels Videoüberwachung aufzudecken und dadurch Gewissheit zu erlangen, dass die Ehe unheilbar zerrüttet ist. Auch die bisherige Rsp lässt Videoüberwachungen aufgrund einer Abwägung der Interessen zivilrechtlich zu.⁷⁹⁷

Auch im Strafprozess dürfen Daten aus einer Videoüberwachung als Beweismittel herangezogen werden, sofern sie den Anwendungskriterien des DSG entsprechen.⁷⁹⁸ Für eine Verwertbarkeit der Aufzeichnung im Verfahren müssen folgende Voraussetzungen datenschutzrechtlich zulässig sein: Die private Ermittlung, die Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörde sowie die Aufbewahrung und Abspielung in der Hauptverhandlung durch die Strafverfolgungsbehörde.⁷⁹⁹

5. Videoaufzeichnung

Die Verwertung bzw Übermittlung von Daten, die von einer Videoaufzeichnung entnommen bzw ausgewertet wurden, sind zu Beweis Zwecken an das zuständige Gericht oder die zuständige Behörde in bestimmten Fällen zulässig sowie erforderlich, denn die Videoüberwachung erzielt vor allem eine Beweissicherung. Auch dienen Videoaufzeichnungen dem

⁷⁹⁵ *Gerhartl*, Kein Auskunftsrecht bei Videoüberwachung? *ecolex* 2015, 1112.

⁷⁹⁶ Vgl *Thiele*, Unbefugte Bildaufnahmen und ihre Verbreitung im Internet – Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen? *RZ* 2002, 4.

⁷⁹⁷ Vgl OGH 30.1.1997, 6 OB 2401/96y; OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y.

⁷⁹⁸ *Schmoller*, Private Videoüberwachung – ein Beweismittel im Strafprozess? in FS Machacek/Matscher (2008) 1078.

⁷⁹⁹ *Schmoller* in FS Machacek/Matscher 1069 f.

Schutz einer überwachten Person oder eines überwachten Objektes und selbstverständlich auch der Erfüllung rechtlicher Sorgfaltspflichten.⁸⁰⁰

Als weitere Verwertungsmöglichkeiten kommen in Betracht, dass die aus der Videoüberwachung durch eine Auswertung gewonnen Daten an die zuständige Behörde sowie an das zuständige Gericht weitergeleitet bzw übermittelt werden, sofern ein berechtigter Verdacht besteht, dass die Daten eine von Amts wegen zu verfolgende gerichtliche strafbare Handlung dokumentieren könnten oder eine Datenübermittlung nach sicherheitspolizeilichen Befugnisse, insb zur Abwehr gefährlicher Angriffe und krimineller Verbindungen bei Hinweis auf eine schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit sowie zur Verwendung der personenbezogenen Bilddaten zur Fahndung, der Sicherheitspolizei erforderlich ist.⁸⁰¹

Selbstverständlich sind bei der gerichtlichen oder behördlichen Verwertung einer Videoaufzeichnung auch die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen mit zu berücksichtigen.⁸⁰²

Jedoch lässt die Darstellung der soeben aufgezählten Verwertungsmöglichkeiten die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Durchführung der (zufälligen) Videoaufnahme bzw -aufnahme und zugleich auch die rechtmäßige Verwendung dieses Datenmaterials zur Beweissicherung noch offen.

Dies ist mE bei anlassbezogenen sowie auch bei zufälligen Ereignissen, die mittels Videoüberwachung aufgezeichnet wurden, selbstverständlich ein rechtmäßiger gerichtlicher oder behördlicher Verwertungszweck.

Nach §§ 6 f DSG dürfen Daten aus einer Videoüberwachung nur dann verarbeitet werden, sofern die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen gewahrt werden. Bei einer Videoüberwachung muss unterschieden werden, ob diese im privaten oder im öffentlichen Bereich vorgenommen wird.⁸⁰³ Die Privatperson darf jene Gebiete überwachen, an denen sie ein hausrechtsähnliches Verfügungsrecht hat. An öffentlichen Bereichen ist die Vornahme einer Videoüberwachung jedenfalls den Sicherheitsbehörden vorenthalten.

⁸⁰⁰ Vgl § 50a Abs 2 DSG; *Gerhartl*, *ecolex* 2016, 347.

⁸⁰¹ Vgl § 50a Abs 6 DSG; § 53 Abs 3 und 5 SPG.

⁸⁰² Vgl § 7 DSG; *Gerhartl*, *ecolex* 2016, 348.

⁸⁰³ *Konzett*, *Unfalldatenspeicher und Dashboard-Cam als Beweismittel bei Verkehrsunfällen?* *Sachverständige* 2016, 205.

Dazu erwähnt *Gerhartl*⁸⁰⁴ folgende Beispiele: der Wegehalter, der mittels bewusster vorbeugender Videoaufzeichnungen seinen Weg bzw Grundstück oder auch ein bestimmtes Objekt bewachen möchte; die zulässige Videoüberwachung zeichnet zufällig Geschehnisse auf, die mittels gerichtlichem Anspruch geltend gemacht werden können. Somit muss der Zweck der Videoüberwachung nicht mit dem Zweck der Datenverwertung übereinstimmen.

Bei Verkehrsunfällen können sogenannte „Dashboard-Cams“ als Beweismittel herangezogen werden. Dabei handelt es sich um Kameras, die am Armaturenbrett oder auf der Windschutzscheibe befestigt werden, um die Fahrt des PKWs aufzuzeichnen.⁸⁰⁵ Dabei werden die gesamten Fahrten, der Straßenverkehr und die darin beteiligten Personen fortlaufend und systematisch aufgezeichnet. Da die Verwendung von Dashboard-Cams, aufgrund der Aufnahmen eines öffentlichen Raumes für Privatpersonen jedoch unzulässig ist, wurde alternativ die private Verwendung sogenannter „Crash-Cams“ diskutiert.⁸⁰⁶ Darunter sind Kameras zu verstehen, die eine Momentaufnahme durchführen, sobald der SOS-Button betätigt wird. Nachteilig ist jedoch, dass die Gesichter der Personen sowie die Kennzeichen der Fahrzeuge als unkenntlich aufgenommen werden und daher im Nachhinein keine Identifizierung anhand des Bildmaterials mehr möglich ist. Auch bei dieser Möglichkeit der Videoaufzeichnung wurde vom BVwG eingewandt, dass es sich dabei um eine Videoüberwachung nach § 50a DSG handelt und diese somit von Privatpersonen nicht durchgeführt werden darf.⁸⁰⁷ In der jüngsten Entscheidung des VwGH wird jedoch festgehalten, dass nicht nur die rechtliche Befugnis zur Durchführung einer derartigen Videoaufnahme des Straßenverkehrs zur Unzulässigkeit führt, sondern auch die Möglichkeit, mit den Crash-Cams eine dauerhafte Aufnahme vorzunehmen und dies nicht der Verhältnismäßigkeit der datenschutzrechtlichen Beurteilung der Videoaufnahmen von Verkehrsunfällen entspricht.⁸⁰⁸ Somit besteht in der österr privaten Verwendung der Dashboard-Cam und der Crash-Cam eine Rechtswidrigkeit.⁸⁰⁹

Die Verwendung der Dashboard-Cam ist bereits in Ost- und Westeuropa weit verbreitet, jedoch gibt es dazu nicht in jedem EU-Staat eine gesetzliche Regelung.

⁸⁰⁴ *Gerhartl*, *ecolex* 2016, 348 f.

⁸⁰⁵ *Konzett*, *Sachverständige* 2016, 205.

⁸⁰⁶ *Konzett*, *Sachverständige* 2016, 206.

⁸⁰⁷ BVwG vom 30.1.2015.

⁸⁰⁸ VwGH vom 12.9.2016.

⁸⁰⁹ *Konzett*, *Sachverständige* 2016, 206.

Die Videoaufzeichnungen ersetzen in einigen Ländern die sogenannte „Schallträgeraufzeichnungen der Verhandlungen“, dies zB in Italien, Spanien und in den USA.⁸¹⁰ Vor allem in den USA wird die Protokollierung der Gerichtsverhandlung mittels Stenographiermaschine vorgenommen. Im Vergleich dazu besteht jedoch die Möglichkeit, Audio- und Videoaufzeichnungen technisch miteinander zu verbinden, um aus dem protokollierten Volltext bestimmte Passagen leichter aufzufinden. Ähnliche Systeme werden bereits im *discovery-Verfahren* verwendet.⁸¹¹ Für die Protokollierung mittels Videoaufzeichnung werden in Italien zumindest sechs Kameras verwendet.⁸¹²

C. Unsicherheiten digitaler Beweismittel

Die Digitalisierung von Beweismitteln bringt einige Unsicherheiten mit sich, da deren Veränderbarkeit, im Vergleich zu den herkömmlichen Beweismitteln, relativ einfach und mühelos vorgenommen werden kann. Als Beispiel ist die E-Mail zu nennen, da es sich dabei um ein ungeschütztes elektronisches Dokument handelt.

1. Manipulierbarkeit

Die Manipulation digitaler Beweismittel ist von zentraler Bedeutung. Werden digitale Medien zu Beweiszwecken herangezogen, ist zu hinterfragen, welchen Beweiswert diese haben. Somit spielt nicht nur der Beweiswert, sondern auch die Beweissicherung, für digitale Beweismittel eine wesentliche Rolle.⁸¹³

Eine Manipulationsanfälligkeit von unverschlüsselten elektronischen Dokumenten als digitale Beweismittel ist naheliegend und kann eine Manipulation der Daten vor der ersten Sicherstellung nicht ausgeschlossen werden, dies zB in Fällen, in denen private Digitalfotos als Beweismittel herangezogen werden.⁸¹⁴

Ob die vorgelegten Beweismittel zB Bilder, Video- oder Tonbandaufnahmen auch tatsächlich authentisch und echt sind, und von niemandem manipuliert wurden, kann nicht immer sichergestellt werden und verursachen somit hohe Unsicherheiten.

⁸¹⁰ Kodek in FS M. Schneider 342.

⁸¹¹ Kodek in FS M. Schneider 343.

⁸¹² Fabri, Introduction: State of the Art, Critical Issues, And Trends of ICT in European Systems, in Fabri/Contini (Hrsg), Justice and Technology in Europe (2001) 13; Carnevali/DiCocco, An Innovation Process Embedded in a Strict Institutional Setting: ICT in the Italian Judicial System, in Fabri/Contini 209.

⁸¹³ Vgl Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel 173.

⁸¹⁴ Vgl Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel 188.

Für den Einsatz von Informationstechnologien bedarf es unterschiedlicher technischer Grundlagen, denn für die Bedienung von Smartphones oder auch Digitalkameras werden sogenannte „Metadaten“ benötigt. Dabei handelt es sich um Zusatzinformationen, die vom entsprechenden Gerät mechanisch selbstständig erstellt werden und in der jeweiligen Datei als Information zB Aufnahmezeit und –datum einer Digitalkamera oder GPS-Daten des Smartphones hinterlegt sind.⁸¹⁵ Die automatische Erstellung der Metadaten kann auch zu einer ungewollten Manipulation zB automatische Korrektur der Aufnahmezeit und –datum der Digitalkamera führen. Als praxisrelevantes Beispiel kann auch das GPS-Signal – genauer die GPS-Geopositionsdaten – beim Handy genannt werden. Wichtig ist, dass diese Metadaten vom jeweiligen Gerät im Hintergrund automatisch erzeugt werden und es keiner manuellen Herstellung bedarf. Man spricht in diesem Zusammenhang auf von einer sogenannten Hardwareausstattung der jeweiligen Geräte.

Zu beachten ist auch der Papierausdruck von E-Mails, der eine bloße Urkundenausfertigung darstellt.⁸¹⁶ Die Manipulierbarkeit von Ausdrucken ist in jeder Hinsicht gegeben. Besonders bei einem in elektronischem Format vorliegenden Schreiben ist das E-Mail in der originalen Fassung leicht veränderbar. Selbstverständlich kann die Manipulierbarkeit von Kopien der Papierurkunden nicht ausgeschlossen werden, hier kann man aber immerhin noch das Original anfordern und einen inhaltlichen Vergleich vornehmen. Eine derartige Vorlage ist bei einem E-Mail nicht möglich, es kann aber – wie bereits erwähnt - eine Einsicht in den digitalen E-Mail Ordner vorgenommen werden.⁸¹⁷

Festzuhalten ist, dass die Manipulationsmöglichkeiten des digitalen Raumes sich als sehr weitreichend umsetzen lassen, sodass selbstverständlich die rechtliche sowie menschliche Vertrauenswürdigkeit in digitale Beweismittel sinkt. Ein vollständiger Nachweis der Manipulationsfreiheit wird regelmäßig nicht möglich sein.

2. Fälschung

Die Fälschung der Herstellung digitaler Beweismittel sowie die Fälschung der beweiserheblichen technischen Daten unterliegen einem jedenfalls zu berücksichtigenden Aspekt, der

⁸¹⁵ <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/smartphone-bilder-und-videos-als-beweismittel/>.

⁸¹⁶ Schmidbauer, Zak 2008, 83.

⁸¹⁷ Schmidbauer, Zak 2008, 83.

wiederrum die bestehende Unsicherheit digitaler Beweismittel verstärkt. Nachträgliche Verfälschungen können jedoch nicht unmerklich vorgenommen werden.⁸¹⁸

Die Möglichkeiten, digitale Medien und Informationen zu verfälschen bzw zu verändern bestehen selbstverständlich, denn das Bearbeiten von Bildern und Videos oder digital gespeicherter Dokumente kann ohne größere Schwierigkeiten vorgenommen werden.⁸¹⁹

3. Datensicherheit

Als zusätzlich zentraler Aspekt ist die Datensicherheit zu betrachten, die eng mit der erforderlichen Datensicherung sowie der erforderlichen Beweissicherung im Zusammenhang steht.⁸²⁰ Der Begriff der Datensicherheit ist selbsterklärend, denn Daten sollen zB vor unerlaubtem Zugriff, Zerstörung oder unbefugter Weitergabe geschützt werden.

Für eine vollständige Beweissicherung bedarf es einer Datenermittlung auf (externen) Speicherkarten und Festplatten besonders dann, wenn eine Manipulation oder Fälschung der digitalen Daten vermutet wird bzw nicht ausgeschlossen werden kann. Voraussetzung für eine Datensicherung auf (externen) Festplatten bzw Speicherkarten ist ein erforderliches Bewusstsein zur Erhaltung sowie Sicherung der Datenqualität.

D. Fazit

Statistisch gesehen steigt der Trend ein Smartphone zu besitzen, von Jahr zu Jahr. Im Jahr 2014 benutzten 46 % der österr Bevölkerung ein Smartphone. Im Jahr 2016 waren es bereits 61 %.⁸²¹

Unser Alltag ist in jeglicher Hinsicht von der Verwendung digitaler Medien geprägt, wir sprechen daher von der „Digitalisierung des Alltags“. Der Besitz des Smartphones oder des Tablets ist schon beinahe selbstverständlich, denn sie sind unsere ständigen Begleiter, im privaten sowie beruflichen Umfeld.

Aufgrund der stetigen technischen Veränderungen und dem nunmehr bestehenden Internetzeitalter, müsste eine ebenso schnelle Entwicklung wie Anpassung des Gesetzgebers vorausgesetzt werden. Somit stellen neue technische Wege und die alltägliche Digitalisierung den Gesetzgeber und selbstverständlich auch den Juristen vor absolut neue Herausforderungen.

⁸¹⁸ Vgl Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel 177.

⁸¹⁹ Vgl Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel 175, 189.

⁸²⁰ Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel 178.

⁸²¹ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/568185/umfrage/smartphone-besitz-und-smartphone-nutzung-in-oesterreich/>.

Selbstverständlich ist auch eine entsprechende „technische Ausstattung der Gerichte“ erforderlich. Verhandlungssäle bzw Gerichtssäle müssen zB den technischen Anforderungen entsprechen und die Durchführung einer Videokonferenz ermöglichen. Auch der Gebrauch eines Notebooks in der Verhandlung ist mittlerweile kaum mehr wegzudenken. Aus Papierakten werden elektronische Akte, die sofort aufrufbar und griffbereit sind.

Im Zusammenhang mit dem Zivilprozessrecht treten unterschiedliche rechtliche Aspekte in den Vordergrund zB die Frage nach der elektronisch gestützten Beweisführung oder auch die Beweisführung mittels elektronischer Dokumente.

Auch die Verwendung digitaler Beweismittel bringt unterschiedliche Vorteile mit sich:

Werden an digitalen Medien Manipulationen oder Fälschungen vorgenommen, ist es technisch möglich, die vorgenommenen Modifikationen nachzuvollziehen bzw nachzuweisen.⁸²²

Bei Bedarf können Daten, die in ihrer Ursprungsform nicht mehr vorhanden sind oder zB auch vernichtet wurden, von einem Fachexperten wiederhergestellt bzw rekonstruiert werden.

Als Vergleich kann das Verbrennen einer Urkunde oder eines Briefes genannt werden und das Formatieren einer Festplatte. Denn offensichtlich ist, dass die verbrannte Urkunde nicht wieder hergestellt werden kann. Eine formatierte Festplatte kann jedoch mit dem entsprechenden technischen Fachwissen und Geräten rekonstruiert und die Daten noch gesichert werden. Eine Wiederherstellung der verlorengegangenen bzw vernichteten digitalen Dateien ist folglich technisch möglich.

In naher Zukunft werden digitale Medien, noch mehr als heute, zur Beweisführung und somit als Beweismittel herangezogen. Da das Verbreiten digitaler Informationen und der Konsum digitaler Medien zunehmen, lässt sich auch eine zwangsläufig zunehmende Bedeutung dieser Informationen und Inhalte als mögliche Beweismittel nicht ausschließen.

Die digitalen Beweismittel sind den „klassischen Beweismitteln“ zuzuordnen:

Eine Zuordnung bzw Subsumtion der digitalen Beweismittel gibt es jedoch im Zusammenhang mit den gesetzlich geregelten Beweismitteln. So können unterschiedliche Medien zB Bilder, Filme, Audio- und Videoaufnahmen als Augenscheinsgegenstände, sofern die Medien

⁸²² Mommsen/Hercher, Digitale Beweismittel 177.

eine unmittelbare Vorstellung des behaupteten Sachverhaltes darstellen, anerkannt werden. Nach der hL sind Ton- und Videoaufzeichnungen, Lichtbilder und elektronische Datenspeicherungen Augenscheinsgegenstände.⁸²³

Sofern Lichtbilder hingegen schriftliche Aufzeichnungen enthalten, sind sie als Urkundenbeweis anzusehen.⁸²⁴ Daher entsprechen sich die rechtlichen Ansichten der deutschen sowie österr Rsp.⁸²⁵

Technische sowie digitale Mittel dienen grundsätzlich dem Sachverständigen, der diese für die Gutachtenerstellung benötigt und einsetzt. Für die Beurteilung digitaler Medien bedarf es somit in bestimmten Fällen der Beiziehung eines Sachverständigen.

Es ist auch naheliegend, dass fehlende Erfahrungswerte mit so manchem digitalen Beweismittel zu einer Rechtsunsicherheit führen.

Selbstverständlich stellt sich die Frage der Verwertbarkeit auch bei „Chatprotokollen“ von Instant-Messaging-Diensten wie zB Facebook oder WhatsApp. Zumal mit der Hilfe von Chatprotokollen unterschiedliche Arten der Kommunikation auch zeitlich unbegrenzt gespeichert werden können.

Im deutschen Recht berichtet *Wurdack*⁸²⁶ von einer gerichtlichen Entscheidung, bei der Chatprotokolle als Beweismittel nach der richterlichen Überzeugungsbildung als Beweismittel anerkannt und als verwertbar angesehen wurden. In dem Sachverhalt wehrte sich ein Mitarbeiter gegen eine vom Gericht zu Unrecht ausgesprochene fristlose Kündigung, denn er konnte sich mittels mehrerer Skype-Chatprotokolle freibeweisen. In diesem Zusammenhang wurden die Würdigung und Verwertbarkeit der Protokolle sowie der Umgang mit den persönlichen Daten von *Wurdack*⁸²⁷ etwas genauer unter die Lupe genommen.

Im Fokus der Entscheidung standen die Würdigung der Protokolle, die Verwertbarkeit der Protokolle als Beweismittel und der entsprechende Umgang mit den persönlichen Daten. Hin-

⁸²³ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1014.

⁸²⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1014; *Walther*, Zur Abgrenzung von Urkundenbeweis, Beweis durch Auskunftssachen und Augenschein im österreichischen Zivilprozessrecht, RZ 1993, 47.

⁸²⁵ Vgl *Momsen/Hercher*, Digitale Beweismittel 178.

⁸²⁶ Vgl Entscheidung Landesgericht Hamm vom 10.7.2012, 14 Sa 1711/10; *Wurdack*, Chatprotokolle als Beweismittel, *salesbusiness* 2012, 32.

⁸²⁷ *Wurdack*, *salesbusiness* 2012, 32.

sichtlich der Würdigung der Protokolle bemisst sich die richterliche Überzeugungsbildung dahingehend, dass die Chatprotokolle tatsächlich vom Kläger stammten. Der Kläger konnte auch ausschließen, dass die Protokolle von einem Dritten verfasst wurden.

Weiters wurden die Protokolle für das Verfahren auch als verwertbares Beweismittel akzeptiert, ein Beweisverwertungsverbot zB Beweismittel greift in eine verfassungsrechtlich geschützte Grundposition des Gegners ein, konnte nicht geltend gemacht werden.

Der Umgang mit den persönlichen Daten und Angelegenheiten in den elektronischen Systemen ist einem Unternehmen klar zu definieren.

Für eine zukünftige sowie herkömmliche Beweisführung mit digitalen Beweismitteln im Zivil- oder Strafprozess ist die sichere sowie verlässliche Verwendung aus rechtlicher Sicht zu gewährleisten. Somit spielt die Rechtssicherheit und Verlässlichkeit der Beweismittel zur Sachverhaltsfeststellung eine zentrale Bedeutung im allgemeinen Beweisverfahren.

Einerseits obliegt dem Gericht die Beweiswürdigung des vorgelegten digitalen Beweismittels und andererseits ist es für die Parteien vor einem Prozess ausschlaggebend, ihre Gewinnaussichten ihrer digitalen Mittel zum Sachverhaltsbeweis zu beurteilen.

In einem Strafverfahren können digitale Mittel als Indizien im Verfahren aufgenommen werden. In der Praxis kann es beim Delikt des Diebstahls vorkommen, dass das Diebesgut nicht auffindbar ist und auch Zeugen des Diebstahls nicht bereit sind, eine Zeugenaussage zu tätigen. In diesen Fällen bleibt oft nur eine Sachverhaltsfeststellung mittels digitaler Medien zB Videoaufnahme eines Handtaschenraubes oder eines Wohnungseinbruchdiebstahls. Der Sachverhaltsfeststellung liegt eine gerichtliche Entscheidung zugrunde.

X. Verwertbarkeit von digitalen Beweismitteln

A. Rechtswidrig erlangte Beweismittel

1. Allgemeines

Vorab ist, betreffend die Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln, zwischen der Beweiserlangung, der Beweisaufnahme und der Beweisverwertung zu unterscheiden.⁸²⁸

Einzig die Beweiserlangung findet entweder vor oder außerhalb des Prozesses statt. Die Beweisaufnahme und –verwertung erfolgen jedoch im Rahmen des Zivilprozesses. Somit würde sich der etwaige Rechtsverstoß, die rechtswidrige Erlangung von Beweismitteln, entweder vor oder außerhalb des Prozesses erfolgen. Beispielsweise kann mittels unbefugten Datenzugriffs oder durch unbefugtes Abhören oder durch heimlich aufgenommene Gespräche ein Beweismittel rechtswidrig erlangt werden.

2. Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel

Die Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels im Prozess kann grds vorgenommen werden. Im Zusammenhang mit den bereits dargestellten Beweismittelverboten, aufgrund dessen die generelle Benützung bestimmter Beweismittel oder aufgrund bestimmter Tatsachen verboten ist, wird auch die Zulässigkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln zum Verfahren diskutiert. Nach der hA führt die rechtswidrige Erlangung eines Beweismittels nicht auch zugleich zu dessen Unverwertbarkeit.

Aufgrund der sogenannten „Trennungstheorie“ müssen die materielle Rechtswidrigkeit und die prozessuale Verwertbarkeit nicht unbedingt zusammen hängen.⁸²⁹ So ist zB ein Zeuge, der entgegen seiner Verschwiegenheitspflicht aussagen möchte, auf alle Fälle zu vernehmen, obwohl damit ein Verstoß gegen materielles Recht, sein Aussageverweigerungsrecht, vorliegt. Somit hat aufgrund des soeben dargestellten Trennungsgrundsatzes, die Beurteilung der prozessualen Verwertbarkeit nach eigenständigen und vom materiellen Recht unabhängigen Normen zu erfolgen.⁸³⁰

⁸²⁸ Baurecht, Verwendung und Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln - Zivilprozessuale und datenschutzrechtliche Grenzen, NetV 2006, 97; Kodek, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilprozess, ÖJZ 2001, 287

⁸²⁹ Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ Rz 786.

⁸³⁰ Kodek, ÖJZ 2001, 288.

3. Rechtsgrundlagen

a) Zivilrecht

Nach dem ABGB ist auf die Einhaltung der Wahrung der Privat- sowie Geheimsphäre unbedingt Bedacht zu nehmen.⁸³¹ Die Geheimsphäre betrifft den Schutz intimer Daten und Informationen, die Privatsphäre beschäftigt sich mit dem Familienleben, den eigenen Interessen, Gewohnheiten und Neigungen sowie aller Aspekte der Intimsphäre.⁸³²

Vom Persönlichkeitsschutz sind der Bildnisschutz, der Schutz des Rechtes am gesprochenen Wort, der Namensschutz sowie der Schutz auf Wahrung der Privatsphäre erfasst.⁸³³ Bei einem rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in die Rechte der Privatsphäre ist der Ersatz eines ideellen Schadens zB Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung durch eine Bloßstellung in der Öffentlichkeit vorgesehen.

b) Zivilprozessrecht

Die österr ZPO enthält zur Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln keine explizite gesetzliche Regelung. In diesem Zusammenhang kann aber auf die Urkundenvorlagepflicht verwiesen werden.⁸³⁴ Danach trifft die Parteien zur Sachverhaltsdarstellung eine weitgehende Mitwirkungs- und Vorlagepflicht. Der Gegner kann alle relevanten Urkunden zur Vorlage verlangen, unabhängig davon wem sie gehören oder welche Rechte an der Urkunde bestehen.⁸³⁵ Die gesetzliche Urkundenvorlagepflicht betrifft jedoch nach hM nicht nur Urkunden, sondern auch Tonbandaufnahmen zB eines gemeinsamen Gespräches, obwohl diese nach der österr ZPO eher als Augenscheinsgegenstände zu qualifizieren sind.⁸³⁶ Den Inhaber einer Tonbandaufnahme trifft somit nach § 304 ZPO eine unbedingte Vorlagepflicht, die auch für die Urkundenvorlage gilt.

c) Datenschutzgesetz

Das Grundrecht auf Datenschutz ist in § 1 DSG geregelt. Danach hat jedermann den Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht, und zwar gegenüber jedermann. Als Daten werden Angaben über Betroffene bezeichnet, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist.⁸³⁷ Sobald

⁸³¹ Vgl § 16 ABGB.

⁸³² Vgl Art 8 EMRK; § 1328a ABGB.

⁸³³ *Baurecht*, NetV 2006, 97.

⁸³⁴ Vgl §§ 303 ff ZPO.

⁸³⁵ *Kodek*, ÖJZ 2001, 288.

⁸³⁶ *Baurecht*, NetV 2006, 98; vgl § 318 ZPO.

⁸³⁷ Vgl § 1 DSG; *Baurecht*, NetV 2006, 98.

ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht, hat man einen Anspruch auf Geheimhaltung sowie einen Schutz auf Ermittlung und Weitergabe seiner personenbezogenen Daten.

Werden unrechtmäßig erlangte personenbezogene Daten bei Gericht vorgebracht, gilt dies als Verstoß gegen das Recht auf Datenschutz. *Baurecht*⁸³⁸ bringt das Beispiel einer gestohlenen Geburtsurkunde des A, die der B zuvor gestohlen hat und nunmehr von seinem Rechtsanwalt vorgelegt wird.

4. Zusammenfassung

Die hL erkennt an, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess aufgenommen und verwertet werden können. Erfordert eine Notsituation die Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels, kann dieses auch nach der Rsp aufgenommen werden.⁸³⁹ Als zulässige Notsituation nennt *Baurecht*⁸⁴⁰ die Tatsache, dass für eine Prozesspartei eine Tonbandaufnahme das einzige wirksame Mittel ist, um zu beweisen, dass der Prozessgegner die Unwahrheit sagt.

Weder im Strafprozess- noch im Zivilprozessrecht gibt es ein Verwertungsverbot hinsichtlich rechtswidrig erlangter Beweismittel.

Nach der Rsp ist somit auch die rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahme als Beweismittel zulässig, in diesem Zusammenhang bedarf es auch keiner Interessensabwägung.⁸⁴¹ Folglich kann eine Verschriftlichung einer rechtswidrig hergestellten Tonbandaufnahme vorbehaltlos als Beweismittel zugelassen werden.⁸⁴²

Die Lehre sieht eine Interessensabwägung allerdings dann vor, sobald es um die Weiter- oder Wiedergabe der Aufzeichnungen des Tonbandes im Prozess geht. Nur in den Sonderfällen, wenn das Interesse der einen Partei, einen finanziellen Nachteil zu vermeiden, höherwertig ist als die verletzte Privatsphäre des Beeinträchtigten, ist die Weiter- oder Wiedergabe des Tonbandes gerechtfertigt.⁸⁴³

⁸³⁸ *Baurecht*, NetV 2006, 99; vgl § 32 DSG (Anspruch auf Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch); vgl § 33 Abs 1 S 1 DSG (Schadenersatzanspruch).

⁸³⁹ Vgl 4 Ob 247/99y.

⁸⁴⁰ *Baurecht*, NetV 2006, 99.

⁸⁴¹ 1 Ob 172/07m JBl 2008, 722 = Zak 2008/282; aM 3 Ob 131/00m; 6 Ob 190/00m.

⁸⁴² *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁹ Rz 167.

⁸⁴³ *Baurecht*, NetV 2006, 99.

Ein gesetzlicher Lösungsanspruch der Tonbandaufnahme des Betroffenen ergibt sich folglich aus § 16 ABGB und § 27 DSG. Die Beweisaufnahme von rechtswidrigen Beweismitteln kann lediglich dann ausgeschlossen werden, sofern sie ein verfassungsmäßig besonders geschütztes Grund- oder Freiheitsrecht (zB körperliche Verletzung; Entführung einer Person; Nötigung ein Zeugen/einer Partei/eines Sachverständigen zur Erzwingung einer Aussage) verletzen.⁸⁴⁴

In der Lit werden dazu mehrere Beispiele angeführt. So erwähnt *Deixler-Hübner/Klicka*⁸⁴⁵ folgende Sachverhalte: Schlägt der Beweisführer den Zeugen nieder und bedroht ihn im Fall, dass er nicht über eine Wahrnehmung aussagt mit dem Umbringen, so soll dieses Beweismittel nicht verwendet werden dürfen. Hat die Ehefrau ihren Mann nur abgehört, um eine Eheverfehlung beweisen zu können, so soll die Tonbandaufnahme vom Gericht verwertet werden dürfen, weil dieser Eingriff in die Privatheit nicht so schwer wiegt, wie der Zwang für den Richter, sehenden Auges ein falsches Urteil fällen zu müssen.

B. Moderne Beweismittelführung

Letztlich geht es um die rechtliche Frage, ob die modernsten Kommunikationstechnologien als Beweismittel anerkannt und in das Beweisaufnahmeverfahren aufgenommen werden. Dabei ist abzuklären, unter welchen wesentlichen Gesichtspunkten dies möglich bzw nicht möglich ist.

Die „forensische Untersuchung“ dient einer transparenten, unabhängigen und gerichtlich verwertbaren Aufbereitung mittels unterschiedlicher vorgelegter Nachweise zur Sachverhaltsdarstellung.⁸⁴⁶

Bei den einzelnen Untersuchungsschritten ist die sogenannte Chain-of-Custody (CoC)⁸⁴⁷ einzuhalten. Dabei wird im Zusammenhang mit der Datenanalyse sichergestellt, dass diese auch restlos von der angegebenen Quelle stammen (Authentizität), die Daten nicht manipuliert wurden (Integrität) und die Nachvollziehbarkeit des Ergebnisfindungsprozesses vorliegt (Wiederholbarkeit).

Um eine entsprechende Faktenlage schaffen zu können, werden von den Forensik-Experten nicht nur Papierdokumente, sondern vor allem auch elektronische Daten zB E-

⁸⁴⁴ *Ballon*, Zivilprozessrecht¹² Rz 238; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 934, 936; *Rechberger-Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 773; 2 Ob 272/97g, EvBl 1998/69.

⁸⁴⁵ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁹ Rz 167 f.

⁸⁴⁶ *Janhsen/Mair/Schlepitza*, Forensische Analyse-Methoden im Insolvenzfall, in *Konecny* (Hrsg) Insolvenzforum 2015 (2016) 25.

⁸⁴⁷ *Janhsen/Mair/Schlepitza* in *Konecny* Insolvenzforum 2015, 26.

Mails, Daten von Smartphones und Tablets, Chatverläufe, Server-Daten etc gesammelt, aufbereitet und analysiert.⁸⁴⁸

Eine forensische Analyse von Audio- und Videodaten ist ein wichtiger Bestandteil der heutigen modernen Beweismittelführung. Es kommt vor, dass digitale Aufzeichnungen zB Fotos oder Videos von derart schlechter Qualität sind, aber trotzdem als Beweismittel vom Gericht zugelassen werden. Im Rahmen einer digitalen Forensik wird die ursprünglich schlechte Bild- und Tonqualität nunmehr analysiert.⁸⁴⁹

Eine forensische Analyse kann folgende Ergebnisse liefern: Detailerkennungen in Video- und Audioaufzeichnungen; vorgenommene Veränderungen in der Aufnahme; handelt es sich um eine Originalaufnahme oder ist sie lückenhaft; wo wurde die Aufnahme tatsächlich gemacht.

Auch kann eine forensische Software hilfreich sein, um mögliche Veränderungsspuren bei digitalen Medien zB bei Textdokumenten im Nachhinein festzustellen und somit den Beweiswert entsprechend feststellen. Damit sich das Gericht über den Bildinhalt oder die Tonaufnahme eine entscheidungsrelevante Beurteilung erlauben kann, müssen die Aufzeichnungen deutlich erkennbar und verständlich sein. Wie bereits bei der Verwertbarkeit des digitalen Beweismittels erwähnt, obliegt es dem Sachverständigen, die Art und Weise der Datenerhebung zu begutachten.⁸⁵⁰ Mit Hilfe der IT-Forensik werden die Daten gefiltert und -sichert sowie analysiert. Das Ergebnis der forensischen Untersuchung wird in einem objektiven und vorurteilsfreien Bericht festgehalten und dient als Entscheidungshilfe für die Wahrheitsfindung im Gerichtsverfahren.⁸⁵¹

Die Datenanalyse elektronischer Beweismittel wird „eDiscovery“ genannt. Die Ermittler nehmen eine detaillierte und vollständige Analyse der Datenmasse vor.⁸⁵² Bei Hausdurchsuchungen werden zB Computerfestplatten, E-Mailboxen und E-Mailserver sowie Datenbänder sichergestellt. Für die Ermittler bedeutet dies, dass eine rasche Analyse der unstrukturierten Daten (Electronically Stored Information) vorzunehmen ist. Darunter können sich auch PDF-Dokumente, E-Mails oder auch Office-Dokumente befinden.

⁸⁴⁸ Janhsen/Mair/Schlepitka in Konecny Insolvenzforum 2015, 25 f.

⁸⁴⁹ Knopp in Fischer/Maehle/Reischek 180.

⁸⁵⁰ Heinson, IT-Forensik, Zur Erhebung und Verwertung von Beweisen aus informationstechnischen Systemen (2015) 122.

⁸⁵¹ Janhsen/Mair/Schlepitka in Konecny 26 f.

⁸⁵² Beham, eDiscovery – Die Analyse elektronischer Beweismittel, Compliance Praxis 2011, 14.

Beim eDiscovery werden somit die elektronisch gespeicherten Informationen gesammelt, aufbereitet, analysiert und verwertet.⁸⁵³ Beim „Electronic Discovery Reference Model“ (EDMR) werden seit 2008 eine einheitliche Sprache und ein standardisierter Ermittlungsprozess zur Verfügung gestellt. Hinsichtlich digitaler Beweismittel werden im EDMR die Daten identifiziert und - wie bereits dargestellt analysiert - bis sie dem Gericht vorgelegt werden können.⁸⁵⁴ Somit schließt der EDMR-Prozess mit einer Präsentationsphase der analysierten Ergebnisse ab und können die fallrelevanten, elektronisch gespeicherten Daten und Informationen dem Gericht präsentiert werden.⁸⁵⁵

⁸⁵³ Beham, Compliance Praxis 2011, 14.

⁸⁵⁴ <http://www.edrm.net/frameworks-and-standards/edrm-model/>.

⁸⁵⁵ Beham, Compliance Praxis 2011, 16.

XI. EXKURS: Schiedsverfahren mit modernen Kommunikationstechnologien

A. Einleitung

Unter einer Schiedsgerichtsbarkeit ist eine staatlich angeordnete Rechtsverfolgung zu verstehen, die vor nichtstaatlichen Entscheidungsorganen, den sogenannten Schiedsgerichten stattfindet.

Den Schiedsgerichten wird von den Parteien durch eine Schiedsvereinbarung die Entscheidung in einem Rechtsstreit übertragen und diese übernehmen somit als Rechtsschutzeinrichtungen Entscheidungen über Privatrechtsstreitigkeiten anstelle von ordentlichen Gerichten.⁸⁵⁶

Die Verfahrensgestaltung obliegt primär den Parteien, sofern eine Schiedsvereinbarung getroffen wurde. Liegt keine Vereinbarung vor, ist das Schiedsgericht zuständig für die Schiedsverfahrensgestaltung.⁸⁵⁷ Die Inanspruchnahme eines Schiedsgerichtes erfolgt aufgrund unterschiedlichster Motive:⁸⁵⁸

- Streitbeilegung unter Ausschluss der Öffentlichkeit und ohne Kenntnis der staatlichen Behörden und Gerichte (Geheimhaltungsinteresse)
- Fachkundiger Schiedsrichter entscheidet
- Rasche und formfreie Verfahrensgestaltung
- Entscheidung von Streitigkeiten aus „internationalen“ Handelsgeschäften

Diesen Motiven stehen folgende Gefahren gegenüber:

- Mangelnde Objektivität der Schiedsrichter und
- Ungleiche Verteilung der wirtschaftlichen und faktischen Macht zwischen den Parteien, durch die dem Schwächeren ein Schiedsgericht aufgezwungen werden könnte.

Der Vorteil dieser raschen, formfreien – nur manche Regelungen sind zwingend - und vertraulichen Verfahrensgestaltung ist ein wesentliches Motiv für das Abhalten bzw Vereinbaren eines Schiedsverfahrens. Selbstverständlich wird dies mit dem Einsatz moderner Techniken wie zB des Internets zunehmend verstärkt.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ Fasching, Lehrbuch² Rz 2164.

⁸⁵⁷ Jud/Högler-Pracher, Schiedsverfahren mit modernen Kommunikationstechniken, ecolex 1999, 604 f.

⁸⁵⁸ Fasching, Lehrbuch² Rz 2165.

⁸⁵⁹ Kilches, Elektronische Medien für Juristen, NetV 1998, 9.

B. Schiedsverfahren via Internet

Wie bereits an diversen Beispielen dargelegt, kann eine Kommunikation zwischen mehreren Menschen erfolgen, ohne dass diese zeitgleich persönlich anwesend sind. Dies eben schriftlich per Chat oder audiovisuell mittels einer Videokonferenz.

Inwieweit nun der Interneteneinsatz bei einzelnen Schritten des Schiedsverfahrens - Abschluss des Schiedsvertrages, Verfahrensgestaltung, Beratung und Abstimmung der Schiedsrichter und Erlassung des Schiedsspruches - zulässig ist, wurde genauestens untersucht.⁸⁶⁰

1. Abschluss des Schiedsvertrages

Der Abschluss des Schiedsvertrages muss, auf Grundlage der ZVN 1983, verschriftlicht werden, um einen entsprechenden Beweis für den Verzicht auf die ordentliche Gerichtsbarkeit zu erlangen.⁸⁶¹ Zudem ist der Vertrag vom Erklärenden eigenhändig zu unterfertigen, um nachweisen zu können, dass dieser auch tatsächlich dem Erklärenden zuzurechnen ist. Nicht nur das Schriftlichkeitsgebot wurde im Laufe der Zeit gelockert, es kam auch zu einer weit gefassten Auslegung des Unterschriftserfordernisses, bei der das Beisetzen des Namens zB in Blockschrift als ausreichend angesehen wurde.⁸⁶² Sofern Schiedsverträge in Telegrammen und Fernschreiben enthalten waren, wurde auf das Unterschriftserfordernis vollständig verzichtet.⁸⁶³ In diesen Fällen wurde die eigenhändige Unterschrift von der Namensangabe ersetzt.⁸⁶⁴ Weiters wurde auch der Abschluss des Schiedsvertrages mittels „Telefax“ als zulässig erachtet, dies auch unter dem Aspekt, dass das Telefax bereits 1983 als verbreitetes Telekommunikationsmittel genutzt wurde.⁸⁶⁵

Bereits 1989 wurde von *Fasching* das Zustandekommen eines Schiedsvertrages im Wege einer Datenübermittlung durch einen Computerverbund anerkannt, vorausgesetzt die schriftliche Vereinbarung wurde in der deutschen (oder einer anderen verkehrsüblichen und übersetzbaren menschlichen) Sprache und mit allgemein lesbaren Schriftzeichen abgefasst.⁸⁶⁶ Als „Computerverbund“ ist jedoch nicht das heutzutage weltweit bekannte Internet zu verstehen,

⁸⁶⁰ Vgl. *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 601 ff; *Niklas*, IHR 2004/3, 103 ff.

⁸⁶¹ *Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, Schriftform und neu zugelassene technisch bedingte Übermittlungsformen (§ 577 Abs 3 ZPO), *ÖJZ* 1989, 289.

⁸⁶² *Fasching*, *ÖJZ* 1989, 291; *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 2179; *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 601.

⁸⁶³ *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 2179/1.

⁸⁶⁴ *Fasching*, *ÖJZ* 1989, 297.

⁸⁶⁵ Vgl. *Backhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts (1990) 26; *Fasching*, *ÖJZ* 1989, 295.

⁸⁶⁶ *Fasching*, *ÖJZ* 1989, 296; *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 2179/3.

denn dabei wird lediglich eine direkte Verbindung zwischen zwei Computer hergestellt, ohne dass dabei mehrere Server zwischen geschaltet werden.

Nach *Fasching* ist eine elektronische Übermittlungsart jedoch nur dann zulässig, sofern eine Übermittlungs- und Textsicherheit zum Nachweis der Schiedsvereinbarung sichergestellt werden kann.⁸⁶⁷

Findet der Abschluss des Schiedsvertrages jedoch per „Internet“ statt, stellt sich mE selbstverständlich die Frage nach der Übermittlungssicherheit. Um dieser Grundproblematik entgegen zu wirken, kann die digitale Signatur für die sichere Übermittlung elektronischer Daten verwendet werden. Sie identifiziert nachweislich den Absender und schließt eine Fälschung der gesendeten elektronischen Dateien aus.⁸⁶⁸ Selbstverständlich sind iZm der elektronischen Signatur umfangreiche Sicherheitsanfordernisse einzuhalten, dies vor allem auch, um ihre Verwendung als Beweismittel und ihre rechtliche Wirksamkeit einhalten zu können.⁸⁶⁹

2. Grundsätze der Verfahrensgestaltung

Über die Gestaltung des Schiedsverfahrens via Internet gab es bereits vor rund 20 Jahren durchaus kritische Überlegungen, denn einerseits wurde die Art und Weise der neuen technischen Kommunikationsmedien bei der Verfahrensgestaltung und andererseits die Vereinbarkeit einer Videokonferenz mit den Verfahrensgrundsätzen diskutiert.

Auch wenn *Jud/Högler-Pracher*⁸⁷⁰ von einem technisch problemlos vorstellbaren schriftlichen Textchat zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern sprechen, ist das Zeitalter der Technik heute bereits so weit vorangeschritten, dass eine videogestützte Kommunikation alltäglich durchführbar ist.

Selbst *Geiger*⁸⁷¹ spricht sich, bei Gerichtsverfahren mittels Videokonferenzen dezidiert gegen die Vereinbarkeit des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatzes bei der Beweisaufnahme aus, obwohl es in Deutschland dazu bereits eine verfahrensrechtliche Versuchsreihe gab.

Wie bereits dargestellt, obliegt die Verfahrensregelungsbefugnis den Parteien und dem Schiedsgericht. In diesem Zusammenhang ist somit der Grundsatz der Verfahrensgestaltung,

⁸⁶⁷ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2179/3.

⁸⁶⁸ Das SigG regelte bis 30. Juni 2016 die Rahmenbedingungen der elektronischen Signaturen; siehe dazu Näheres: <https://www.digitales.oesterreich.gv.at/signaturgesetz>; vgl *Forgo*, Was und wozu dienen elektronische Signaturen? *ecolex* 1999, 235; vgl *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 602.

⁸⁶⁹ Vgl *Menzel*, Elektronische Signatur im Geschäftsverkehr, JAP 2000/2001, 181 f.

⁸⁷⁰ *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 604.

⁸⁷¹ *Geiger*, Gerichtsverfahren mittels Videokonferenzen, ZRP 1998, 365 f.

vor allem bei der Durchführung der Schiedsverfahren mittels Internet, zu beachten. Die Parteien und das Schiedsgericht haben sich bei der Gestaltung des Schiedsverfahrens zwingend an die gesetzlichen Gebote zu halten.⁸⁷²

Dabei haben beide Parteien nicht nur das „Gebot des rechtlichen Gehörs“ zu beachten, sondern auch den Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot echter Versäumnungsentscheidungen und die Unzulässigkeit der Anordnung von Zwangsmaßnahmen.⁸⁷³

Im Ermessen des Schiedsgerichtes liegt das Gebot des rechtlichen Gehörs, das mündlich oder auch schriftlich erfolgen kann. Das rechtliche Gehör hat als gerichtliche Entscheidungsgrundlage ausschließlich vor dem Schiedsgericht zu erfolgen, wird es aber mündlich gewährt, bedarf es nicht die Anwesenheit aller Schiedsrichter.⁸⁷⁴ Durch das Gebot des rechtlichen Gehörs besteht für die Parteien der Anspruch gehört zu werden und für das Gericht entsteht eine Anhörungspflicht.

Der verfassungsrechtlich verankerte „Grundsatz der Gleichbehandlung“ ist eng verbunden mit dem Grundsatz der Waffengleichheit und vermeidet eine verfahrensrechtliche Ungleichbehandlung der Parteien bzw willkürliche Ermessensentscheidungen, die nicht den gesetzlichen Verfahrensregeln entsprechen.

Zwingend zu beachten hat das Schiedsgericht die Besetzungsvorschriften und die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes, das Vorliegen eines gültigen Schiedsvertrages sowie die persönlichen Prozessvoraussetzungen zB die Partei- und Prozessfähigkeit.⁸⁷⁵

Die restlichen Verfahrensschritte, Grundsatz der Öffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit, unterliegen einer dispositiven Gestaltung.⁸⁷⁶ Grundsätzlich ist die Öffentlichkeit vom Schiedsverfahren ausgeschlossen, es kann aber auch Gegenteiliges vereinbart werden. In Ausnahmefällen kann auch eine Einigung für ein Abgehen einer mündlichen Verhandlung erfolgen, dies zB mündlicher Verhandlungsverzicht bei einer unstreitigen Sachverhaltsdarstellung oder bei einem unverhältnismäßig hohen zeitlichen wie finanziellen Auf-

⁸⁷² Rechberger, ZPO⁴ §§ 577 ff.

⁸⁷³ Fasching, Lehrbuch² Rz 2207.

⁸⁷⁴ Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht (1973) 103; ders, Lehrbuch² Rz 2207.

⁸⁷⁵ Fasching, Lehrbuch² Rz 2208.

⁸⁷⁶ Fasching, Schiedsgericht 104; ders, Lehrbuch² Rz 2209.

wand, der mit dem durchzuführenden Rechtsstreit in keiner Relation steht.⁸⁷⁷ Auch beim Grundsatz der Unmittelbarkeit sind die Schiedsrichter, sofern dies von den Parteien nicht gesondert vereinbart wurde, nicht dazu verpflichtet, die Beweisaufnahme in deren vollständigen Anwesenheit durchzuführen.⁸⁷⁸

Die Verfahrensgestaltung via Internet ist aufgrund der bestehenden Flexibilität des Schiedsverfahrens durchaus möglich und vorteilhaft. Die Verfahrensgrundsätze stehen einer dem Einsatz von modernen Kommunikationsmitteln nicht entgegen.⁸⁷⁹

Der Einsatz technischer Vorkehrungen bringt vor allem Erleichterungen für die Parteien, denn diese können – im Rahmen des rechtlichen Gehörs – ihre mündliche Stellungnahme mittels Videokonferenz und ihre schriftliche Stellungnahme mittels E-Mail vorbringen. Dadurch findet wiederum eine Kosten- und Zeitersparnis statt, denn die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit sind im Schiedsverfahren nicht zwingend anwendbar.

Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass auch die Anpassungsfähigkeit bei der Durchführung des Schiedsverfahrens seine Grenzen hat, denn dies liegt nicht im freien Ermessen des Schiedsgerichtes.⁸⁸⁰ Den Parteien obliegt die freie Vereinbarung zur Verfahrensbestellung der Schiedsrichter, mit dem in weiterer Folge der Schiedsrichtervertrag mit all seinen Rechten und Pflichten schriftlich vereinbart wird.⁸⁸¹ Die Parteien können jedoch, vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften zur Durchführung des Schiedsverfahrens, von einer Verfahrensgestaltungsfreiheit Gebrauch machen.⁸⁸²

Selbstverständlich ist das Gebot, den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren, auch bei der Verfahrensgestaltung per Internet einzuhalten. Ist es der Partei möglich, mittels einer Internet-Videokonferenz oder mittels Kommunikation per E-Mail einvernommen zu werden, kann das rechtliche Gehör gewahrt werden.⁸⁸³

⁸⁷⁷ Fasching, Schiedsgericht 104; *Jud/Högler-Pracher*, ecolex 1999, 605.

⁸⁷⁸ Fasching, Schiedsgericht 104; *ders*, Lehrbuch² Rz 2209; *Jud/Högler-Pracher*, ecolex 1999, 603.

⁸⁷⁹ *Jud/Högler-Pracher*, ecolex 1999, 603; Niklas, Schiedsverfahren via Internet – Juristische Möglichkeiten der Verfahrensabwicklung via Internet nach der ZPO, IHR 2004/3, 103 ff.

⁸⁸⁰ Rechberger, ZPO⁴ § 587 Abs 1 Rz 1.

⁸⁸¹ Rechberger, ZPO⁴ § 587 Abs 1 Rz 2.

⁸⁸² Rechberger, ZPO⁴ § 594 Rz 1 ff; *Jud/Högler-Pracher*, ecolex 1999, 603.

⁸⁸³ Rechberger, ZPO⁴ § 594 Rz 4; *Jud/Högler-Pracher*, ecolex 1999, 604.

3. Beratung und Abstimmung der Schiedsrichter

Für die Beratung und Abstimmung der Schiedsrichter und folglich für das Zustandekommen des Schiedsspruches bedarf es keiner persönlichen Anwesenheit der Schiedsrichter.⁸⁸⁴ Eine Vorgabe zur Vorgehensweise bei der Beratung und Abstimmung ist gesetzlich nicht geregelt, daher ist selbstverständlich eine schriftliche Beratung – mittels Umlaufbeschluss per Internet - ohne persönlich anwesende Schiedsrichter zulässig.⁸⁸⁵

4. Schiedsspruch

Der Schiedsspruch ist schriftlich zu verfassen und von allen Schiedsrichtern eigenhändig zu unterfertigen.⁸⁸⁶ Ausreichend ist die Unterschrift der Mehrheit der Schiedsrichter dann, wenn am Schiedsspruch vermerkt wird, dass die restlichen Schiedsrichter die Unterschrift verweigern oder dass der Unterzeichnung durch sie ein in angemessener Zeit nicht zu beseitigendes Hindernis entgegensteht.⁸⁸⁷ Die Schiedsrichter haben technisch jedoch die Möglichkeit, einen Schiedsspruch per E-Mail zu erhalten und diesen mittels qualifizierter elektronischer Signatur eigenhändig zu unterschreiben.⁸⁸⁸ Diese Form der Unterfertigung entspricht dem gesetzlichen Unterschriftserfordernis und gehört zu den Verpflichtungen eines Schiedsrichters.⁸⁸⁹ In den Unterschriften des Schiedsrichters wird „der nach außen tretende Vollzugsakt der darin liegenden Willenserklärungen der Schiedsrichter auf Verleihung, Wirksamkeit, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches“ gesehen.⁸⁹⁰

5. Zusammenfassung

Aufgrund der fehlenden Übermittlungssicherheit, stellt der Vertragsabschluss einer Schiedsvereinbarung via Internet keine zulässige Abschlussform dar. Ein gültiger Abschluss kann jedoch erfolgen, sofern die elektronische Willenserklärung mittels sicherer digitaler Signatur übermittelt wird.⁸⁹¹

Da den Parteien eines Schiedsverfahrens freie Gestaltbarkeit hinsichtlich der Öffentlichkeit, der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens gegeben ist, kann eine Videokonferenz dann durchgeführt werden, wenn diese Art der Verfahrensgestaltung von den Parteien

⁸⁸⁴ Fasching, Lehrbuch² Rz 2209, 2215.

⁸⁸⁵ Fasching, Schiedsgericht 108.

⁸⁸⁶ Fasching, Lehrbuch² Rz 2216; Rechberger, ZPO⁴ § 606 Rz 1.

⁸⁸⁷ Vgl § 593 Abs 2 ZPO; Jud/Högler-Pracher, ecolex 1999, 606.

⁸⁸⁸ Vgl § 4 Abs 1 SigG; vgl § 4 Abs 1 SVG; Rechberger, ZPO⁴ § 606 Rz 7.

⁸⁸⁹ Fasching, Lehrbuch² Rz 2000.

⁸⁹⁰ Fasching, Schiedsgericht 71; Jud/Högler-Pracher, ecolex 1999, 606; Rechberger, ZPO⁴ § 606 Rz 3 ff.

⁸⁹¹ Vgl § 4 Abs 1 SigG.

oder vom Schiedsgericht festgelegt wird. Die zivilgerichtlichen Verfahrensgrundsätze des rechtlichen Gehörs und der Gleichbehandlung sind jedoch selbstverständlich auch beim Schiedsverfahren zu beachten.

Die Form der Beratung und Abstimmung der Schiedsrichter wird entweder von den Parteien festgelegt oder von den Schiedsrichtern bestimmt. Diese können entweder schriftlich oder mündlich beraten und abstimmen. Folglich kann eine Beratung oder Abstimmung auch auf elektronischem Wege zB per Mail oder per Videokonferenz und auch mittels des Internets zB per Internet-Videokonferenz oder Chat erfolgen.

Nach § 592 ZPO Abs 1 aF kann, durch die Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur, der Schiedsspruch durch die Schiedsrichter per E-Mail eigenhändig unterfertigt werden.

Aus all diesen Aspekten geht mE eindeutig hervor, dass der Einsatz des Internets selbstverständlich auch im Schiedsverfahren zu verfahrensrechtlichen Vorteilen führt. Da Schiedsverfahren meist sehr teuer sind, kann durch die online Durchführung des Verfahrens eine Kostenreduktion herbeigeführt werden. Die Zeitersparnis ergibt sich aufgrund der schnelleren Abwicklung der Schiedsverfahren. Die Verwendung von E-Mails und der Gebrauch des Internetzuganges sind heutzutage bereits selbstverständlich und alltäglich.

XII. Rechtsvergleichende Betrachtungen im Überblick

A. USA

Das amerikanische „Pre-Trial Discovery-Verfahren“ sieht vor, dass eine Beweismittelbeschaffung zur Prozessvorbereitung ohne die Mitwirkung des Gerichtes zu erfolgen hat. Den Parteien wird somit, im Rahmen der modernen Informationstechnologie Großteils ein vorprozessuales Beweisermittlungsrecht eingeräumt.⁸⁹² In den USA werden Urkunden, deren Aufbewahrung als Beweismittel ganze Lagerhäuser füllen könnten, mit unterschiedlichen Computerprogrammen archiviert und so sichergestellt.⁸⁹³

Auch die Zeugeneinvernahme erfolgt nunmehr mittels moderner Protokollierungsmethoden, den sogenannten „Computer-Assisted Transcription“ (CAT). Diese moderne Art der Informationstechnologie löst die amerikanische Protokollierung der Verhandlung mittels Stenographiermaschinen ab.⁸⁹⁴ Die Court reporting-Firmen bieten den amerikanischen Gerichten an, die protokollierte Vernehmung in Form von einer Ton- und Videoaufnahme auf einer CD-ROM darzustellen.⁸⁹⁵ Die Protokollierung der aufgenommenen Zeugeneinvernahme kann auch mittels Fernübertragung oder mittels Videokonferenztechnik vorgenommen werden. Eine Volltext-, Bild- und Tonübertragung des Protokolls erfolgt über den Einsatz einer „streaming-Technologie“, bei der es den Anwälten möglich ist, die Einvernahme mit einer Mehrkanalübertragung zu erhalten.⁸⁹⁶

Im Rahmen dieser pre-trial discovery Beweisermittlung können grds alle Daten, Informationen und Gegenstände, die für den Verfahrensausgang relevant sein, als Beweismittel herangezogen werden.⁸⁹⁷ Selbstverständlich können als elektronische Beweismittel auch SMS, E-Mails sowie Telefonaufzeichnungen herangezogen werden.

⁸⁹² Grötschl, E-Mails 172; Kodek in FS M. Schneider 335.

⁸⁹³ Kodek in FS M. Schneider 335.

⁸⁹⁴ Kodek in FS M. Schneider 341.

⁸⁹⁵ Kodek in FS M. Schneider 335 f.

⁸⁹⁶ Kodek in FS M. Schneider 335 f.

⁸⁹⁷ Grötschl, E-Mails 173; Kodek in FS M. Schneider 336; vgl FRCP 34 (a): „Any party may serve on any other party a request (...) to produce and permit the party making the request (...) to inspect, copy any designated documents (including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound records, images, and other data or data compilations from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form (...).“

In diesem Zusammenhang sind die sogenannten „pre-trial conferences“ zu erwähnen, bei denen kommerzielle chatrooms als kostengünstigere Variante zur Videokonferenz verwendet werden.⁸⁹⁸ Für die Videokonferenzschaltungen reicht ein einfaches sprachaktiviertes Umschaltssystem nicht aus, daher sind im Rahmen eines „split screen image“ mehrere Bildschirme oder ein unterteilter Bildschirm erforderlich.

Die USA als absoluter Vorreiter bei der Durchführung von Videokonferenzen, setzt diese Art der Technologie bei den Eröffnungs- und Schlussplädoyers zur Darstellung der Beweismittel in den Verhandlungen ein. Dabei werden nicht nur aufgezeichnete Videos und archivierte Urkunden eingespielt, sondern auch der technische Einsatz neuartiger Präsentationstechniken vorgenommen.⁸⁹⁹ Dass durch diesen intensiven Einsatz der Informationstechnologien eine Verfahrensbeschleunigung die Folge ist, bleibt unantastbar. Zu erwähnen ist jedoch, dass selbst für die USA, der Einsatz von Computeranimationen für eine qualitative Entscheidungsfindung noch zu kostspielig wäre.⁹⁰⁰ Zu beachten sind somit auch die in den USA, für diesen intensiven Einsatz der modernen Informationstechnologie, entstehenden Kosten.

Wie bereits erwähnt bestehen bei der Vernehmung im Rahmen einer Videokonferenz unterschiedliche Manipulationsmöglichkeiten, auf Grund dessen die USA diese Art der Einvernahme bei sehr heiklen Verfahren, bei denen es zB auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Beobachtung seines Verhaltens während der Verhandlung ankommt, äußerst skeptisch sieht.⁹⁰¹

B. Österreich

Bei der gerichtlichen Informationsbeschaffung gilt es abzuklären, in wie weit „Informationen aus dem Internet“ im österr Zivilprozess verwendet werden können und ob darauf im Beweismittelverfahren auch zugegriffen werden kann.

In einer Entscheidung des OLG Wien⁹⁰² wird dem möglichen Gebrauch des Internets als informationsbeschaffendes Medium zugestimmt, um den Medieninhaber einer Online-Zeitung zu bestimmen.

⁸⁹⁸ Kodek in FS M. Schneider 340.

⁸⁹⁹ Kodek in FS M. Schneider 340.

⁹⁰⁰ Kodek in FS M. Schneider 340.

⁹⁰¹ Kodek in FS M. Schneider 353.

⁹⁰² Vgl Entscheidung des OLG Wien vom 12.3.2003 zu 17 Bs 26/03 = MR 2003, 140.

Mit der Entwicklung der modernen Informationstechnologien hat sich auch die Beschaffung der Informationen bei Gericht maßgeblich weiterentwickelt. Die Informationsbeschaffung hat sich insofern geändert, sodass nunmehr Recherchetätigkeiten online zB über die RDB⁹⁰³ und das RIS⁹⁰⁴ vorgenommen werden können und somit effizient an Zeit und Einsatz von Arbeitskräften gespart werden können. Der Gang zur Bibliothek, damit der Jurist in unterschiedliche Rechtsquellen Einsicht nehmen kann, wurde somit gänzlich durch moderne Informationstechnologien abgelöst.

Wie bereits erwähnt, wurde der Einsatz moderner Technologien zB die papierlose Kommunikation zwischen dem Gericht und den Parteien mittels elektronischen Rechtsverkehrs oder mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung beim Mahnverfahren oder auch bei (Klags)Zurückweisungen frühzeitig in Österreich gesetzlich verankert.

Da dem Richter im österr Zivilprozess gesetzlich nur die klassischen fünf Beweismittel zur Verfügung stehen und elektronische Beweise nicht in der österr ZPO geregelt werden,⁹⁰⁵ sind die digitalen Medien diesen zuzuordnen, um ihnen einen entsprechenden Beweiswert zuzusprechen. Somit werden „neue Beweismittel“ den gesetzlich geregelten Beweismitteln zugeordnet. Folglich unterliegt die E-Mail nach dem österr Zivilprozessrecht dem Urkundenbeweis.⁹⁰⁶

Im österr Prozessrecht liegt keine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch die Videovernehmungen vor, da die Parteien trotz Bildschirmübertragung ihr Fragerecht gegenüber dem Zeugen ausüben können und somit in vollem Umfang ausgeschöpft werden kann. Ob man sich einen hinreichenden Eindruck des nicht körperlich anwesenden Zeugen machen kann, ist individuell zu entscheiden.

C. Deutschland

Zum Schutz des Minderjährigen, im Zusammenhang mit der Einvernahme als Zeugen enthält die dZPO keine vergleichbaren Bestimmungen mit der öZPO.

⁹⁰³ <http://www.rdb.at>.

⁹⁰⁴ <http://ris.bka.gv.at>.

⁹⁰⁵ Brunner, Das elektronisch gespeicherte Dokument und dessen Beweischarakter, NZ 1996, 161 ff.

⁹⁰⁶ Schmidbauer, Zak 2008, 83.

Auch deutsche Gerichte erachten es im Zusammenhang mit der gerichtlichen Informationsbeschaffung als gesetzlich zulässig, Informationen aus dem Internet als moderne gerichtliche Informationsquelle als zulässig zu erachten.⁹⁰⁷

Betreffend die Verwertung elektronischer Dokumente im der dZPO, kennt dieses kaum gesetzliche Schranken, denn die elektronischen Dokumente sind vom deutschen Beweisrecht erfasst und sind daher zugelassene Beweismittel. Bei der Beweisführung werden sie dem Augenscheins- und Sachverständigenbeweis zugeordnet.⁹⁰⁸

Das elektronische Dokument ist ausdrücklich in der deutschen ZPO geregelt. Im § 371 Abs 1 dZPO wird „durch die Vorlegung oder Übermittlung der Datei“ der Beweis des Augenscheins angetreten. Eine Beantragung des Beweisführers auf Herbeischaffung des Augenscheinsgegenstandes erfolgt, sofern dieser nicht im Besitz des elektronischen Dokuments ist.⁹⁰⁹

Das deutsche Prozessrecht verifiziert den Augenscheinsbeweis, sobald eine Kenntnisnahme seitens des Gerichtes, betreffend den visualisierten Inhalt des Dokuments, erfolgt. Die E-Mail unterliegt dem Augenscheinsbeweis.⁹¹⁰

Die schriftlichen Dokumente werden nicht den elektronischen Dokumenten gleichgestellt. Dem Urkundenbeweis unterliegen, aufgrund der freien Beweiswürdigung, die Merkmale der Echtheit, der Unversehrtheit und der Vertrauenswürdigkeit. Nach *Brunner*⁹¹¹ sind schriftliche Dokumente „das Ergebnis der Erfassung von Gedanken durch Zeichen, die optisch erfassbar sind, auf einem Trägermedium“.

Anders als in Österreich werden nach der dZPO die Beweisregeln des Urkundenbeweises den Regelungen der Augenscheinsgegenstände gleichgestellt. Von einem Sachverständigenbeweis spricht man, sofern zur Authentizitätsprüfung der elektronischen Dateien ein spezielles Fachwissen und eine entsprechende Qualifikation erforderlich sind.

⁹⁰⁷ Vgl Entscheidung des OLG Frankfurt vom 13.1.1999 zu 22 W 58/98, ZAP EN-Nr. 796/99.

⁹⁰⁸ *Rüßmann*, Moderne Elektroniktechnologie und Informationsbeschaffung im Zivilprozess, Vortrag zur Jahrestagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht eV. (1995) in *Schlosser* (Hrsg), Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, Veröffentlichung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V. Band VIII (1997) 18 ff.

⁹⁰⁹ *Hofmann* in *Feiler/Raschhofer* 286.

⁹¹⁰ *Schmidbauer*, *Zak* 2008, 83.

⁹¹¹ *Brunner*, *NZ* 1996, 162.

Im deutschen Prozessrecht gibt es kaum Zulassungsbeschränkungen einzelner Mittel als Beweismittel. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung wird über die tatsächliche Tauglichkeit der einzelnen Mittel entschieden. Das deutsche Beweisrecht stellt sich als sehr liberal dar.

Im deutschen Prozessrecht wird die Videovernehmung im Zusammenhang mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz jedoch kritischer untersucht.

*Bachmann*⁹¹² vertritt die Meinung, dass die Kollision mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit als ein allgemeines Problem gesehen wird. Der erkennende Richter hat mittels Videokonferenz nicht die Gelegenheit, den zu vernehmenden Zeugen unmittelbar wahrzunehmen, auch wenn es sich bei dem Einsatz von Videogeräten im Prozess um eine technische Fortentwicklung sowie Zeit- und Kosteneinsparungen handelt.

⁹¹² *Bachmann*, „Allgemeines Prozessrecht“ – Eine kritische Untersuchung am Beispiel der Videovernehmung und Unmittelbarkeitsgrundsatz, ZZP 118 (2005) 133.

XIII. Der „virtuelle Zivilprozess“

Die Definition und das Verständnis des Begriffs „virtueller Zivilprozess“ sind eindeutig. Durch den Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnologien gewinnt das Zivilverfahren nicht nur an Bedeutung, sondern spricht man in diesem Zusammenhang von einer „Virtualisierung des Zivilprozessverfahrens“.

Wie bei einer typischen Videokonferenz sind die sich unterhaltenden Personen physisch nicht anwesend. Eine derartige virtuelle Kommunikationsform wäre selbstverständlich auch bei einem zivilgerichtlichen Verfahren möglich, würde sich der ein oder andere Laie denken. Die praktische Verwendung der Videokonferenztechnologie stellt jedoch einen Kompromiss zwischen körperlicher bzw echter Unmittelbarkeit und dem Verzicht auf direkte Eindrücke der zu vernehmenden Partei oder Zeugen dar.

ME ist bei diesem Gedanken jedoch Zurückhaltung geboten, denn damit werden nicht nur die Verhandlungsgrundsätze obsolet, sondern würde diese virtuelle Durchführung des Zivilprozesses auch sämtliche bisher bestehende Prozesskultur verabschieden.

Eine Befürwortung muss es meiner Meinung nach augenscheinlich in Richtung „technologische Entwicklung“ sowie „Ausweitung der unterstützenden Funktionen der Technologie in Verhandlungen“ geben, denn der Einsatz moderner Informationstechnologien gewinnt im gerichtlichen Verfahren zunehmend an Bedeutung.

Wie bereits im Zusammenhang mit der Videokonferenztechnologie erwähnt, spricht sich *Kodek*⁹¹³ nachteilig für einen routinemäßigen technischen Einsatz aus und betont einen „doppelten Verlust“, bei dem nicht nur das Fehlen des direkten Kontakts aller Beteiligten, sondern auch das Fehlen des unmittelbaren Eindrucks für die Beweiswürdigung zu den Nachteilen gehören.

Daher wurde zu Beginn dieser Abfassung auch das Zitat von *Hamm*⁹¹⁴ gewählt, der befürchtet, dass *Verfahrensbeteiligte, Zeugen und Sachverständige zu Hause bleiben, die Anwälte in ihren Büros an den Schreibtischen oder in eigens bereitgehaltenen Videostudios sit-*

⁹¹³ *Kodek* in FS M. Schneider 351 f.

⁹¹⁴ *Hamm*, DRiZ 1997, 418.

zen und sich alle mit den Gerichtspersonen in einem virtuellen Gerichtssaal eben nur scheinbar versammeln.

Meiner Ansicht nach ist der Einsatz der Videokonferenz im Vergleich zur persönlichen Einvernahme nicht nur als ein Kompromiss zu bezeichnen, denn Mimik, Gestik etc können von der einzuvernehmenden Person über Videotechnologie derart wahrgenommen werden, sodass mE auch eine audiovisuelle Wahrnehmung einem persönlichen Aufeinandertreffen gleichgestellt werden kann.

In diesem Zusammenhang ist wiederholt auf den Prozessualisten *Franz Klein* zu erinnern, der im Rahmen der „Arbeitsgemeinschaft im Zivilprozess“ ausführt, dass der Richter und die Parteien in einem wahrheitsfindenden Zusammenwirken gerechte Entscheidungen zu fällen haben. Ein virtueller Zivilprozess würde die Befürchtungen und die Kritik von *Hamm* in die Realität umsetzen und die Vorstellungen von *Franz Klein* in den Hintergrund drängen.

Selbst *Kodek*⁹¹⁵ stellt den Versuch einer Bewertung und den Ausblick zur „Virtualisierung des Zivilverfahrens“ an. Wie bereits bei der Videokonferenz dargestellt, stellt die routinemäßige Verwendung der Technik einen doppelten Nachteil dar.

Wie schon in dieser Abfassung mehrfach aufgezeigt, scheint der österr Gesetzgeber „auf den ersten Blick“ hinsichtlich der Einführung bzw Verwendung digitaler Medien als Beweismittel teilweise überfordert zu sein, denn die Zuordnung der digitalen Beweismittel basiert auf keiner gesetzlichen Grundlage, sondern einer Auslegung und Subsumtion der Medien unter den gesetzlich geregelten Tatbeständen.

Nicht nur im Verfahrensrecht, sei es im Zivil- oder Strafprozess, werden moderne Kommunikationstechnologien herangezogen und als Beweismittel verwendet.

Auch in anderen Bereichen wie zB bei Kredit- und Finanzinstituten geht man mittlerweile so weit, eine Identitätsfeststellung der Kunden mittels Videoübertragungen vorzunehmen. Die Videoidentifikation unterliegt selbstverständlich organisatorischen wie verfahrensbezogenen Sicherungsmaßnahmen.⁹¹⁶

⁹¹⁵ *Kodek* in FS M. Schneider 351 ff.

⁹¹⁶ Vgl Online-IDV.

Als abschließende Empfehlung erscheint eine zunehmende Akzeptanz der digitalen Welt, verbunden mit der entsprechenden Rechtssicherheit und dem erforderlichen Beweiswert, als unumgänglich. Dies selbstverständlich unter Berücksichtigung der bestehenden Unsicherheiten der digitalen Medien als Beweismittel, jedoch unter dem Aspekt und der Zusammenschau des Entstehens der digitalen Daten. Diese rasante Entwicklung der Digitalisierung ist unaufhaltsam, dennoch obliegt es dem Gesetzgeber, diese Modernisierung an entsprechende rechtliche Erfordernisse und Voraussetzungen zu knüpfen.

LITERATURVERZEICHNIS

Adrian, Aktuelle Gesetzesänderungen 2017, RWZ 2017, 1

Anzenberger, Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO, ÖJZ 2017/34, 249

Auer, Der elektronische Rechtsverkehr (ERV) (2002)

Bachmann, „Allgemeines Prozessrecht“ – Eine kritische Untersuchung am Beispiel der Videovernehmung und Unmittelbarkeitsgrundsatz, ZZP 118 (2005) 133

Backhausen, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts (1990)

Ballon, Die Entlastung der Zivilgerichte in Österreich, in FS Rechberger (2005) 22

Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren¹² (2009)

Ballon, Gedanken über die sachliche Unmittelbarkeit im Zivilprozess, in FS Machacek/Matscher (2008) 717

Baurecht, Verwendung und Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln - Zivilprozessuale und datenschutzrechtliche Grenzen, NetV 2006, 97

Beham, eDiscovery – Die Analyse elektronischer Beweismittel, Compliance Praxis 2011, 14

Benes, Die Urkunde im Zivilprozess in den Vereinigten Staaten und in Österreich (1998)

Berger, Die EG-Verordnung über die Zusammenarbeit der Gerichte auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen (EuBVO), IPRax 2001, 522

Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁸ (2015)

Bertel/Venier, Kommentar zur StPO (2012)

Bornkamm, Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums – In-camera-Verfahren im Zivilprozess? -, in FS Ullmann (2006) 893

Bruckmüller/Friedrich, Getrennte Räume in Gerichtsgebäuden zum Schutz von Opfern einer Straftat, RZ 2008, 93

Brunner, Das elektronisch gespeicherte Dokument und dessen Beweischarakter, NZ 1996, 161

Brunner, Die „elektronische“ Urkunde im Beweisrecht, in FS Weißmann (2003) 135

Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht (2004)

Carnevali/DiCocco, An Innovation Process Embedded in a Strict Institutional Setting: ICT in the Italian Judicial System, in *Fabri/Contini* (Hrsg), Justice and Technology in Europe (2001) 209

Christian, Videokonferenzvernehmungen ersetzen Rechtshilfevernehmungen, AnwBl 2008, 4

Deixler-Hübner, Vom Auftrag zum Verlassen der Ehewohnung zum 2. Gewaltschutzgesetz 2009 – Zur Neuregelung des Schutzes vor Gewalt in Wohnungen und des allgemeinen Gewaltschutzes, iFamZ 2009, 225

Deixler-Hübner, Kindeswohl und Verfahrensrecht, in *Fucik/Lovrek/Konecny/Oberhammer*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010 (2010) 243

Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren: Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts⁹ (2015)

Duursma-Kepplinger/Reith, Weil Gewalt nicht vor den Staatsgrenzen Halt macht! Grenzüberschreitender Gewaltschutz aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive, ÖJZ 2016/128, 915

Fabri, Introduction: State of the Art, Critical Issues, And Trends of ICT in European Systems, in *Fabri/Contini* (Hrsg), Justice and Technology in Europe (2001) 13

Fabrizy, StPO und wichtige Nebengesetze¹² (2014)

Fasching, Die Form der Schiedsvereinbarung, Schriftform und neu zugelassene technisch bedingte Übermittlungsformen (§ 577 Abs 3 ZPO), ÖJZ 1989, 295

Fasching, Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in *Hofmeister* (Hrsg), FB Franz Klein (1988) 97

Fasching, Die Zivilverfahrensnovelle 1981, in FS Fasching (1993)

Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990)

Fasching, Modernisierung des zivilrechtlichen Streitverfahrens, in FS Fasching (1993) 112

Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht (1973)

Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² III (2004)

Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² V/1 (2011)

Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ I (2013)

Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ II/1 (2014)

Frauenberger, Die ZVN 2002 – Neuerungen im Zivilprozess, ÖJZ 2002, 16

Frauenberger-Pfeiler, § 281a ZPO statuiert kein absolutes Beweisverbot, ecolex 2013, 33

Frenzel, Betriebsgeheimnis versus Patent (2009)

Forgo, Was und wozu dienen elektronische Signaturen? ecolex 1999, 235

Fucik, Einsatz der Videokonferenztechnologie bei grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren, LeXonomica 2012, 141

Fucik, Mittelbare Beweisaufnahme im Zivilverfahren, ÖJZ 2010/9, 53

Fucik, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung in Zivilsachen, RZ 1993, 218

Fucik, Neues im Beweisrecht, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011 (2011) 9

Fucik/Klauser/Kloiber, Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht – ZPO¹² (2015)

Garber, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Zivilprozess – ein Überblick, ÖJZ 2012, 640

Gassauer-Fleissner, Neue EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, ecolex 2016, 707

Geiger, Gerichtsverfahren mittels Videokonferenzen, ZRP 1998, 365

Gerhartl, Reglementierung der Videoüberwachung, JAP 2010/2011/2

Gerhartl, Kein Auskunftsrecht bei Videoüberwachung? ecolex 2015, 1112

Gerhartl, Verwertung von Videoaufzeichnungen, ecolex 2016, 347

Gröger, Neues aus der Gesetzgebung: Zweites Gewaltschutzgesetz 2009, Zivilverfahrens-Novelle 2009, Steuerreformgesetz 2009, Lohnsteuerrichtlinien 2002 – 2. Wartungserlass 2008, EF-Z 2009/67

Grötschl, Verwendung und Verwertung elektronischer Dokumente im Zivilprozess – E-Mails als Beweismittel (2003)

Grundner/Neuböck, Videokonferenzen im Aufsichtsrat – eine Bestandsaufnahme, RdW 2016/238

Günther, Videokonferenz in der Lehre (2001)

Hager-Rosenkranz, Das 2.Gewaltschutzgesetz 2009 – Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahren, ecolex 2009, 560

Hamm, Datenschutz im Internet durch Verschlüsselung von E-Mails, DRiZ Bd 75 (1997) 418

Heinson, IT-Forensik, Zur Erhebung und Verwertung von Beweisen aus informationstechnischen Systemen (2015)

Heß/Müller, Die Verordnung 1206/01/EG zur Beweisaufnahme im Ausland, ZZPInt 6 (2001) 149

Hermann, Praktische Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie zum Schutz von vertraulichem Know-how und Geschäftsgeheimnissen, Compliance Berater 2016/10, 368

Hilf/Anzenberger, Opferrechte – Die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ÖJZ 2008/97, 886

Hinterhofer, Der Schutz gefährdeter Zeugen im österreichischen Strafprozessrecht (Teil II), JSt 2003, 77

Hinterhofer, Videovernehmungen und deren Verwertbarkeit im österreichischen Strafprozess, RZ 2000, 234

Hinterhofer, Zeugenschutz und Zeugnisverweigerungsrechte im österr Strafprozess (2004)

Hofmann, Digitale Beweismittel nach der österreichischen ZPO, in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Rechtsprobleme entstehen nicht im Hörsaal; Praxischrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 285

Höllwerth, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002? ÖJZ 2004, 251

Hübner, Praxistipps zur Vernehmung und zur Glaubhaftigkeitsbeurteilung von Aussagen, RZ 2010, 6

Iqbal, Bericht über die Diskussion zum Thema „Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik“, ZZP 115 (2002) 491

Janhsen/Mair/Schlepitza, Forensische Analyse-Methoden im Insolvenzfall, in *Konecny* (Hrsg) Insolvenzforum 2015 (2016)

Jud/Högler-Pracher, Schiedsverfahren mit modernen Kommunikationstechniken, ecolex 1999, 601

Kainz, Die Zulässigkeit von staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokollen im Zivilprozess, ecolex 2012, 216

Kalss/Klampfl, Wie beeinflussen elektronische Medien die Sitzungspraxis und Beschlussfassung des Aufsichtsrates? RWZ 2011, 33

Kilches, Elektronische Medien für Juristen, NetV 1998, 9

Klein, Pro futuro (1891)

Klein, Rede zum Beratungsgesetz, in *Klein*, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe (1927) I

Kein/Engel, Der Zivilprozess Österreich (1927)

Klein/Prior, Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2016 und Ausblick auf bevorstehende StPO Novellen, ÖJZ 2016/19, 863

Klicka, Die österreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung – ein Vergleich zur deutschen ZPO-Reform 2002, ZZPInt 7 (2002) 179

Klicka, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1995)

Klicka, Grundfragen der Beweislastverteilung im Zivilprozess, JAP 1991/1992, 83

Kloiber, Der Einsatz moderner Technik im Zivilverfahren – Der elektronische Rechtsverkehr in FS M. Schneider (2013) 167

Kloiber, Die Vernehmung Minderjähriger im Zivilverfahren, Zak 2010/594, 343

Kloiber, Übersicht über den Inhalt der Zivilverfahrens-Novelle 2009, Zak 2009/123, 87

Knopp, Rechtliche Perspektiven zur digitalen Beweisführung, in *Fischer/Maehle/Reischek* (Hrsg), Informatik 2009 – Im Focus das Leben (2009)

Kodek, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, ZZP 111 (2002) 445

Kodek, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilprozess, ÖJZ 2001, 287

Kodek, Einsatz neuer Formen der Informationstechnik im Beweisverfahren, in FS M. Schneider (2013) 331

Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht³ (2016)

Konecny, Einstweilige Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und Eingriffen in die Privatsphäre nach dem 2. GeSchG in *Fucik/Lovrek/Konecny/Oberhammer*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2009 (2009) 95

Konecny, Österreich, in *Rechberger*, Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittele- und Südosteuropa seit 1918 (2011) 1

Konzett, Unfalldatenspeicher und Dashboard-Cam als Beweismittel bei Verkehrsunfällen? Sachverständige 2016, 205

Kralik, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895, in *Hofmeister* (Hrsg), FB Franz Klein (1988)

Lederer, Videoconferencing: Has the Future Arrived?, online abrufbar unter http://ltn-archive.hotresponse.com/december00/litigation_support_p133.html

Lederer, The Road The Virtual Courtroom? A Consideration of Today`s – and Tomorrow`s – High-Technology Courtrooms (1999) 802 f, online abrufbar unter <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=facpubs>

Liebhart, DES – Dokumenteneinbringungsservice: Kommt der elektronische Akt? RZ 2011, 216

Lindinger/Öhlböck, Drum prüfe wer sich beziehe – Urkundenvorlagepflicht nach § 82 ZPO, AnwBl 2006, 8

Maleczky, Zweites Gewaltschutzgesetz (2. GeSchG), JAP 2009/2010/1, 5

Mair, Neuerungen im Zivilverfahrensrecht durch das 2. GeSchG und die ZVN 2009: Verbesserter Schutz für Opfer von Gewalt, Ausführungsgesetzgebung zur EuMahnVO und EuBagatellVO sowie Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens, JAP 2009/2010/7, 42

Mayr, Einführung: Wie viel Europäisches Zivilverfahrensrecht brauchen wir? in *König/Mayr*, Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich IV – Die Neue Brüssel Ia-Verordnung und weitere Reformen (2015) 1

Mayr, Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen: Auswirkungen auf das Zivilverfahrensrecht in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs – Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht (2015) 1123

McGuire, Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums – Über den Umsetzungsbedarf im deutschen und österreichischen Prozessrecht, GRUR Int 2005, 15

Menzel, Elektronische Signatur im Geschäftsverkehr, JAP 2000/2001, 181 f

Momsen/Hercher, Digitale Beweismittel im Strafprozess – Eignung, Gewinnung, Verwertung, Revisibilität, Beitrag zum 37. Strafverteidigertag, Freiburg (2013)

Neumayr/G. Kodek, EuBVO – Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (2004)

Niklas, Schiedsverfahren via Internet – Juristische Möglichkeiten der Verfahrensabwicklung via Internet nach der ZPO, IHR 2004/3, 103

Nissen, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess (2004)

Oberhammer, Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZJP 113 (2000) 295

Pilnacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren – Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz (2005)

Plaz, Prozessbegleitung besonders schutzwürdiger Opfer, JSt 2006, 39

Radasztics/Sackmann, Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016, ZWF 2016/4, 142

Rassi, Wenn das Gericht mehr will als die Parteien, ÖJZ 2014/23/24, 1043

Rassi, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, Zak 2016/758, 404

Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR (2010)

Rechberger, Die Anwendung moderner Informationstechnologien im österreichischen Zivilprozess, in *Welser*, Neuere Privatrechtsentwicklungen in Österreich und in der Türkei (2013)

Rechberger, Die Anwendung moderner Technologien im österreichischen Zivilprozess – ein Update, in *FS Rüßmann* (2013) 733

Rechberger, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, *R.L.R. No.25* (2008) 104

Rechberger, Kommentar zur Zivilprozessordnung⁴ (2014)

Rechberger, Zur Wandlung des Erscheinungsbildes des österreichischen Zivilprozesses durch seine Elektronisierung, in *FS M. Schneider* (2013)

Rechberger/McGuire, Die Europäische Beweisaufnahme-Verordnung und Österreich, *ÖJZ* 2006, 829

Rechberger/McGuire, Die Umsetzung der EuBVO im österreichischen Zivilprozess, *ZZPInt* 10 (2005) 81

Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren⁸ (2010)

Reisenhofer, Neuerungen im Zivilverfahrensrecht durch das Budgetbegleitgesetz 2011, *JAP* 2011/2012, 41

Rosenberg, Die Beweislast³ (1965)

Roth/Egger, Zweites Gewaltschutzgesetz, *EF-Z* 2009/93, 125

Rüßmann, Moderne Elektroniktechnologie und Informationsbeschaffung im Zivilprozess, Vortrag zur Jahrestagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht eV. (1995) in *Schlosser* (Hrsg), Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, Veröffentlichung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V. Band VIII (1997)

Sabara, Verstoß gegen Geheimhaltungspflicht durch Facebook-Posting – Vertrauensunwürdigkeit, *ARD* 6446/8/2015, 7

Sabara, Verstoß gegen Geheimhaltungspflicht durch Facebook-Posting – Entlassung, *RdW* 2015/347, 384

Schmidbauer, Beweis und Anscheinsbeweis bei der Übermittlung einer E-Mail-Erklärung, *Zak* 2008, 83

Schmidt, Vernehmungen mit Videokonferenztechnik, in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2009 (2009) 167

Schmidt, Videokonferenztechnologie statt Rechtshilfe, RZ 2006, 265

Schmoller, Private Videoüberwachung – ein Beweismittel im Strafprozess? in *FS Machacek/Matscher* (2008) 1065

Schmölzer/Mühlbacher, StPO Strafprozessordnung Praktikerkommentar (2015)

Schneider, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, *ecolex* 2011, 96

Schneider, Der Minderjährige als Zeuge, in *Clavara/Graber*, Die Rechtsstellung von wirtschaftlich, sozial und gesellschaftlich Benachteiligten im Zivilverfahren (2012) 243

Schneider, Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie, in *Aichberger-Beig/Aspöck/Leupold/Oelkers/Perner/Ramharter*, Vertrauen und Kontrolle im Privatrecht (2011) 165

Schneider, Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch? *ÖJZ* 2013, 150

Schnittler, Schriftform bei Kündigung per „WhatsApp“ – eine Erörterung aus Anlass der Entscheidung OGH 28.10.2015, 9 ObA 110/15, *jusIT* 2016/22, 47

Schöberl, Beweis des Gegenteils und Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dargestellt am Beispiel des § 155 PatG, *ÖJZ* 2005, 287

Schulze, Dialogische Beweisaufnahmen im internationalen Rechtsverkehr, *IPRax* 2001, 527

Schumacher, Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, *ZZP* 123 (2010) 283

Schramböck, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in Österreich mit Exkurs zur Rechtslage in den USA (2002)

Sprung, Die Ausgangspositionen der österreichischen Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht, *ZZP* 92 (1979) 7

Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren (1989)

Stadler, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, *ZZP* 115 (2002) 413

Stadler, Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in der Europäischen Union – die Zukunft der Rechtshilfe in Beweissachen, in FS Geimer (2002) 1281

Stadler, „Was drei wissen, das erfahren hundert“ – Auskunftspflichten und Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung des geistigen Eigentums, in FS Leipold (2009) 201

Straube, Der Aufsichtsrat zwischen Sitzungen und Videokonferenzen, GES 2007, 426

Stricker, Der Berufsgeheimnisträger als Zeuge, ÖJZ 2015/44, 310

Stricker, Schutz von Berufsgeheimnissen – Zum Widerspruch nach § 112 StPO, ÖJZ 2016/77, 539

Thiele, Unbefugte Bildaufnahmen und ihre Verbreitung im Internet – Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen? RZ 2007, 2

Trost, „WhatsApp“ erfüllt nicht Schriftformgebot bei Kündigung, DRdA 2016/5, 339

Völzmann-Stickelbrock, Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit - Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses? ZZP 118 (2005) 359

Walther, Zur Abgrenzung von Urkundenbeweis, Beweis durch Auskunftssachen und Augenschein im österreichischen Zivilprozessrecht, RZ 1993, 47

Weiss, Die österreichischen Gewaltschutzgesetze – Ein Überblick, SIAK-Journal 2009, 49

Wurdack, Chatprotokolle als Beweismittel, salesbusiness 2012, 32

INTERNETQUELLEN

www.consilium.europa.eu/infopublic: Generalsekretariat des Rates, Videokonferenzen als Bestandteil der europäischen E-Justiz – Grundlagen des Einsatzes von Videokonferenzen in grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren (2009); Generalsekretariat des Rates, Leitfaden für Videokonferenzen in grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren (2013)

Link: www.consilium.europa.eu/infopublic

www.datenschutzbeauftragter-info.de: Smartphone Bilder und Videos als Beweismittel

Link: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/smartphone-bilder-und-videos-als-beweismittel/>

www.de.statista.com:

Link: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/568185/umfrage/smartphone-besitz-und-smartphone-nutzung-in-oesterreich/>

www.digitales.oesterreich: Digitales Österreich auf der Website des Bundeskanzleramtes Österreich

Link: <https://www.digitales.oesterreich.gv.at/signaturgesetz>: Das Signaturgesetz regelte bis 30. Juni 2016 die Rahmenbedingungen der elektronischen Signaturen.

www.ec.europa.eu.justice: Der Einsatz der Videokonferenz zur Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen gemäß Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 – Ein praktischer Leitfaden

Link: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlas-civil

Link: <http://ec.europa.eu/civiljustice>:

www.edikte.justiz.gv.at: Der Leitfaden für das Dokumenteneinbringungsservice der österr Justiz für Sachverständige und Dolmetscher.

Link: <http://www.edikte.justiz.gv.at>

www.edrm.net: Darstellung des Electronic Discovery Reference Model

Link: <http://www.edrm.net/frameworks-and-standards/edrm-model/>

www.exam.at: Auer Robert berichtet im Rahmen eines Seminars zum Internetrecht in seiner Abfassung zum Elektronischer Rechtsverkehr (ERV) (2002)

Link: <http://www.e-xam.at/update/literatur/pdf/Elektronischer%20Rechtsverkehr.PDF>

www.justiz.gv.at:

Link: <http://kundmachungen.justiz.gv.at/erv>

Link: https://www.justiz.gv.at/web2013/file/8ab4ac8322985dd501229ce3fb1900b4.de.0/folder_justiz-online_oktober_2011.pdf

www.internet4jurists.at: Definition des Begriffs und Funktionsweise des Internets

Link:

Link: www.internet4jurists.at

http://de.m.wikipedia.de: Begriffsdefinitionen – WhatsApp, SMS, E-Mail etc.

Link: https://de.wikipedia.org/wiki/Short_Message_Service#.C3.96sterreich

Link: <https://de.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>

Link: [https://de.wikipedia.org/wiki/Header_\(E-Mail\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Header_(E-Mail))

Link: <https://de.wikipedia.org/wiki/E-Mail-Verschl%C3%BCsslung>

Rechtsdatenbanken: RIS, RDB

Link: <http://www.rdb.at>

Link: <http://ris.bka.gv.at>

ABSTRACT Deutsch

Aufgrund der Darlegung des Beweisrechts im österr Zivilprozess, wurden die Verwendung modernster Kommunikationstechnologien sowie die Entwicklung des österr Zivilprozessrechts im Rahmen dieser Arbeit näher erläutert.

Beginnend mit der historischen Entwicklung und einem Überblick über die gesetzlichen Neuerungen des Prozessrechtes wurden ausgewählte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Etablierung und Durchführung der zivilgerichtlichen Videokonferenz und der Vereinbarkeit mit den Verfahrensprinzipien sowie den Inhalt einer kontradiktorischen Vernehmung, den Geheimnisschutz und den Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Beweisrecht dargelegt.

Im Zusammenhang mit den modernsten Kommunikationstechnologien wurde schlussendlich die mögliche Verwertbarkeit digitaler sowie rechtswidrig erlangter Beweismittel diskutiert und der „virtuelle Zivilprozess“ mit all seinen Facetten und Möglichkeiten, als ein zusammenfassender Überblick, analysiert.

Als abschließende Empfehlung erscheint eine zunehmende Akzeptanz der digitalen Welt, verbunden mit der entsprechenden Rechtssicherheit und dem erforderlichen Beweiswert, als unumgänglich. Dies selbstverständlich unter Berücksichtigung der bestehenden Unsicherheiten der digitalen Medien als Beweismittel, jedoch unter dem Aspekt und der Zusammenschau des Entstehens der digitalen Daten. Diese rasante Entwicklung der Digitalisierung ist unaufhaltsam, dennoch obliegt es dem Gesetzgeber, diese Modernisierung an entsprechende rechtliche Erfordernisse und Voraussetzungen zu knüpfen.

ABSTRACT English

Due to evidence law concerning civil procedure, in this doctoral thesis the use of the most modern communication technologies and the recent development of the civil procedure law was explained in some detail.

Starting with the historical development and with an overview of new legal requirements from process law the author elaborated selected legal issues associated with the development and implementation of video conferences used by civil courts and its compatibility with process principles, contradictory procedures, confidentiality and business secrets.

In the context of modern communication technologies the enforceability of digitally and illegally obtained evidences and the virtual civil process with all its risks and opportunities has been analysed to conclude, the ongoing digitalization requires appropriate legal certainty and evidence quality - in particular the uncertainty of the emergence of digital media used as evidence.

Big data is unstoppable but nonetheless the legislator is obliged to ensure frameworks accordingly.