

## 2. Grundlagen des Beweisverfahrens

Ria Kucera

### 2.1. Freie Beweiswürdigung

- 28 Die *freie Beweiswürdigung* ist einer der zentralen Grundsätze des Beweisverfahrens im Rahmen des österreichischen Zivilprozesses. „Freie Beweiswürdigung“ bedeutet, dass das Zivilprozessrecht dem Richter die Wertung der Ergebnisse des Beweisverfahrens nicht vorschreibt, sondern diese vielmehr der persönlichen Überzeugung des Richters überlässt.
- 29 Verankert ist die freie Beweiswürdigung in § 272 ZPO. Demnach soll das Gericht alle Umstände der gesamten Verhandlung sorgfältig berücksichtigen und stets nach freier Überzeugung beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe wahr oder unwahr ist. Der Richter hat dazu sämtliche Ergebnisse der Verhandlung, insbesondere das gesamte Verhalten von Parteien und Zeugen in der Verhandlung miteinzubeziehen und insofern eine allumfassende Beurteilung unter Einfluss des persönlichen Eindrucks des Richters vorzunehmen. Schließlich ist die Würdigung im zivilrechtlichen Urteil auch zu begründen.

#### Wie funktioniert die freie Beweiswürdigung?

- 30 Die Beweiswürdigung nimmt der Richter nach Beendigung der Aufnahme des Beweismittels vor. Er bewertet dabei, ob die Beweisergebnisse die zu beweisenden Tatsachen rechtfertigen und folglich, ob er die zu beweisende Tatsache für wahr hält. Dabei müssen die tatsächlich aufgenommenen Beweise der Bewertung unterzogen werden. Das Vorbringen einer Partei stellt indes keinen Beweis dar (OGH 30.10.1998, 1 Ob 297/98b), sondern es müssen Beweismittel wie Urkundenbeweise, Zeugenbeweise, Sachverständigenbeweise angeboten und im Zuge der Beweisaufnahme aufgenommen werden. In die Würdigung ist schließlich das gesamte Vorbringen, das Verhalten im Zuge der gesamten Verhandlung sowie der persönliche Eindruck von den Prozessbeteiligten einzubeziehen.<sup>24</sup>
- 31 Sind die Beweise aufgenommen, hat der Richter nach bestem Wissen und Gewissen auf Grund seiner Lebenserfahrung und Menschenkenntnis zu prüfen, ob jener Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht ist, der es rechtfertigt, die fragliche Tatsache für wahr zu halten (LGZ Wien 21.11.2001, 45 R 456/01v). Der Eintritt oder Nichteintritt einer Tatsache muss so wahrscheinlich sein, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch daran zweifelt (OLG Wien 28.2.2001, 11 R 2/01x). Der Richter darf dabei jedoch nicht bloß von seiner subjektiven Wahrnehmung ausgehen, sondern muss sich von objektiven Erfahrungssätzen leiten lassen. Er muss letztendlich in seiner Entscheidung gemäß § 272 Abs 3 ZPO begründen, welche Umstände und Erwägungen für ihn maß-

24 Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht 420.

hat, ebenfalls einen Verfahrensmangel dar.<sup>133</sup> Man ist das Treffen einer, einem Geständnis widersprechenden Negativfeststellung aber mit **Rechtsrüge** geltend zu machen. Soweit das Gericht nämlich nicht von der Unrichtigkeit des Geständnisses überzeugt ist – und daher keine ausdrückliche abweichende (positive) Feststellung trifft – bindet das Geständnis das Erstgericht bei seiner rechtlichen Beurteilung. Trifft das Gericht nunmehr eine Negativfeststellung zum vom Geständnis betroffenen Themenkomplex und berücksichtigt es diese bei der eigenen rechtlichen Beurteilung, hat es in Wahrheit nicht den entscheidungswesentlichen Sachverhalt (positive Feststellungen + Geständnis) der eigenen Entscheidung zugrunde gelegt. Soweit das Geständnis eine entscheidungsrelevante Frage betrifft, muss daher die rechtliche Subsumption des Erstgerichts unrichtig sein. Das Berufungsgericht hat man diesfalls den festgestellten Sachverhalt unter Einschluss des Geständnisses und unter Ausklammerung der unbeachtlichen Negativfeststellung der eigenen Entscheidung zugrunde zu legen<sup>134</sup> und einer neuen rechtlichen Beurteilung ohne Verfahrensergänzung oder Rückverweisung der Rechtssache an die erste Instanz zuzuführen.

## 3.2. Bindung an frühere Entscheidungen eines Zivilgerichts

- 114 Ein allgemeines Thema der Rechtskraftlehre ist, inwieweit und für wen frühere gerichtliche Entscheidungen (Sperr-)Wirkungen für nachfolgende Prozesse entfalten. An dieser Stelle werden kurz die Auswirkungen einer Bindung früherer Entscheidungen auf das Beweisverfahren in Folgeverfahren dargestellt.

### 3.2.1. Einmaligkeits- und Bindungswirkung

- 115 Ein Streitgegenstand, über den ein Zivilgericht bereits rechtskräftig entschieden hat, kann nicht Gegenstand eines weiteren Zivilprozesses sein, sondern der neuerrlichen Einklagung steht das Prozesshindernis der entschiedenen Sache entgegen. Dieses Prozesshindernis der „*res iudicata*“ ist Ausfluss eines Aspekts der **materiellen Rechtskraft**, welcher von Rsp und Lehre als „**Einmaligkeitswirkung**“ bezeichnet wird. Die Einmaligkeitswirkung steht einem neuen Verfahren schlechthin entgegen, über die zweite Klage ist daher kein Verfahren abzuführen, sondern diese ist beschlussmäßig zurückzuweisen.<sup>135</sup> Diese Einmaligkeitswirkung tritt jedoch nur ein, wenn das Begehr und der rechtserzeugende Sachverhalt in beiden Verfahren **ident** sind<sup>136</sup> oder das **begriffliche Gegenteil** des im Vorprozess eingeklagten Anspruchs neuerlich eingeklagt wird, da auch diesfalls der Streitgegenstand in beiden Fällen der gleiche ist.<sup>137</sup> Mit anderen Worten muss die **Hauptfrage** in beiden Verfahren die gleiche sein.

---

133 Trenker aaO, ÖJZ 2020, 293.

134 Vgl zur Zulässigkeit dieses Vorgehens: RIS-Justiz RS0040101, RS0040095.

135 RIS-Justiz RS0041115 [T3].

136 RIS-Justiz RS0039347.

137 RIS-Justiz RS0041331, RS0041566; zahlreiche Beispiele bei *Brenn in Höllwerth/Ziehensack*, § 411 ZPO Rz 13 ff.

## 3.11. Richterliche Ausmittlung (§ 273 ZPO)

- 194 Einem bereits dem gemeinen Recht bekannten und vor Schaffung der Zivilprozeßordnung in §§ 214 ff AGO und § 63 BagatellG 1873 kodifizierten Gedanken folgend, sieht § 273 ZPO die Befugnis für Richter vor, ohne (vollständige) Durchführung eines Beweisverfahrens Ansprüche eines Klägers der Höhe oder dem Grunde nach, nach gebundenem Ermessen auszumitteln. Während in früheren Zeiten<sup>482</sup> (und bis heute in Deutschland<sup>483</sup>) Gerechtigkeitserwägungen – namentlich die Überlegung des in Einzelfällen sehr schwierig zu erbringenden Beweises der Höhe eines konkreten Anspruchs – im Vordergrund standen, verstehen die heute in Österreich herrschende Lehre und stRsp § 273 ZPO primär als Ausfluss *prozessökonomischer Erwägungen*.<sup>484</sup>

Nach der gesetzlichen Wertung lässt es also eine Kosten-Nutzen-Analyse in manchen Fällen sinnvoll erscheinen, dem Richter die Möglichkeit zu geben, statt eines aufwändigen Beweisverfahrens entweder die Höhe des zu ersetzenen Schadens oder einer anderen Forderung zu schätzen oder sogar über den Bestand eines Anspruchs zu entscheiden.<sup>485</sup>

### 3.11.1. Voraussetzungen der Anwendung

- 195 Entgegen dem eingeschränkten Wortlaut ist § 273 ZPO nicht nur im Schadenersatzrecht, sondern auch dann anzuwenden, wenn eine sonstige Geldforderung geltend gemacht wird.<sup>486</sup> Auch Umstände, welche bloß die Grundlage für die Ermittlung einer Geldforderung darstellen – wie beispielsweise die Anzahl geleisteter Überstunden,<sup>487</sup> das Ausmaß bisher verbrauchten Urlaubs<sup>488</sup> oder die verloren gegangene Menge eines Transportgutes<sup>489</sup> – sind der richterlichen Ausmittlung nach § 273 ZPO zugänglich. Ebenso kann die Bestimmung auf aufrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderungen angewendet werden.<sup>490</sup>
- 196 § 273 ZPO ist eine reine *Beweisbefreiungsnorm*,<sup>491</sup> welche die aus § 226 ZPO erfließenden Anforderungen an eine Klage nicht verändert. Dementsprechend trifft einen Kläger jedenfalls die volle *Behauptungslast*, also die Pflicht die zur Ableitung des Begehrens sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach erforderlichen

---

482 Vgl *Fasching*, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, JBl 1981, 225; *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozeßrechts (1906) 558.

483 Vgl *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 273 ZPO Rz 6.

484 *Spitzer* aaO, § 273 ZPO Rz 6; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 273 ZPO Rz 1; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 273 ZPO Rz 1; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack* § 273 ZPO Rz 1.

485 LGZ Wien 44 R 188/12s = EFSlg 136.252.

486 RIS-Justiz RS0040510.

487 RIS-Justiz RS0040388.

488 OFG 30.10.1997, 8 ObA 298/97z.

489 OGH 31.8.2011, 7 Ob 104/11m.

490 RIS-Justiz RS0040519.

491 OGH 29.9.1992, 4 Ob 541/92; 17.6.2014, 1 Ob 84/14f; 27.5.2019, 1 Ob 92/19i.

#### 4.3.6.3. Auswirkungen von Datenschutzverletzungen auf die zivilprozessuale Verwertbarkeit eines Beweismittels

254

Von der Frage, ob bei der Erlangung eines Beweismittels oder bei der Vorlage einer Urkunde gegen das Datenschutzrecht verstoßen wurde oder wird, ist die Frage zu unterscheiden, ob das Zivilgericht bei der Verwertung einer Urkunde oder eines sonstigen Beweismittels allfällige Verstöße gegen die DSGVO oder das DSG berücksichtigen muss und daher im Extremfall vorliegende Beweise nicht verwerten darf. Solche „**Beweisverwertungsverbote**“<sup>798</sup> werden von der stRsp<sup>799</sup> und der hL<sup>800</sup> allgemein abgelehnt. Der Oberste Gerichtshof führte zuletzt auch konkret zur DSGVO aus, dass auch nach deren Inkrafttreten kein **generelles Beweisverwertungsverbot** für nach den Datenschutzbestimmungen rechtswidrig erlangte Beweismittel bestehe.<sup>801</sup>

Eine definitive Antwort, ob die Verwertung von Urkunden (oder sonstigen Beweismitteln) **in Einzelfällen zivilprozessual unzulässig** sein kann, weil ein Verstoß gegen die DSGVO oder allenfalls des Rechts auf Geheimhaltung des § 1 Abs 1 DSG vorliegt, ist der höchstgerichtlichen Rsp demgegenüber nicht zu entnehmen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob allenfalls eine Interessenabwägung – ähnlich wie bei einer Prüfung nach § 1 DSG – vorzunehmen ist,<sup>802</sup> wobei eine solche für den Urkundenbeweis, daher beispielsweise für Transkripte rechtswidrig angefertigter Tonaufnahmen, höchstgerichtlich nicht gefordert wird.<sup>803</sup>

Demgegenüber geht *Kodek*<sup>804</sup> davon aus, dass die Rechtsfolgen der materiell rechtswidrigen Erlangung eines Beweismittels jeweils für das materielle Recht und das Prozessrecht gesondert ermittelt werden müssen und das rechtswidrige Erlangen (oder Verwenden) von Beweismitteln nur dann prozessrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, wenn die im materiellen Recht vorgesehenen Konsequenzen nicht ausreichend sind, um die Rechtsverletzung zu sanktionieren, was im Datenschutzrecht aufgrund der vorgesehenen Strafen und möglichen Schadenersatzansprüche nicht der Fall sei. Darauf aufbauend geht die wohl hL davon aus, dass – ungeachtet allfälliger Schadenersatzansprüche – auch rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess verwertet werden können, wenn sie zur Beweisführung erforderlich sind.<sup>805</sup> *Zwettler* befürwortet demgegenüber Beweis-

798 Vgl dazu näher Kapitel 2.6.4.

799 OGH 20.11.1997, 2 Ob 272/97g; 21.11.2017, 4 Ob 139/17w; 24.5.2018, 6 Ob 16/18y.

800 Spitzer in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor § 266 ZPO Rz 29; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 70; *Rechberger/Klicka* aaO, Vor § 266 ZPO Rz 24.

801 OGH 24.8.2022, 7 Ob 121/22b.

802 Ids wohl OGH 18.2.2021, 6 Ob 16/21b; diese Frage offenlassend: OGH 24.8.2022, 7 Ob 121/22b.

803 RIS-Justiz RS0123178.

804 *Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, ÖJZ 2001, 281; ders, Rechtswidrig angefertigte Videoaufnahmen – kein generelles Beweisverwertungsverbot, ecolex 2022, 976.

805 *Rechberger/Klicka* aaO Vor § 266 ZPO Rz 24; *Klicka*, Beweis(verwertungs)verbote im Arbeitsrecht? ZAS 2020, 20; *Werderitsch*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel – kein Verwertungsverbot, EF-Z 2022, 285; dies, DSGVO: Beweisverwertungsverbot auf Umwegen? RdW 2021, 242.

### 5.4.2.3. Mediatoren

- 401 Während die spezielle gesellschaftliche Stellung von Geistlichen und die Besonderheiten bei der Entbindung vom Amtsgeheimnis grundsätzlich taugliche Argumente für die Sonderbehandlung dieser Berufsgruppen darstellt, ist die in § 320 Z 4 ZPO absichtlich vorgesehene,<sup>1370</sup> umfassende Zeugnisunfähigkeit von **eingetragenen Mediatoren** nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz<sup>1371</sup> in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde, offenkundig systemwidrig und nicht zu rechtfertigen. Diese führt nämlich dazu, dass Mediatoren von den Medianden **nicht von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden** werden können<sup>1372</sup> und ihre Verschwiegenheitspflicht **von Amts wegen** wahrzunehmen ist.

Die Begründung des Gesetzgebers, andernfalls könnten die Parteien sich im Rahmen einer Mediation nicht vollinhaltlich öffnen, was eine wesentliche Erfolgsvoraussetzung einer Mediation sei, gilt für Psychologen und Psychotherapeuten wohl mindestens gleichermaßen. Tatsächlich bewahren Mediatoren fremde Geheimnisse, sodass es auch den Medianden überlassen bleiben sollte, inwieweit diese Geheimnisse offenbart werden können. Sinnvoll wäre es dementsprechend gewesen, Mediatoren ebenfalls nur ein Recht zur Aussageverweigerung nach § 321 ZPO zu kommen zu lassen und die Entbindung von einer Verschwiegenheit nur bei gleichlautenden Erklärungen der Medianden zuzulassen. Zumal Medianden natürlich nicht daran gehindert sind, im Rahmen ihrer eigenen Einvernahme über den Inhalt der Mediation zu sprechen,<sup>1373</sup> führt die Bestimmung faktisch dazu, dass zwei Parteien höchst unterschiedliche Dinge über die Mediation erzählen und das Gericht keine Möglichkeit hat, die jeweiligen Aussagen zu verifizieren, was dem eigentlichen Ziel des Zivilprozesses, die materielle Wahrheit zu erforschen, diametral widerspricht. Die hM lehnt die Bestimmung daher zu Recht auch einhellig ab.<sup>1374</sup>

Nach dem klaren Wortlaut des § 320 Z 4 ZPO sind nur eingetragene Mediatoren zeugnisunfähig, sodass den **Mitarbeitern und Hilfskräften** derselben **lediglich ein Aussageverweigerungsrecht** nach § 18 ZivMediatG iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO zukommt.<sup>1375</sup> Diese können daher von den Medianden wirksam von ihrer Pflicht zur Verschwiegenheit entbunden werden. Ebenso sind Personen, die das Gewerbe Lebens- und Sozialberater, eingeschränkt auf Mediation ausüben (und daher nicht als Mediatoren dem ZivMedG eingetragen sind) nicht von § 320 ZPO umfasst.<sup>1376</sup>

---

1370 Spitzer aaO § 320 ZPO Rz 3.

1371 BGBl I 29/2003.

1372 ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 28.

1373 Deutschmann/Lenz, Die Verschwiegenheit in der Mediation, pm 2009, 98; Frauenberger aaO § 320 ZPO Rz 9.

1374 Frauenberger aaO § 320 ZPO, Rz 9; Rechberger/Klicka aaO § 320 ZPO Rz 7; Spitzer aaO § 320 ZPO Rz 28.

1375 Frauenberger aaO § 320 ZPO Rz 9; Rechberger/Klicka aaO § 320 ZPO Rz 7; aM Spitzer aaO § 320 ZPO Rz 29.

1376 Deutschmann/Lenz aaO pm 2009, 98.

## 6.10. Haftung des Sachverständigen

### 6.10.1. Innerprozessual

Wenn der Sachverständige sein Gutachten ohne genügende Entschuldigung **nicht binnen der gesetzten Frist erstattet** oder zu einer **Tagsatzung** trotz ordnungsgemäßer Ladung **nicht erscheint**, ist ihm – bei einem entsprechenden Antrag der Parteien –<sup>2294</sup> gemäß § 354 Abs 1 ZPO der Ersatz der dadurch verursachten Kosten aufzuerlegen. Bevor ein solcher aufgetragen werden kann, muss dem Sachverständigen Gelegenheit gegeben werden, seine Säumnis zu entschuldigen, wozu jedenfalls alle Gründe ausreichend sind, welche nach § 146 ZPO eine Wiederinsetzung in den vorigen Stand ermöglichen.<sup>2295</sup> Umgekehrt können Verzögerungen nicht damit gerechtfertigt werden, dass Gutachtensaufträge aus anderen Verfahren „*unerwartet ausufern*“, weil dieser Umstand nur eine Fristerstreckung in den dortigen Verfahren rechtfertigen kann.<sup>2296</sup>

Anschließend ist gegebenenfalls in einem selbstständig anfechtbaren **Grundsatzbeschluss** festzustellen, ob und in welcher Weise der Fortgang des Verfahrens in der Hauptsache ausschließlich durch eine ungerechtfertigte Säumnis des Sachverständigen beeinflusst wurde.<sup>2297</sup> Nach Rechtskraft dieses Beschlusses ist den Parteien Gelegenheit zu geben, binnen 14 Tagen ihre Kostenersatzansprüche zu verzeichnen. In einem weiteren **selbstständigen anfechtbaren Beschluss** sind die dem Sachverständigen als Kostenersatz an die Parteien aufzuerlegenden Kosten zu bestimmen.<sup>2298</sup>

Bei einer Säumnis des Sachverständigen ist auch eine **Minderung der Gebühren** denkbar.<sup>2299</sup> Außerdem ist über den Sachverständigen eine **Ordnungsstrafe** von bis zu EUR 2.000 oder<sup>2300</sup> eine **Mutwillensstrafe** von bis zu EUR 4.000<sup>2301</sup> zu verhängen. Rekursen gegen Beschlüsse, mit welchen Ordnungs- oder Mutwillensstrafen ausgesprochen werden, kann das Erstgericht gemäß § 522 Abs 1 ZPO selbst stattgeben.<sup>2302</sup>

### 6.10.2. Außerprozessual

Die stRsp qualifiziert den gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht als Organ iSd § 1 Abs 2 AHG,<sup>2303</sup> weshalb eine **Amtshaftung** der Republik Österreich für

2294 OGH 20.5.1987, 9 ObA 7/87; *Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>3</sup>, Rz 1.355.

2295 OLG Wien 3 R 48/11t = Sachverständige 2011, 162.

2296 OLG Graz 2 R 208/03f = RG0000035.

2297 OLG Graz 2 R 47/19b = Sachverständige 2020, 231.

2298 OLG Graz 2 R 47/19b = Sachverständige 2020, 231.

2299 Vgl Rz 578.

2300 *Schneider* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 354 Rz 1; für die Möglichkeit der kumulativen Verhängung von Ordnungs- und Mutwillensstrafe: *Braun* in *Höllwerth/Ziehensack* § 354 ZPO Rz 1.

2301 Zur möglichen Strafhöhe vgl § 220 Abs 1 ZPO.

2302 *Sloboda* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 522 ZPO, Rz 8.

2303 RIS-Justiz RS0026353, RS0026337.

### 8.4.1. Dash-Cams aus Sicht des Datenschutzrechts

Zumal mittels solcher Kameras der öffentliche Raum und damit die dort befindlichen Personen gefilmt werden und diese Aufnahmen anschließend allenfalls archiviert werden (können), begegnen „*Dash-Cams*“ seit ihrem Auftreten laufend **datenschutzrechtlichen Bedenken**.<sup>2615</sup> Der VwGH sprach in einer noch zum alten DSG 2000 ergangenen Entscheidung<sup>2616</sup> davon, dass die Erstellung von Aufzeichnungen mittels Dash-Cam zwar nicht grundsätzlich unzulässig sei, verneinte jedoch die Zulässigkeit im konkreten Fall, weil die Aufzeichnung der Kamera manuell mittels SOS-Knopf aktiviert werden konnte. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte die Zulässigkeit von Dash-Cams ebenfalls in nachfolgenden Entscheidungen.<sup>2617</sup>

In einem neueren Verfahren hatte das BVwG<sup>2618</sup> die Zulässigkeit einer Dash-Cam zu beurteilen, welche Aufnahmen in so niedriger Qualität machte, dass zwar die Kennzeichen anderer Fahrzeuge identifizierbar waren, jedoch keine fremden Personen. Das System löschte die gemachten Aufnahmen alle drei Minuten, soweit man dessen Speicherkarte nicht herauszog, diesfalls die Aufnahmen der letzten drei Minuten auf dieser archiviert wurden. Eine besondere Auslösung oder Speicherung im Falle eines Unfallgeschehens war nicht vorgesehen. Das BVwG sprach aus, dass Personen, die am Straßenverkehr teilnehmen, spätestens im Fall eines *Unfallgeschehens* vernünftigerweise mit der Dokumentation ihres Fahrverhaltens rechnen müssten und bejahte in weiterer Folge die Zulässigkeit sog. „*Crash-Cams*“, daher von Systemen, die nicht anlasslos filmen, sondern nur ein Unfallgeschehen aufnehmen. Der VwGH hob diese Entscheidung allerdings in weiterer Folge aus formalen Gründen auf, ohne auf die inhaltliche Argumentation des BVwG einzugehen.<sup>2619</sup>

In einer späteren Entscheidung<sup>2620</sup> bejahte das Bundesverwaltungsgericht erneut die datenschutzrechtliche Zulässigkeit eines bestimmten Dash-Cam-Systems. Im Anlassfall wurde mittels eines derartigen Systems eine rund zweiminütige Aufnahme gemacht, die kein Unfallgeschehen, sondern eine im Straßenverkehr aufgetretene fahrlässige Gemeingefährdung iSD § 177 StGB und eine Nötigung iSD § 105 StGB eines Verkehrsteilnehmers gegenüber einem anderen Verkehrsteilnehmer dokumentiert und von Letzterem an die Staatsanwaltschaft übermittelt wurde. Das Bundesverwaltungsgericht stellte bei dieser Entscheidung den Zweck der Verwendung der Aufnahme, namentlich deren Gebrauch in einem Strafver-

2615 Vgl dazu bspw *Thiele/Jahnel*, VwGH: „Dashcam“ grundsätzlich zulässig, jusIT 2016, 255; *Knyrim/Trieb*, Dashcams und Crashcams, ZVR 2015, 445; *Thiele*, Videoüberwachung aus Fahrzeugen – Datenschutzrechtliches zu Dashcams, Jahrbuch Datenschutz 2014, 235.

2616 VwGH 12.9.2016, Ro 2015/04/0011.

2617 BvWG 4.4.2017, W101 2016270-1; 2.3.2020, W211 2217212-1.

2618 BvWG 16.10.2019, W256 2222862-1/4E.

2619 VwGH 18.3.2022, Ro 2020/04/0008.

2620 BVwG 8.9.2022, W2562236773-1.

- 813 Alleine der Umstand, dass ein Zeuge sich aufgrund der Anwesenheit eines Zuhörers befangen fühlt oder Angst hat auszusagen, rechtfertigt den Ausschluss der Öffentlichkeit allerdings noch nicht,<sup>3046</sup> was insofern sachgerecht ist, als entsprechenden Situationen allenfalls mit einer abgesonderten Vernehmung nach § 289a ZPO begegnet werden kann.<sup>3047</sup> Für Näheres zur abgesonderten Vernehmung siehe Rz 910 ff.
- 814 In jedem Fall ist aber zu beachten, dass dieser Ausschlussgrund aus grund- und verfassungsrechtlichen Überlegungen nur unter besonderen Umständen im Sinne einer „**Härteklausel**“ anzuwenden ist.<sup>3048</sup> Darüber hinaus ist vor einem Ausschluss der Öffentlichkeit nach diesem Ausschlussgrund auch zunächst zu versuchen, mit Mitteln der Sitzungspolizei, etwa einer Entfernung identifizierbarer störender Personen nach § 198 Abs 2 ZPO das Auslangen zu finden und erst bei deren Unmöglichkeit – etwa wenn die Störer nicht identifiziert werden können – auf einen Ausschluss der Öffentlichkeit zurückzugreifen.<sup>3049</sup>

### 13.1.3. Ausschluss der Öffentlichkeit bei Tatsachen des Familienlebens

- 815 Gemäß § 172 Abs 2 ZPO ist die Öffentlichkeit ua dann auszuschließen, wenn zum Zwecke der Entscheidung des Rechtsstreites Tatsachen des Familienlebens erörtert und bewiesen werden müssen. Dieser Ausschlussgrund kann – anders als jene nach § 172 Abs 1 ZPO – nicht von Amts wegen, sondern **nur auf Antrag** einer Partei aufgegriffen werden.

„**Tatsachen des Familienlebens**“ sind in Anlehnung des Familienbegriffs des § 40 ABGB<sup>3050</sup> zunächst jedenfalls solche, die sich im Familienverband ereignen und nur die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander berühren. Darüberhinausgehend erfasst der Ausschlussgrund nach hA allerdings auch den persönlichen Lebens- oder Geheimnisbereich, also weite Teile des Privatlebens.<sup>3051</sup> Ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist in diesen Fällen nicht nur dann gerechtfertigt, wenn es um den Schutz des Privat- und Familienlebens einer Prozesspartei geht, sondern auch dann, wenn es um das Privat- und Familienleben Dritter geht. *In der Praxis wird dieser Ausschlussgrund wohl am häufigsten herangezogen.*<sup>3052</sup>

---

3046 LGZ Wien 41 R 688/88, MietSlg 40.768.

3047 Siehe ausführlicher etwa in *Anzenberger*, Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren, ÖJZ 2017, 252.

3048 *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/3<sup>3</sup> (Stand 1.10.2015, rdb.at) § 172 Rz 25 ff mwN.

3049 *Parzmayr* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO Praxiskommentar (2019) § 172 Rz 7 f; *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/3<sup>3</sup> (Stand 1.10.2015, rdb.at) § 172 Rz 24 und 26.

3050 § 40 Satz 1 ABGB: „Unter Familie werden die Stammeltern mit allen ihren Nachkommen verstanden.“

3051 OGH 1 Ob 154/14z, Zak 2015, 39; *Sengstschmid* in *Fasching/Konecny* Zivilprozessgesetze II/3<sup>3</sup> (Stand 1.10.2015, rdb.at) § 172 Rz 34, unter Verweis auf § 40 ABGB und die Aussageverweigerungsgründe in § 229 Abs 1 Z 2 StPO und § 321 Abs 1 Z 1 ZPO.

3052 So auch *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch Zivilprozess<sup>2</sup> (2016), 24; *Parzmayr*, Die Grenzen der Öffentlichkeit im Zivilprozess, ÖJZ 2016, 641.

**Praxishinweis**

968

Da der Antragsteller dem Antragsgegner die Kosten der Beweissicherung vorläufig zu ersetzen hat, sollte der Streitwert der Beweissicherung nicht zu hoch bemessen werden. Beispielsweise kann es im Rahmen von Baumängel-Beweissicherungen zu stundenlangen oder gar mehrtägigen Befundaufnahmen kommen, bei denen einschreitende Rechtsvertreter die Intervention bei der Befundaufnahme nach dem Tarifposten TP3A und gegebenenfalls mit doppeltem Einheitssatz verzeichnen können.

## 14.5. Anfechtung des Beweissicherungsbeschlusses

Das nach § 384 Abs 3 ZPO jeweils zuständige Gericht entscheidet über einen Antrag auf Beweissicherung mittels Beschluss.<sup>3408</sup> Gemäß § 386 Abs 1 ZPO erfolgt die Beschlussfassung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung, allerdings ist der Antragsgegner *einzuvernehmen*, sofern nicht Gefahr in Verzug ist. Letzteres ist beispielsweise dann gegeben, wenn aufgrund der Kenntnis des Gegners von der bevorstehenden Beweissicherung von diesem eine Torpedierung dergleichen vermutet wird oder etwa, wenn eine Anhörung zu einer zu starken Zeitverzögerung führen würde, welche ebenso die Beweissicherung gefährden würde.<sup>3409</sup>

969

Gegen einen den Beweissicherungsantrag ab- oder zurückweisenden Beschluss besteht die Möglichkeit zur Erhebung eines *Rekurses*. Aus dem Provisorialcharakter der Beweissicherung folgt jedoch ein Ausschluss der Anfechtbarkeit eines die Beweissicherung bewilligenden Beschlusses (§ 386 Abs 4 ZPO).<sup>3410</sup> Der *Rechtsmittelausschluss nach § 386 Abs 4 ZPO* führt im Ergebnis dazu, dass ein Verstoß gegen die normierte Pflicht zur Einvernahme des Antragsgegners im Fall eines bewilligenden Beschlusses sanktionslos bleibt.<sup>3411</sup> Kein Rechtsmittelausschluss nach § 386 Abs 4 ZPO besteht hingegen, wenn ein Gericht in zweiter Instanz den Beschluss betreffend einen Beweissicherungsantrag ersatzlos aufhebt. In diesem Fall handelt es sich nämlich seitens des Rekursgerichts nicht um einen Beschluss, welcher dem Beweissicherungsantrag stattgibt, weshalb die Regelung des § 386 Abs 4 ZPO nicht greift.<sup>3412</sup>

**Anfechtbar** sind hingegen Beschlüsse im Rahmen eines Beweissicherungsverfahrens, welche nach § 365 ZPO eine Entscheidung hinsichtlich Kostenvorschüsse, eine Verwerfung der Ablehnung eines Sachverständigen oder etwa die Bestimmung von Sachverständigengebühren zum Inhalt haben.<sup>3413</sup> Ebenso anfechtbar ist ein Beschluss, welcher einen Antrag auf mündliche Gutachtenserörterung ab-

970

<sup>3408</sup> Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht (Stand 1.9.2020, rdb.at) § 384 Rz 2; siehe auch RIS-Justiz RS0040710.

<sup>3409</sup> Rassi in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> (Stand 1.8.2017, rdb.at) § 386 Rz 1.

<sup>3410</sup> Rassi in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> (Stand 1.8.2017, rdb.at) § 386 Rz 8; näher dazu siehe OGH 30.3.2000, 8 Ob 61/00d; OGH 6 Ob 82/11v, ecolex 2011, 828.

<sup>3411</sup> LGZ Wien 39 R 206/12a, MietSlg 64.665.

<sup>3412</sup> RIS-Justiz RS0040723.

<sup>3413</sup> Rassi in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> (Stand 1.8.2017, rdb.at) § 386 Rz 8.

- Auf der anderen Seite besteht die Möglichkeit, dass ein österreichisches Gericht die Beweisaufnahme selbst, also unmittelbar, durchführt (sog unmittelbare Beweisaufnahme).

**1058** Für die Beweisaufnahme im Ausland im Wege einer durch ein österreichisches Gericht angefragten Rechtshilfe findet § 36 Abs 2 S 2 JN Anwendung, wonach „*Staatsverträge, Regierungserklärungen, Ministerialverordnungen*“ zu beachten sind. Auf derartige Bestimmungen, die also schon nach nationalem Recht beachtet werden müssen, wird nun in den folgenden Kapiteln eingegangen.

### 16.2. Die Beweisaufnahme in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

**1059** Seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union unterliegt auch die österreichische Rechtsordnung dem vorrangig anzuwendenden Regime des Unionsrechts. Die internationale Zusammenarbeit zwischen den Behördenstrukturen der Mitgliedstaaten der EU („MS“) hat sich in vielen Bereichen vereinfacht, so auch in der Zusammenarbeit in zivilprozessualen Angelegenheiten. So kam es auch zu erheblichen Vereinfachungen innerhalb der grenzüberschreitenden Beweisaufnahme innerhalb der Europäischen Union.

**1060** Maßgeblich für Beweisaufnahmen im Ausland ist dabei die Verordnung (EU) 2020/1783 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahme) (Neufassung) („EuBVO neu“), deren Bestimmungen am 1.7.2022 in Kraft getreten sind (Art 35 Abs 1 EuBVO neu) und jene der Vorgängerverordnung ersetzen.

**1061** Zweck der EuBVO neu ist die Vereinfachung des Beweisaufnahmeverfahrens in grenzüberschreitenden Zivilsachen. Die bereits erwähnte **völkerrechtliche** Idee der Territorialeinheit tritt innerhalb des Unionsrechts zu Gunsten des Grundsatzes eines effektiven Verfahrens zurück.<sup>3493</sup>

**1062** Die EuBVO neu findet Anwendung in allen MS der Europäischen Union, abgesehen von Dänemark (Erwägungsgrund 38 EuBVO neu; Art 1 EuBVO neu).<sup>3494</sup>

**1063** Prinzipiell sieht die EuBVO neu die Rechtshilfe und die unmittelbare Beweisaufnahme als Möglichkeiten der Beweisaufnahme in einem MS vor:

---

<sup>3493</sup> Neumayr, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren 66.

<sup>3494</sup> Im Verhältnis Österreich zu Dänemark findet vorrangig das Haager Prozessübereinkommen 1954, BGBl 91/1957, Anwendung, das im Anschluss ebenfalls thematisiert wird (Sengtschmid in Fasching/Konecny<sup>3</sup> § 38 JN [Stand 30.11.2013, rdb.at] Rz 39).