

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirnbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

März 2017

06

245 – 292

Aktuelles

Zur nächsten Session des VfGH ➔ 245

Beitrag

Vernehmung von Verbrechenopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289 a und 289 b ZPO

Philipp Anzenberger ➔ 249

Evidenzblatt

Hotel als Flüchtlingsunterkunft ist keine Widmungsänderung

Reinhard Pesek ➔ 263

Anfechtung der in höherer Instanz ergangenen
erstinstanzlichen Entscheidung Wolfgang Jelinek ➔ 268

Gewerbsmäßiger Suchtgifthandel ➔ 271

Forum

Kritik an der analogen Anwendung der Verjährungsregel
des § 27 Abs 3 MRG auf die Kondiktion nach allgemeinem Zivilrecht

Max Leitner ➔ 284

VfGH

Entscheidungen des VfGH – Oktober-Session 2016

Helmut Hörtenhuber und Stefanie Dörnhöfer ➔ 285

Kosten

Kostenseitig Josef Obermaier ➔ 292

Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289 a und 289 b ZPO

Seit einigen Jahren enthält die Zivilprozessordnung Instrumente zur schonenden Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen sowie die Möglichkeit des gänzlichen Absehens von der Vernehmung Minderjähriger. Der vorliegende Beitrag untersucht die einschlägigen Bestimmungen, diskutiert Probleme an der Schnittstelle zu Außerstreitverfahren und Strafprozess und bietet praxistaugliche Auslegungshilfen an.

Von Philipp Anzenberger

ÖJZ 2017/34

§§ 289 a, 289 b
ZPO

Opfer;
Minderjährige;
Parteien-
vernehmung;
Zeugen-
vernehmung

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Absehen von der Vernehmung
 1. Allgemeines und verfassungsrechtliche Erwägungen
 2. Anwendungsvoraussetzungen
 3. Entscheidung über das Absehen von der Vernehmung
 - a) Antragstellung und amtswegige Wahrnehmung
 - b) Antragsprüfung und Beschlussfassung des Gerichts
 - c) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Entscheidung?
 - d) Rechtsfolge des Absehens von der Vernehmung
- C. Abgesonderte Vernehmung
 1. Anwendungsvoraussetzungen nach dem jeweils erfassten Personenkreis
 - a) Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO (§ 289 a Abs 1 ZPO)
 - b) Minderjährige (§ 289 b Abs 2 ZPO)
 - c) Sonstige Personen (§ 289 a Abs 2 ZPO)
 2. Entscheidung über die abgesonderte Vernehmung
 3. Durchführung der Vernehmung
 - a) Anwesenheitsbeschränkung für die Parteien und ihre Vertreter
 - b) Besonderheiten für Minderjährige
- D. Fazit und Anregungen

gesonderten Vernehmung für Verbrechensopfer und minderjährige Personen (§§ 289 a und 289 b Abs 2 ZPO). Unter besonderen Voraussetzungen kann das Gericht **von einer Einvernahme minderjähriger Personen** sogar **gänzlich absehen** (§ 289 b Abs 1 ZPO).

Die den entsprechenden Bestimmungen der StPO und des AußStrG zugrunde liegenden Werthaltungen waren nach Ansicht des Gesetzgebers gleichermaßen auf den Zivilprozess zu übertragen: Auch dort seien zu vernehmende Personen zu schützen, soweit die **Anwesenheit einer der Parteien bei der Aussage** (etwa aufgrund ihrer Eigenschaft als Täter eines an der zu vernehmenden Person begangenen Sexualdelikts) **unzumutbar** ist.²⁾ Dadurch soll einerseits die sekundäre Viktimisierung von Opfern (und ähnlich vulnerablen Personen [vgl § 289 a Abs 2 ZPO]) in laufenden Prozessen vermieden und sichergestellt werden, dass diese aufgrund der drohenden Konfrontation mit dem Täter nicht vor einem Zivilprozess zurückschrecken.³⁾ Andererseits soll auch dem erhöhten Schutzbedürfnis minderjähriger Personen Rechnung getragen werden und die besondere Belastung eines gerichtlichen Verfahrens durch die Möglichkeit einer schonenden Vernehmung oder eines gänzlichen Absehens von der Vernehmung abgefedert werden.⁴⁾

Aufgrund der engen Verflechtungen der beiden Bestimmungen ist es sinnvoll, die Untersuchung der §§ 289 a und 289 b ZPO nicht „gesetzeschronologisch“, sondern anhand ihrer unterschiedlichen Rechtsfolgen durchzuführen. Es wird daher in weiterer Folge zuerst das gänzliche **Absehen von der Vernehmung** und danach die **abgesonderte Vernehmung** behandelt.

A. Einleitung

Mit dem zweiten Gewaltschutzgesetz 2009¹⁾ wurde der Opferschutz im Zivilprozess in einigen wichtigen Punkten ausgebaut: Neben der Möglichkeit der Geheimhaltung des Wohnorts von Parteien (§ 75 a ZPO) und Zeugen (§ 76 Abs 2 ZPO) und der Gewährung von psychosozialer Prozessbegleitung für Verbrechensopfer (§ 73 b ZPO) schuf der Gesetzgeber auch für den Zivilprozess die – bereits im Strafprozess (§ 165 Abs 3 und § 250 StPO) und im Verfahren außer Streitsachen (§ 20 Abs 1 AußStrG) erprobte – Möglichkeit einer ab-

B. Absehen von der Vernehmung

1. Allgemeines und verfassungsrechtliche Erwägungen

Gem § 289 b Abs 1 ZPO kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen **von der Vernehmung einer min-**

1) BGBl I 2009/40.

2) IA 271/A 24. GP 31.

3) IA 271/A 24. GP 31.

4) IA 271/A 24. GP 32.

derjährigen Person zur Gänze oder in einzelnen Teilbereichen absehen, wenn durch die Vernehmung das Wohl der minderjährigen Person gefährdet würde. Auch wenn diese Bestimmung im Extremfall dazu führen kann, dass eine Partei den von ihr behaupteten Anspruch nicht beweisen kann, begründet § 289b Abs 1 ZPO nach zutreffender Ansicht *Deixler-Hübners* und *Schneiders* keinen Verstoß gegen Art 6 EMRK.⁵⁾ Eine Güterabwägung zwischen dem Wohl des Minderjährigen und dem Eingriff in die Stoffsammlung geht (etwa mit Blick auf die vergleichbare Regelung des § 321 Abs 1 ZPO) klar zugunsten des Wohls des Minderjährigen aus.⁶⁾ Allerdings ist davon **restriktiv Gebrauch zu machen**: Neben verfassungsrechtlichen Bedenken einer extensiven Auslegung ergibt sich auch aus den Materialien, dass von der Vernehmung des Minderjährigen nur dann abgesehen werden soll, wenn „*der Schutz des Kindeswohls nicht anders zu bewerkstelligen ist*“;⁷⁾ andernfalls ist auf die übrigen Instrumente der schonenden Vernehmung zurückzugreifen. In Verfahren über Pflege und Erziehung sowie über die persönlichen Kontakte (§§ 104 ff AußStrG) wird § 289b ZPO von § 105 AußStrG verdrängt, soweit die Bestimmungen deckungsgleiche Sachverhalte regeln.⁸⁾

2. Anwendungsvoraussetzungen

Für die Anwendung des § 289b Abs 1 ZPO kommt es **ausschließlich** auf die **Gefährdung des Wohls des Minderjährigen an** (und zwar unabhängig davon, ob der Minderjährige als Partei oder als Zeuge aussagen soll⁹⁾). Dabei ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Bestimmung insb auf die **geistige Reife**, den **Gegenstand der Vernehmung** und das **Naheverhältnis zu den Prozessparteien** Bedacht zu nehmen.¹⁰⁾ Angesichts des Gleichlaufs von Wortlaut und telos bietet sich die zu § 105 Abs 2 AußStrG ergangene Rechtsprechung als Orientierungshilfe für die Auslegung des § 289b Abs 1 ZPO an: Nach dieser ist etwa dann von einer Wohlgefährdung auszugehen, wenn anzunehmen ist, dass die Befragung den Minderjährigen in einen seiner weiteren Entwicklung abträglichen Loyalitätskonflikt bringen würde.¹¹⁾

Das Gesetz sieht **keine Interessenabwägung** zwischen der Wohlgefährdung des Minderjährigen und dem Interesse der Parteien an der Beweisbarkeit ihrer Behauptungen vor.¹²⁾ Allerdings soll nach *Kloiber*¹³⁾ und *Rechberger*¹⁴⁾ ausnahmsweise dennoch eine Interessenabwägung durchzuführen sein, wenn die Entscheidung in der Hauptsache ebenfalls auf das „Kindeswohl“ abstellt (was seit dem KindNamRÄG 2013 gem § 138 ABGB nun explizit in allen das minderjährige Kind betreffenden Angelegenheiten der Fall ist). Dem ist zuzugestehen, dass eine situationsbedingt schwierige Einvernahme für den Minderjährigen in **manchen Fällen das geringere Übel** gegenüber einer seinem Wohl widersprechenden Entscheidung darstellen kann. Problematisch ist dabei aber, dass der prozessuale „Preis“ (nämlich die dem Wohl des Minderjährigen abträgliche Befragung) gezahlt werden muss, ohne zu wissen, ob die Befragung tatsächlich etwas am Verfahrensausgang ändert (weil das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht antizipiert werden kann). In Einzelfällen erscheint eine solche Vorgangsweise allerdings dennoch gerechtfertigt,

wenn die potentiellen Nachteile einer materiell unrichtigen Entscheidung die Gefährdung des Wohls bei der Einvernahme in eklatantem Ausmaß übersteigen. Aus methodischem Blickwinkel ist die (in Ausnahmefällen) trotz Gefährdung des Wohls des Minderjährigen „entgegen“ § 289b Abs 1 ZPO durchgeführte Vernehmung unbedenklich, weil dieser dem Gericht ohnehin einen Ermessensspielraum einräumt. Aber auch beim obligatorisch anzuwendenden § 105 Abs 2 AußStrG ist es mE vorzuziehen, die potentiellen (materiell-rechtlichen) Auswirkungen der Entscheidung in die Überprüfung der Wohlgefährdung miteinfließen zu lassen; eine strikte Trennung zwischen „verfahrensrechtlichem Wohl“ und „materiell-rechtlichem Wohl“ ist hier ebenfalls wenig überzeugend.

Offen bleibt, wie das Gericht bei einer solchen Interessenabwägung vorzugehen hat: Zu berücksichtigen ist wohl jedenfalls die **Schwere des Eingriffs** der Entscheidung in das Leben des Minderjährigen. Diese ist noch relativ leicht objektivierbar, kann aber deswegen nicht für sich allein genügen, weil dann auch in sehr eindeutigen Fällen das Kindeswohl durch eine Einvernahme jedenfalls gefährdet werden müsste. Daher ist wohl auch die **momentane Beweislage** im Verfahren miteinzubeziehen: Je näher die Feststellung des Kindeswohls (§ 138 ABGB) am non liquet liegt, desto eher könnte die Gefährdung des Wohls der minderjährigen Person (§ 289b Abs 1 ZPO) durch die Einvernahme gerechtfertigt sein, um zu einer materiell richtigen Entscheidung zu gelangen. Aber gerade wenn das Wohl des Minderjährigen in beiden Entscheidungsalternativen (aus dem Blickwinkel des Gerichts vor Einvernahme des Minderjährigen) in etwa gleich gewichtet ist, stellt sich wiederum die Frage, ob eine Gefährdung des Kindeswohls durch die Einvernahme überhaupt

5) *Deixler-Hübner*, Kindeswohl und Verfahrensrecht, in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer* (Hrsg), Zivilverfahrensrecht – Jahrbuch 2010 (2010) 221 (235); *Schneider*, Der Minderjährige als Zeuge, in *Clavara/Garber* (Hrsg), Die Rechtsstellung von Benachteiligten im Zivilverfahren (2012) 243 (252 f); zweifelnd hingegen *Hager-Rosenkranz*, Das 2. Gewaltschutzgesetz 2009 – Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahren, *ecolex* 2009, 560 (562).

6) *Fucik*, Rechtsentwicklung 2009 – Neue Rechtsvorschriften im Zivilverfahrensrecht. Eine Übersicht, in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer* (Hrsg), Zivilverfahrensrecht 11 (28); *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 253; vgl auch *Kloiber*, Die Vernehmung Minderjähriger im Zivilverfahren, *Zak* 2010, 343 (343).

7) IA 271/A 24. GP 32; vgl auch *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 253.

8) AA *Kloiber* (*Zak* 2010, 345 f [relativierend allerdings in FN 7]), nach der sich die Frage nach dem Verhältnis nicht stellen würde, weil die Befragung nach § 105 AußStrG nicht die gleiche Funktion wie die Parteienvernehmung habe. Auf die prozessuale Stellung des Minderjährigen kommt es aber in § 289b ZPO und in § 105 AußStrG ebenso wenig an wie auf die Klassifizierung des Beweismittels (und als solches muss die Vernehmung des Minderjährigen wohl jedenfalls erachtet werden) als Parteien- oder Zeugenvernehmung. Beide Bestimmungen regeln (gleichermaßen) einen schonenden Modus für Vernehmung des Minderjährigen zum Zweck der Beweisaufnahme, insofern ist § 105 AußStrG zumindest in Teilen jedenfalls als *lex specialis* zu § 289b ZPO zu verstehen.

9) *Deixler-Hübner* in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Zivilverfahrensrecht 235; *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁴ (2014) § 289b ZPO Rz 1.

10) Dazu auch *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 248.

11) OGH 7 Ob 269/04 s; RIS-Justiz RS0119594.

12) Differenzierend *Schneider* (in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 253), nach der der Richter im Einzelfall dennoch genau abzuwägen habe, ob die Einschränkung der Stoffsammlungsmöglichkeiten der Parteien gerechtfertigt ist.

13) *Kloiber*, *Zak* 2010, 343.

14) *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar⁴ § 289b ZPO Rz 1.

gerechtfertigt sein kann. Das ist mE dann zu bejahen, wenn das Gericht (ohne Einvernahme des Minderjährigen nicht beweisbare) Umstände vermutet, die eine **eklatante Verschiebung der Beurteilung des Kindeswohls** bedeuten würden. Nur in solchen Fällen ist daher eine Einvernahme des Minderjährigen gerechtfertigt, obwohl dadurch sein Wohl gefährdet sein könnte.

Beispiel

In einem Verfahren über die Obsorge nach § 180 Abs 2 ABGB ergibt sich aus den Akten, dass eine Befragung den (an neurotischen Störungen leidenden) Minderjährigen M in einen **schwerwiegenden Loyalitätskonflikt** bringen würde. Nach der bisherigen Beweislage liegt es aufgrund der Kontinuität der Erziehungs- und Lebensverhältnisse¹⁵⁾ eher im Kindeswohl, den Vater mit der Obsorge zu betrauen. Von der Mutter behauptete wiederholte körperliche Misshandlungen durch den Vater konnten mangels Einvernahme des M nicht bewiesen werden. Nachdem auch die meritorische Entscheidung das Wohl des M berührt, ist eine **Interessenabwägung** vorzunehmen: Die Entscheidung über die Obsorge bedeutet einen erheblichen Eingriff in das Leben des M; die derzeitige **Beweislage** ergibt leichte Präferenzen zugunsten der Obsorge des Vaters. Die von der Mutter behaupteten Misshandlungen durch den Vater würden allerdings zu einer **eklatanten Verschiebung der Beurteilung des Wohls des Minderjährigen** in der Sache führen. Es ist daher gerechtfertigt, eine (schonende; vgl § 105 Abs 1 AußStrG) Vernehmung des Minderjährigen anzuordnen, obwohl diese dessen Wohl gefährden könnte.

3. Entscheidung über das Absehen von der Vernehmung

a) **Antragstellung und amtswegige Wahrnehmung**
§ 289 b Abs 1 ZPO sieht vor, dass das Gericht von der Vernehmung der minderjährigen Person **von Amts wegen oder auf Antrag** absehen kann. In beiden Fällen hat das Gericht eine **beschlussmäßige Entscheidung** zu treffen (vgl § 289 b Abs 4 ZPO).

Nach *Schneider* kommt dem Gericht aufgrund der Formulierung „*kann [...] absehen*“ ein **Ermessensspielraum** zu; dieser betreffe aber nur den Inhalt der Entscheidung und nicht die Frage, ob das Gericht überhaupt eine entsprechende Entscheidung zu fällen hat.¹⁶⁾ Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als das Gericht über **Antragstellung** zweifellos eine Entscheidung zu fällen hat, wenngleich diese (aufgrund des Ermessensspielraums) unter Umständen auch bei Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen des § 289 b Abs 1 ZPO zu Ungunsten des Antragstellers ausfallen kann (sog **Entscheidungsermessen**). Was die **amtswegige Wahrnehmung** der abgesonderten Vernehmbarkeit betrifft, ist mE hingegen sehr wohl von einem **Handlungsermessen** des Gerichts auszugehen.¹⁷⁾ Konsequenz durchgehalten würde die gegenteilige Sichtweise im Ergebnis bewirken, dass der Verfahrensfluss durch zahlreiche¹⁸⁾ „leerlaufende“ Entscheidungen (hier: der beschlussmäßige Ausspruch der „Nichtnichtverneh-

mung“) gedrosselt würde, was gerade im Anlassfall – eine gesonderte Anfechtung ist gem § 289 b Abs 4 ZPO ohnehin unzulässig – als ineffizient und entbehrlich zu erachten ist.¹⁹⁾ Das Gericht hat daher zwar bei jeder Vernehmung (latent) die Anwendungsvoraussetzungen des § 289 b Abs 1 ZPO zu überprüfen.²⁰⁾ Kommt es bei einer solchen Überprüfung zu dem Ergebnis, dass diese vorliegen, so ist es mE aber nur dann zu einer (beschlussmäßigen) Entscheidung verpflichtet, wenn es **von der Vernehmung absehen** möchte.

Der **Antrag** nach § 289 b Abs 1 ZPO ist eine **Prozesshandlung**;²¹⁾ es stellt sich daher die Frage, ob ein Antrag nach § 289 b Abs 1 ZPO die (bei unmündigen Minderjährigen gerade nicht vorhandene) **Prozessfähigkeit** sowie die **Postulationsfähigkeit** des Antragstellers voraussetzt.²²⁾ Soweit der unmündige Minderjährige selbst **Partei** des Verfahrens ist, bereitet diese Überlegung deshalb kaum Probleme, weil er während der Verhandlung ohnehin durchgehend vertreten sein muss (abgesehen davon, dass die Aussage²³⁾ der Partei gem § 381 ZPO sowie § 35 AußStrG iVm § 381 ZPO ohnehin nicht erzwungen werden kann). Tritt der unmündige Minderjährige hingegen als Zeuge auf, so stellt sich die Frage, ob dessen mangelnde Prozessfähigkeit (und im Anwaltsprozess auch die mangelnde Postulationsfähigkeit des mündigen Minderjährigen) einen Antrag auf Absehung von der Vernehmung unwirksam machen kann. Diese Problematik ist in der Praxis freilich durch die Möglichkeit des amtswegigen Absehens von der Vernehmung Minderjähriger weitgehend abgeschwächt; eine Klärung ist aber auch für die bloß auf Antrag zu genehmigende abgesonderte Vernehmung nach § 289 a ZPO relevant.²⁴⁾ Ein Blick auf **Systematik und Zwecke der Vertretungspflichten** führt hier rasch zu Aufschluss: Die Bestimmungen über die Prozessfähigkeit und die Anwaltspflicht der Parteien dienen nämlich insb dem Schutz der prozessunfähigen (bzw postulationsunfähigen) Partei vor für sie nachteiligen prozessualen Dispositionen sowie der Wahrung ihres rechtlichen Gehörs.²⁵⁾ Der Vorschrei-

15) Vgl *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.04} (Stand 1. 10. 2016) § 180 ABGB Rz 20.

16) *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 248 f.

17) AA für den konkreten Fall *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 248; allgemein aA *Holzhammer*, Das zivilrichterliche Ermessen, in FS *Fasching* (1988) 227 (228), sowie *Konecny* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (ab 2013) II/1 Einleitung Rz 85.

18) Denn entsprechende „Kann-Bestimmungen“ gibt es an vielen Stellen in der Prozessordnung, vgl etwa § 30 Abs 1, § 38 Abs 1, § 68 Abs 2 ZPO.

19) Eine genauere Auseinandersetzung mit diesem Themenkomplex muss einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben.

20) *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 248.

21) Prozesshandlungen sind die zur Einleitung, Durchführung und Beendigung eines Zivilprozesses verfahrensrechtlich erheblichen Handlungen des Gerichts, der Parteien und sonstiger Verfahrensbeteiligter; vgl *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1³ Einleitung Rz 77.

22) Dies bejaht *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 249.

23) Das betrifft auch das Verfahren außer Streitsachen, wo „lediglich“ die Anwesenheit der Parteien gem § 31 Abs 5 AußStrG erzwungen werden kann.

24) Siehe dazu Abschnitt C.1.

25) Vgl etwa *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 436; s auch *Jelinek* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2000–2011) IV/1 § 529 ZPO Rz 38; *Nunner-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Kommentar II/1³ § 6 ZPO Rz 2.

bung einer Prozess- und Postulationsfähigkeit für die Antragstellung eines minderjährigen Zeugen nach § 289b ZPO würde diese Schutzfunktion aber gerade nicht zukommen, zumal ein solcher Antrag keine prozessuale Schlechterstellung des Minderjährigen bewirken kann (vgl dazu den fast gleich gelagerten Fall des § 324 Abs 2 ZPO). Umgekehrt würde eine Vertretungspflicht zu **unnötigen administrativen und finanziellen Mehrbelastungen** des Minderjährigen führen, weshalb die Annahme des Erfordernisses von Prozess- bzw Verfahrensfähigkeit und anwaltlicher Vertretung im Ergebnis **abzulehnen** ist.²⁶⁾

Antragsberechtigt sind jedenfalls der **mündige Minderjährige** selbst sowie der **Vertreter des unmündigen Minderjährigen**. Aus der Ablehnung des Erfordernisses von Prozess- und Postulationsfähigkeit für die Antragstellung ergibt sich aber, dass auch der **unmündige Minderjährige** in eigener Person zu einer entsprechenden Antragstellung berechtigt ist. Bei allfälligen widersprüchlichen Anträgen (etwa: der gesetzliche Vertreter beantragt das Absehen von der Vernehmung zu einzelnen Themenbereichen, der unmündige Minderjährige hingegen das gänzliche Absehen von der Vernehmung) hat das Gericht mE zum Schutz des Minderjährigen den weitergehenden Rechtsschutzantrag zu prüfen.

Für die konkrete prozessuale Ausgestaltung der Antragstellung bietet sich mangels Regelung in § 289b ZPO eine analoge Anwendung des § 323 ZPO an: Die Antragstellung kann daher samt Angabe der Gründe **mündlich oder schriftlich** vor der zu seiner Vernehmung bestimmten Tagsatzung oder bei dieser Tagsatzung selbst erfolgen (§ 323 Abs 1 ZPO per analogiam). Wird der Antrag außerhalb der Tagsatzung gestellt, so ist dies den Parteien (soweit tunlich) ebenfalls noch vor der zur Vernehmung bestimmten Tagsatzung bekanntzugeben (§ 323 Abs 2 ZPO per analogiam).

b) Antragsprüfung und Beschlussfassung des Gerichts

Auch zu **Antragsprüfung und Beschlussfassung des Gerichts** finden sich keine genaueren Regelungen in § 289b ZPO; hier liegt daher wiederum eine analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmungen über die Zeugeneinvernahme (insb § 324 ZPO) nahe. Das Gericht kann daher entweder in der Tagsatzung selbst oder auch schon vor der Vernehmungstagsatzung (dann allerdings durch schriftlichen Beschluss²⁷⁾) entscheiden. Vor der Entscheidung kann das Gericht die Parteien hören (§ 324 Abs 1 Satz 2 ZPO per analogiam); es kann allenfalls auch einen (etwa jugendpsychologischen) Sachverständigen beiziehen.²⁸⁾

c) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Entscheidung?

Gegen die Entscheidung nach § 289b Abs 1 ZPO ist ein **abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig** (§ 289b Abs 4 ZPO). Das bedeutet, dass der als Zeuge vernommene Minderjährige die Entscheidung überhaupt nicht bekämpfen kann, weil ihm im weiteren Verfahren kein Rechtsmittelrecht mehr zukommt.²⁹⁾ Aber auch für den als Partei vernommenen Minderjährigen bewirkt die

gegen § 289b Abs 1 ZPO verstoßende Einvernahme keinen Rechtsmittelgrund: Ein Verstoß gegen § 289b Abs 1 ZPO stellt jedenfalls keinen an Bedeutung den in § 477 ZPO genannten Gründen gleichzuhaltenden Verfahrensmangel³⁰⁾ und damit **keinen Nichtigkeitsgrund** her; er ist daher an den Kriterien des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO zu messen. Die **zu Unrecht erfolgte Einvernahme** kann aber die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache nicht verhindern und daher auch keinen wesentlichen Verfahrensmangel begründen. Umgekehrt kann das **ungerechtfertigte Absehen von der Vernehmung** des Minderjährigen sehr wohl einen wesentlichen Verfahrensmangel nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO begründen; insofern werden sich manche Richter im Zweifelsfall wohl eher gegen das Absehen von einer Vernehmung und damit gegen die Gewährung des in § 289b Abs 1 ZPO für Minderjährige vorgesehenen Schutzes entscheiden.

d) Rechtsfolge des Absehens von der Vernehmung

Als Rechtsfolge sieht § 289b Abs 1 ZPO das **gänzliche oder einzelne Themenbereiche betreffende Absehen von der Vernehmung** des Minderjährigen vor; ein dementsprechender Beweisantrag ist daher vom Gericht abzuweisen.³¹⁾ Hat das Gericht den Beschluss auf gänzliches Absehen von der Vernehmung bereits vor der Vernehmungstagsatzung gefällt, so entfällt (naturgemäß) auch die Verpflichtung des Minderjährigen, bei Gericht zu erscheinen (sofern diese nicht aus anderen Gründen erforderlich ist; vgl § 31 Abs 5 AußStrG).

C. Abgesonderte Vernehmung

1. Anwendungsvoraussetzungen nach dem jeweils erfassten Personenkreis

Ein Recht auf abgesonderte Vernehmung kommt **drei Personengruppen** unter jeweils verschiedenen Anwendungsvoraussetzungen zu, nämlich

1. Personen, die in einem Strafverfahren **Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO** sind, sofern das Strafverfahren in sachlichem Zusammenhang mit dem Zivilprozess steht (§ 289a Abs 1 ZPO),
2. **Minderjährigen**, deren Wohl durch die Vernehmung in Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter gefährdet würde (§ 289b Abs 2 ZPO), sowie
3. **sonstigen Personen**, wenn diesen eine Aussage in Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter unzumutbar ist (§ 289a Abs 2 ZPO).

Auf die prozessuale Stellung der zu vernehmenden Person (als Partei oder als Zeuge) kommt es wiederum³²⁾

26) Gegenteilig *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 249.
 27) Vgl *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar III² § 324 ZPO Rz 1.
 28) *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 251.
 29) Krit schon *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 256.
 30) Vgl *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1757; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*, Kommentar IV/1² § 477 ZPO Rz 8.
 31) *Fucik* in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Zivilverfahrensrecht 28.
 32) Vgl schon Abschnitt B.1.

nicht an.³³⁾ §§ 289 a und 289 b ZPO gelten über § 35 AußStrG auch im Verfahren außer Streitsachen,³⁴⁾ gehen in dessen Anwendungsbereich aber § 20 AußStrG über den Ausschluss von Parteien und deren Vertretern bei der Einvernahme außerhalb einer mündlichen Verhandlung nach.³⁵⁾

a) Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO (§ 289 a Abs 1 ZPO)

Opfereigenschaft in einem Strafverfahren

Ein Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO ist jede Person, die durch eine vorsätzlich begangene Straftat **Gewalt oder gefährlicher Drohung ausgesetzt**, in ihrer **sexuellen Integrität und Selbstbestimmung beeinträchtigt** oder deren **persönliche Abhängigkeit durch eine solche Straftat ausgenutzt** worden sein könnte. Auf eine tatsächlich erfolgte Beeinträchtigung oder Ausnutzung kommt es nicht an, zumal im Strafverfahren (sowie uU im darauffolgenden Zivilverfahren) ja gerade erst herausgefunden werden soll, ob eine solche überhaupt stattgefunden hat.

Die Wortfolge „Person, die in diesem Strafverfahren Opfer im Sinn des § 65 Z 1 lit a StPO ist“ ist in mehrerlei Hinsicht eng gehalten: Zunächst setzt sie die **tatsächliche Durchführung**³⁶⁾ eines Strafverfahrens voraus,³⁷⁾ was in Einzelfällen problematisch ist; etwa wenn gar keine österr. Zuständigkeit für die Durchführung eines Strafverfahrens besteht.³⁸⁾ Auch ist gerade bei im Ausland durchgeführten Strafverfahren keineswegs sicher, dass das anzuwendende Strafprozessrecht entsprechende Opferrechte sowie eine mit § 65 Z 1 lit a StPO vergleichbare Opferkategorie kennt. Eine (grundsätzlich denkbare) analoge Anwendung des § 289 a Abs 1 ZPO auf diese Fälle ist mE aber nicht notwendig, weil § 298 a Abs 2 ZPO ohnehin einen entsprechenden Auffangtatbestand enthält.

Weiters verlangt der Wortlaut des § 289 a Abs 1 Satz 1 ZPO, dass der Antragsteller in einem Strafverfahren Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO ist. Eine enge Auslegung dieser Formulierung könnte Opfern ab Beendigung des Strafverfahrens daher eine abgesonderte Vernehmung verwehren (wenn also der Antragsteller bloß Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO in einem Strafverfahren war). Allerdings erfordert die ratio der Bestimmung eine Anwendbarkeit auch nach Abschluss des Strafverfahrens. Die persönliche Betroffenheit des Opfers (und damit die Notwendigkeit einer abgesonderten Vernehmung) endet nämlich nicht mit der Beendigung des Strafverfahrens; vielmehr kann eine sekundäre Viktimisierung nur dann erfolgreich verhindert werden, wenn auch im anschließenden Zivilverfahren entsprechende Schutzinstrumente zur Verfügung stehen. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt, dass eine solche Auslegung jedenfalls iS des Gesetzgebers liegt: Nach dessen Ausführungen wäre es ein Wertungswiderspruch, dass das Opfer im Strafverfahren mittels kontradiktorischer Vernehmung über Video vor unzumutbaren Situationen geschützt werden soll, aber in einem „an ein Strafverfahren anschließenden Zivilverfahren [...] die Aussage in Anwesenheit des bereits rechtskräftig verurteilten Täters erfolgen muss.“³⁹⁾ Eine allfällige **vorherige Beendigung des Strafverfahrens** ist daher für das Recht auf abgesonderte Vernehmung **ohne Bedeutung**.

Sachlicher Zusammenhang

Nicht ausdrücklich festgehalten wurde, wann von einem **sachlichen Zusammenhang** zwischen Zivil- und Strafverfahren auszugehen ist. Hier muss mE – parallel zu § 73 b ZPO⁴⁰⁾ – zur Vermeidung unbilliger Härten ein **bloßer Kausalzusammenhang** zwischen Straftat und privatrechtlichem Anspruch genügen: Klagt also etwa die (nach einer schweren Körperverletzung iSd § 84 Abs 1 StGB) geschiedene Ehegattin ihren früheren Gatten auf Leistung von Unterhaltszahlungen, so muss ihr sowohl im Scheidungsprozess als auch im darauffolgenden Unterhaltsprozess ein Recht auf abgesonderte Vernehmung nach § 289 a ZPO zukommen, weil die zur Scheidung führende Straftat für die darauffolgenden Lebenssachverhalte kausal war.⁴¹⁾ Dass selbst diese weite Auslegung des Zusammenhangs nicht alle notwendigen Fälle erfassen kann, zeigt folgendes Beispiel:

Beispiel

P₁ klagt ihre eingetragene Partnerin P₂ auf Zahlung von Unterhalt gem § 20 Abs 1 EPG. Nach Klageeinbringung kommt es zu einem Streit zwischen den beiden, in dem P₁ von P₂ krankenhausreif geschlagen wird. P₁ hat mangels sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Strafverfahren und dem Zivilprozess kein Recht auf abgesonderte Vernehmung nach § 289 a Abs 1 ZPO.

Wiederum sind aber auch solche Einzelfälle (anders als bei § 73 b ZPO⁴²⁾) im Ergebnis **relativ unproblematisch**, weil auch sonstige Personen nach § 289 a Abs 2 ZPO ein Recht auf abgesonderte Vernehmung haben, sofern ihnen eine Aussage in Anbetracht des Beweisthemas und der persönlichen Betroffenheit in Anwesenheit der Parteien unzumutbar ist.⁴³⁾ Dadurch können unbillige Härten weitgehend vermieden werden.

Bindung an die Beurteilung des Strafgerichts?

Fraglich ist, ob das **Zivilgericht** bei der Beurteilung der Opfereigenschaft an die Einschätzung des Strafgerichts **gebunden** ist (wodurch es sich unter Umständen eigene Erhebungen erspart). Während des **laufenden Strafverfahrens** wird man zwar im Regelfall davon ausgehen dürfen, dass eine Beeinträchtigung der Opferrechte beanspruchenden Person zumindest erfolgt sein „könnte“ (vgl dazu den Einstellungsgrund

33) Deixler-Hübner in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer, Zivilverfahrensrecht 235; Kloiber, Zak 2010, 343; Wagner, Getrennte Befragung im Arbeitsrecht, DRdA 2014, 266 (267).

34) Rechberger in Rechberger (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013) § 35 AußStrG Rz 2.

35) Kloiber, Zak 2010, 345.

36) Vgl zum Beginn des Strafverfahrens § 1 Abs 2 StPO.

37) Ausdrücklich IA 271/A 24. GP 31; so auch Roth/Egger, Zweites Gewaltschutzgesetz, EF-Z 2009, 125 (126).

38) Vgl Anzenberger, Prozessbegleitung im Straf- und Zivilverfahren, ÖJZ 2014, 753 (758 f).

39) IA 271/A 24. GP 31.

40) Anzenberger, ÖJZ 2014, 759; Anzenberger in Fasching/Konecny, Kommentar II/1³ § 73 b ZPO Rz 13.

41) Für eine weite Auslegung auch Kloiber, Zak 2010, 344, wonach das Befragungsthema nicht einmal den Gegenstand des Strafverfahrens betreffen müsse.

42) Vgl Anzenberger, ÖJZ 2014, 759; Anzenberger in Fasching/Konecny, Kommentar II/1³ § 73 b ZPO Rz 11 ff.

43) Dazu Abschnitt C.1.c).

des § 190 Z 2 StPO); eine formelle Bindung des Zivilgerichts ist mangels spruchmäßiger Feststellung der Opfereigenschaft aber zu verneinen. Im Einzelfall kann es zwar vorkommen, dass sich aus der Begründung eines strafgerichtlichen Beschlusses (etwa auf Gewährung oder Nichtgewährung des Ausschlusses der Öffentlichkeit auf Antrag eines Opfers gem § 229 Abs 1 StPO) das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Opfereigenschaft einer Person notwendig ergibt. Die Annahme einer Bindungswirkung der Gründe eines solchen Beschlusses erschiene allerdings in Ermangelung verfahrensrechtlicher Garantien des Antragstellers (vgl für das vorige Beispiel § 229 Abs 3 StPO) eher bedenklich.

Schwieriger ist die Beurteilung einer allfälligen **Bindungswirkung des Strafurteils: Freisprechende Strafurteile** (vgl § 259 StPO) binden nach der Rechtsprechung⁴⁴⁾ Zivilgerichte nicht einmal dann, wenn vom Strafgericht ausdrücklich festgestellt wurde, dass der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat nicht begangen hat. Das liegt daran, dass dem späteren Zivilkläger (bzw im hier interessierenden Fall: dem antragstellenden Opfer) im Strafverfahren kein ausreichendes rechtliches Gehör zugekommen ist.⁴⁵⁾ Gleiches muss für das **Absehen von der Verfolgung** durch die Staatsanwaltschaft nach § 190 Z 2 StPO gelten (wenn kein tatsächlicher Grund zur weiteren Verfolgung des Beschuldigten besteht): Auch wenn die Einstellung des Verfahrens – ähnlich der zivilprozessualen Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht – nach der strafrechtlichen Lehre unter Umständen⁴⁶⁾ Einmaligkeitswirkung (ne bis in idem) entfaltet,⁴⁷⁾ kann ihr mE für die Frage der Bindung von Zivilgerichten (schon allein mangels Entscheidungsqualität) keine weiter reichende Wirkung als einem freisprechenden strafgerichtlichen Urteil zukommen. Daran ändert auch nichts, dass das Opfer über den Fortführungsantrag gem § 195 StPO gegen die Einstellung allenfalls weiter gehende Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung hat als gegen ein freisprechendes Urteil (vgl § 282 Abs 2 StPO).

Eine **strafgerichtliche Verurteilung** bewirkt nach der Entscheidung des verstärkten Senats OGH 1 Ob 612/95⁴⁸⁾ hingegen, dass der Verurteilte das Urteil gegen sich gelten lassen muss und sich im nachfolgenden Rechtsstreit einer anderen Partei gegenüber nicht darauf berufen kann, dass er die gegenständliche Tat nicht begangen habe, gleich ob und in welcher Stellung der andere am Strafverfahren beteiligt war.⁴⁹⁾ Die Bindung umfasst dabei auch die den Schuldspruch notwendigerweise begründenden Tatsachen, und zwar unabhängig davon, ob sie aus dem Spruch oder bloß aus den Urteilsgründen hervorgehen (also etwa auch die Opfereigenschaft einer Person).⁵⁰⁾ Die Bindungswirkung erstreckt sich allerdings **nur auf die Person des Verurteilten und dessen Rechtskreis**.⁵¹⁾ Das bedeutet, dass sich der Verurteilte nicht mehr darauf berufen kann, die Tat, derentwegen er verurteilt wurde, nicht begangen zu haben, weil ihm im Strafverfahren alle Rechtsschutzmöglichkeiten zur Abwendung einer Verurteilung zur Verfügung standen.⁵²⁾ Da in der Hauptsache eine entsprechende Bindungswirkung besteht, scheint auf den ersten Blick viel dafür zu sprechen, auch bei der Beurteilung verfahrensrechtlicher Sachverhalte (etwa bei der Überprüfung des Vorlie-

gens der Voraussetzungen einer abgesonderten Vernehmung nach § 289 a Abs 1 ZPO) von einer solchen Bindungswirkung auszugehen. Bei genauerer Betrachtung kommen aber dennoch **Zweifel** auf: Insb könnte überlegt werden, ob die Veränderung der Prozessrechtssituation (in concreto: die Entfernung einer Partei von der Einvernahme) tatsächlich nur den Rechtskreis des Verurteilten betrifft oder ob nicht auch andere (uU schutzwürdige) Interessen zu berücksichtigen sind. In Frage kommt dabei einerseits (sowohl in Zeugen- als auch Parteistellung) das **Opfer** selbst: Eine Beeinträchtigung seines rechtlichen Gehörs ist unter Annahme einer Bindungswirkung aber schon deswegen zu verneinen, weil die bindende Annahme seiner Opfereigenschaft seinem Rechtsschutzantrag (nämlich dem Antrag auf abgesonderte Vernehmung) zuträglich ist. Außerdem ist generell fraglich, ob die Geltendmachung eines (prozessualen) Opferrechts überhaupt von den Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK umfasst ist, zumal es sich hier eigentlich nicht um ein Zivilrecht, sondern eher um ein öffentliches Recht handelt. Aber auch die „**Gegenpartei**“ (damit ist hier jene Partei gemeint, deren Teilnahme an der Verhandlung durch die abgesonderte Vernehmung des Zeugen beschränkt wird,⁵³⁾ obwohl sie nicht der Beschuldigte bzw Angeklagte des Strafverfahrens war) ist bei genauerer Betrachtung in ihrem rechtlichen Gehör nicht verletzt: Zwar wird durch die abgesonderte Vernehmung die gesamte Verfahrenssituation „gestaltet“, indem beide Parteien die Vernehmung bloß unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung mitverfolgen können. Der damit verbundene Verlust an „Intensität“ der Unmittelbarkeit ist aber (vergleichbar mit der in § 277 ZPO obligatorisch vorgesehenen Einvernahme mittels Videoübertragung) mE nicht stark genug, um einen Verstoß gegen Art 6 EMRK zu begründen. Mangels eines solchen Verstoßes kann damit aber im **Ergebnis** bedenkenlos von einer **Bindungswirkung verurteilender Strafurteile bei der Beurteilung der Opfereigenschaft** des Antragstellers ausgegangen werden. Eine neuerliche Überprüfung der Opfereigenschaft durch das Zivilgericht ist durch Art 6 EMRK weder im Interesse des Opfers noch im Interesse der Gegenpartei geboten.

b) Minderjährige (§ 289 b Abs 2 ZPO)

Gem § 289 b Abs 2 kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen eine abgesonderte Vernehmung an-

44) OGH 6 Ob 18/09 d; 2 Ob 173/13 z; RIS-Justiz RS0106015 (T 3); vgl auch *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar III² § 411 ZPO Rz 31.

45) Vgl *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar III² § 411 ZPO Rz 31.

46) Relevant soll dabei die „Intensität“ des zuvor geführten Ermittlungsverfahrens sein; vgl *Nordmeyer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (ab 2002) § 190 StPO Rz 20.

47) *Nordmeyer* in *Fuchs/Ratz*, Kommentar § 190 StPO Rz 20 ff.

48) OGH 1 Ob 612/95 SZ 68/195.

49) Dazu ausführlich *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar III² § 411 ZPO Rz 29 ff; *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar⁴ § 411 ZPO Rz 12.

50) OGH 5 Ob 105/97 w; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2010) Rz 903.

51) OGH 1 Ob 612/95 SZ 68/195.

52) OGH 1 Ob 612/95 SZ 68/195.

53) Vgl dazu unten Abschnitt C.3.

ordnen, wenn das **Wohl der minderjährigen Person** zwar nicht durch die Vernehmung an sich, jedoch unter Berücksichtigung ihrer geistigen Reife, des Gegenstands der Vernehmung und ihres Naheverhältnisses zu den Prozessparteien **durch die Vernehmung in Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter gefährdet** würde. Für die Genehmigung der abgesonderten Vernehmung genügt es, dass das Wohl des Minderjährigen durch die Anwesenheit der Parteien **oder** ihrer Vertreter gefährdet würde. Die Konsequenz ist in jedem Fall, dass eine Vernehmung auf die in § 289 a Abs 1 ZPO beschriebene Art und Weise (also unter Beschränkung der Teilnahme der Parteien **und** ihrer Vertreter⁵⁴⁾) durchzuführen ist.

Aus der Formulierung des § 298 b Abs 2 ZPO ergibt sich bei der Vernehmung Minderjähriger ein **zweistufiges Prüfungsverfahren**:⁵⁵⁾ Zunächst hat das Gericht zu überprüfen, ob die Vernehmung des Minderjährigen dessen Wohl iSd § 289 b Abs 1 ZPO gefährden würde. Ist das nicht der Fall, so ist die Gefährdung des Wohls durch die Vernehmung in Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter nach § 289 b Abs 2 ZPO zu prüfen. Aufgrund der weit geringeren Beeinträchtigung der Rechtsposition der Prozessparteien durch die abgesonderte Vernehmung (immerhin wird ihnen dadurch das beantragte Beweismittel nicht genommen⁵⁶⁾) ist bei der Überprüfung der abgesonderten Vernehmung die bei § 289 b Abs 1 ZPO nötige⁵⁷⁾ **restriktive Auslegung des Anwendungsbereichs nicht erforderlich**. Insofern muss mE – trotz gleichen Wortlauts – eine im Vergleich zu § 289 b Abs 1 ZPO geringere Wohlgefährdung zur Begründung des Rechts auf abgesonderte Vernehmung genügen.

c) Sonstige Personen (§ 289 a Abs 2 ZPO)

Schließlich kann das Gericht gem § 289 a Abs 2 ZPO auf Antrag auch **andere Personen** auf die in § 289 a Abs 1 ZPO beschriebene Weise vernehmen, wenn der zu vernehmende Person eine **Aussage** in Anbetracht des Beweisthemas und der persönlichen Betroffenheit in Anwesenheit der Parteien des Verfahrens und ihrer Vertreter **nicht zumutbar** ist. Der Gesetzgeber schafft damit erfreulicherweise einen Auffangtatbestand, der in Härtefällen auch anderen als den in § 289 a Abs 1 und § 289 b Abs 2 ZPO genannten Personen ein Recht auf abgesonderte Vernehmung gibt.⁵⁸⁾ Davon sollen jene Fälle erfasst sein, in denen die psychische Belastung der zu vernehmenden Person durch die Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter in ihrer Art und Intensität mit jener eines Opfers iSd § 289 a Abs 1 ZPO vergleichbar ist, etwa Stalking-Fälle, die in ihrer Schwere nicht ganz den Straftatbestand des § 107 a StGB erreichen, oder Schadenersatzklagen wegen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz nach § 12 Abs 11 GIBG.⁵⁹⁾

Dass für sonstige Personen die Anforderung der Unzumutbarkeit der Anwesenheit der Parteien des Verfahrens **und** ihrer Vertreter (anders hingegen § 289 b Abs 2 ZPO: „*durch die Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter*“) beabsichtigt war, ist zu bezweifeln. Aufgrund teleologischer Erwägungen (die „sonstigen Personen“ sind in diesem Punkt wohl gleich schützenswert wie Minderjährige) muss es mE auch

bei § 289 a Abs 2 ZPO genügen, dass die Anwesenheit der Parteien des Verfahrens **oder** ihrer Vertreter bei der Vernehmung des Antragstellers unzumutbar ist.

2. Entscheidung über die abgesonderte Vernehmung

Die abgesonderte Vernehmung Minderjähriger kann **auf Antrag oder von Amts wegen** angeordnet werden (§ 289 b Abs 2 ZPO); diesbezüglich kann auf die Ausführungen zum Absehen von der Vernehmung verwiesen werden.⁶⁰⁾ Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO und sonstige Personen iSd § 289 a Abs 2 ZPO müssen hingegen jedenfalls einen **Antrag** auf abgesonderte Vernehmung stellen (§ 289 a Abs 1 und 2 ZPO). Auch hier können weder Prozessfähigkeit noch anwaltliche Vertretung des Antragstellers erforderlich sein.⁶¹⁾ Was Zeitpunkt und Form der Antragstellung sowie die Beschlussfassung des Gerichts betrifft, kann ebenfalls auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden.⁶²⁾

Gegen die Entscheidung über die abgesonderte Vernehmung ist unabhängig davon, um welche der zuvor beschriebenen Personengruppen es sich handelt, **kein Rechtsmittel zulässig** (§ 289 a Abs 3 sowie § 289 b Abs 4 ZPO). Dadurch sollen Verfahrensverzögerungen hintangehalten werden.⁶³⁾ Das bedeutet im Unterschied zur Unzulässigkeit eines abgesonderten Rechtsmittels, dass die Entscheidung auch im Rechtsmittel gegen die Endentscheidung nicht angefochten werden kann.⁶⁴⁾ Soweit durch die Entscheidung eine abgesonderte Vernehmung **genehmigt** wird, ist das insofern weitgehend unproblematisch, als den Parteien ja ihr Beweismittel nicht genommen wird.⁶⁵⁾ Dass auch gegen die **Verweigerung** einer abgesonderten Vernehmung kein Rechtsmittel zulässig ist, verwundert hingegen insofern, als die Nichtgewährung der abgesonderten Vernehmung (etwa eines Opfers iSd § 65 Z 1 lit a StPO) durchaus dazu führen könnte, dass die zu vernehmende Person nicht in der Lage ist, eine verwertbare Aussage zu tätigen, wodurch die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO verhindert werden könnte. Als Erklärung ließe sich zwar anführen, dass es sich bei den § 289 a und § 289 b ZPO nicht um Parteirechte, sondern um die Rechte besonders schutzbedürftiger Personen handelt, sodass die Parteien eben kein Recht darauf haben, dass der von ihnen geführte Zeuge nach den Vorschriften des § 289 a ZPO vernommen wird.⁶⁶⁾

54) Vgl Abschnitt C.3.

55) Ähnlich *Deixler-Hübner* in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Zivilverfahrensrecht 236; *Fucik* in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Zivilverfahrensrecht 28; *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 250.

56) IA 271/A 24. GP 32.

57) Vgl Abschnitt B.1.

58) Ähnlich *Wagner*, DRdA 2014, 267.

59) IA 271/A 24. GP 31.

60) Siehe Abschnitt B.2.

61) Dazu ausführlich Abschnitt C.1.

62) Siehe Abschnitt B.3.a.

63) IA 271/A 24. GP 32.

64) Zur vergleichbaren Rechtslage bei § 349 ZPO s *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar III² § 349 ZPO Rz 6.

65) *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 256.

66) Krit dazu auch *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 256 f, die auch für Zeugen entsprechende Rechtsbehelfe fordert; ähnlich *Schwarz-Schlöglmann*, Erfolge und Umsetzungsdefizite im Gewalt-

Dort, wo allerdings die Parteien selbst vom Recht auf abgesonderte Vernehmung Gebrauch machen möchten, kann dieser Einwand nicht durchschlagen. Verwehrt das Gericht der Partei dieses Recht daher ungeeignet, wäre es mE konsequent, dass die Partei dies im Rechtsmittel gegen die Endentscheidung geltend machen kann. Dies sollte de lege ferenda geändert werden.

3. Durchführung der Vernehmung

a) Anwesenheitsbeschränkung für die Parteien und ihre Vertreter

Bei der abgesonderten Vernehmung ist die **Teilnahme der Parteien des Verfahrens und ihrer Vertreter** derart zu **beschränken**, dass diese die Vernehmung unter **Verwendung technischer Einrichtungen** zur Wort- und Bildübertragung mitverfolgen und ihr Fragerecht ausüben können, ohne bei der Befragung anwesend zu sein (§ 289 a Abs 1 und 2 sowie § 289 b Abs 2 ZPO). Das entspricht iW der (gem § 250 Abs 3 StPO auch für Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO vorgesehenen) kontradiktorischen Vernehmung nach § 165 Abs 3 StPO.⁶⁷⁾

Der Richter (bzw der Sachverständige⁶⁸⁾) befragt dabei die abgesondert zu vernehmende Person **allein**.⁶⁹⁾ Dafür sprechen neben dem Wortlaut des § 289 a Abs 1 ZPO, der weder zwischen den Parteien und ihren Vertretern differenziert noch eine Beschränkung auf „bloß“ die die Unzumutbarkeit verursachende Partei (und ihren Vertreter) anordnet, auch die hierzu eindeutigen Gesetzesmaterialien.⁷⁰⁾ Das betrifft nach zutreffender hA auch den Vertreter der abgesondert zu vernehmenden Partei;⁷¹⁾ anderes gilt bloß für eine Vertrauensperson des Minderjährigen nach § 289 b Abs 3 ZPO und einen psychosozialen Prozessbegleiter des Opfers nach § 73 b ZPO.⁷²⁾

Die Parteien und ihre Vertreter befinden sich bei der Einvernahme in einem anderen Raum, verfolgen die Vernehmung mittels Videoübertragung und können dem Richter ihre Fragen – je nach technischer Ausstattung – über Telefon, Computer oder auf sonstige Weise mitteilen.⁷³⁾ Wird den ausgeschlossenen Parteien nicht ausreichend Gelegenheit geboten, ihr Fragerecht auszuüben, und ist die Einvernahme deswegen unvollständig geblieben, so kann dies im **Rechtsmittelverfahren** geltend gemacht werden.⁷⁴⁾

b) Besonderheiten für Minderjährige

§ 289 b Abs 2 ZPO sieht vor, dass das Gericht einen **geeigneten Sachverständigen** mit der (abgesonderten) Vernehmung des Minderjährigen beauftragen kann, wenn es dies für zweckmäßig erachtet. Eine solche Einvernahme durch einen geeigneten Sachverständigen ist sogar verpflichtend anzuordnen, wenn es sich um eine abgesonderte Vernehmung nach § 289 a Abs 1 ZPO handelt und das Opfer (zum Zeitpunkt der Einvernahme) ein **unmündiger Minderjähriger** ist. In diesem Fall hat – parallel zum Strafverfahren⁷⁵⁾ – **auch der Richter** die Einvernahme aus einem Nebenraum zu verfolgen⁷⁶⁾ und die Fragen über den beauftragten Sachverständigen an das Kind zu richten.⁷⁷⁾ Für diese Auslegung spricht, dass es bei der Einvernahme durch einen geeigneten Sachverständigen nicht bloß um eine

schonende Fragetechnik, sondern gegebenenfalls auch um in der Person des Richters gelegene Umstände (etwa sein Geschlecht⁷⁸⁾) gehen kann. Auch ist die Einvernahme in einem Zwiesgespräch für den Minderjährigen iaR weniger belastend als im Beisein mehrerer anderer Personen, die keine Vertrauenspersonen sind. Bedenken aufgrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bestehen mit Blick auf die Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter (vgl §§ 282 ff ZPO) nicht.⁷⁹⁾

Gem § 289 b Abs 3 ZPO ist der Vernehmung von Minderjährigen außerdem eine **Person ihres Vertrauens beizuziehen**, soweit dies in ihrem Interesse zweckmäßig ist. Eine solche Beiziehung ist nicht fakultativ, sondern hat nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung zwingend zu erfolgen, wenn dies im Interesse des Minderjährigen liegt. Es wird praktisch tunlich sein, den Minderjährigen (bzw dessen gesetzlichen Vertreter) in der Ladung auf diese Möglichkeit hinzuweisen und um die Bekanntgabe einer Vertrauensperson zu ersuchen. Gibt der Minderjährige dem Gericht eine Vertrauensperson bekannt, so ist diese (mangels konkreter Ausführungsbestimmungen in § 289 b Abs 3 ZPO) in analoger Anwendung des § 73 b Abs 2 ZPO vom Verhandlungstermin zu verständigen. Unterlässt der Minderjährige (bzw sein gesetzlicher Vertreter) die Bekanntgabe und erscheint auch zur Einvernahme keine Vertrauensperson, so wird das Gericht dadurch aber von seiner Verpflichtung zur Beiziehung einer Vertrauensperson nicht befreit, sofern dies im Interesse des Minderjährigen zweckmäßig ist. Im Extremfall muss wohl sogar eine neuerliche Tagsatzung anberaumt werden.

D. Fazit und Anregungen

Die Schaffung besonderer Schutzinstrumente bei der Vernehmung von Minderjährigen und Opfern von Sexual- und Gewaltdelikten war notwendig und führt den begrüßenswerten Weg des Ausbaus der Rechte be-

schutz im Lichte der letzten Jahre, in *Schwarz-Schlöglmann/Ulrich* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Gewaltschutz (2014) 101 (150).

67) *Roth/Egger*, EF-Z 2009, 125.

68) Dazu gleich in Abschnitt C.3.b).

69) IA 271/A 24. GP 31; *Kloiber*, Zak 2010, 343; wohl auch *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar⁴ § 289 a ZPO Rz 1.

70) IA 271/A 24. GP 31.

71) *Kloiber*, Zak 2010, 344; *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar⁴ § 289 a ZPO Rz 3.

72) *Kloiber*, Zak 2010, 344; *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar⁴ § 289 a ZPO Rz 3.

73) *Hager-Rosenkranz*, *ecolex* 2009, 562; *Kloiber*, Zak 2010, 343; ebenso *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 254, die aber auch eine Befragung durch die Parteien selbst für zulässig erachtet, „wenn zum Schutz des Kindeswohls bereits die räumliche Distanz ausreicht, um den Druck auf den Minderjährigen zu verringern“.

74) IA 271/A 24. GP 32; *Deixler-Hübner*, Vom Auftrag zum Verlassen der Ehenwohnung zum 2. Gewaltschutzgesetz, iFamZ 2009, 225 (229); *Kloiber*, Zak 2010, 344.

75) Vgl dazu schon ErläutRV 924 BlgNR 23. GP 33; *Kirchenbacher* in *Fuchs/Ratz*, Kommentar § 165 StPO Rz 7.

76) AA *Kloiber*, Zak 2010, 344, wonach es im Ermessen des Richters stehe, selbst bei der Einvernahme anwesend zu sein. AA auch *Schneider* (in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 254), nach der sich die Anwesenheit des Richters am Kindeswohl zu orientieren habe.

77) Vgl *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 254 f.

78) Vgl dazu etwa das Recht von besonders schutzwürdigen Opfern im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach Möglichkeit von einer Person des gleichen Geschlechts vernommen zu werden (§ 66 a Abs 2 Z 1 StPO).

79) So schon zutreffend *Schneider* in *Clavara/Garber*, Rechtsstellung 255.

sonders Schutzbedürftiger im Zivilverfahren konsequent fort. Dass diese Instrumente in der Praxis zum Teil noch nicht wirklich „angekommen“ sind,⁸⁰⁾ liegt nicht zuletzt daran, dass die entsprechenden Antragsmöglichkeiten vielen Praktikern noch unbekannt sind.⁸¹⁾ Hier wären entsprechende Informationsrechte (vgl § 70 StPO) für die Betroffenen – etwa in der Zeugenladung – förderlich. Auch sind noch bei weitem nicht alle Gerichte mit der notwendigen Ausstattung versehen, um eine Vernehmung unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung durchzuführen.⁸²⁾ Das in § 289a Abs 1 ZPO normierte Erfordernis eines sachlichen Zusammenhangs zum Strafverfahren ist zwar in Einzelfällen bedenklich, wird aber durch den subsidiären Tatbestand für sons-

tige Personen in § 289 a Abs 2 ZPO iW abgedeckt. Inkonsequent ist hingegen die fehlende Möglichkeit der Parteien, eine ihnen verwehrte abgesonderte Vernehmung im Rechtsmittel gegen die Entscheidung geltend zu machen, zumal die abgesonderte Vernehmung gerade für besonders vulnerable Parteien einen Anreiz bieten sollte, ihre Rechte auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. In einer Gesamtbetrachtung sind die geschaffenen Instrumente zur schonenden Vernehmung aber eindeutig positiv zu bewerten.

80) Vgl *Schwarz-Schlöglmann* in *Schwarz-Schlöglmann/Ulrich*, Entwicklungen 149; *Wagner*, DRdA 2014, 269.

81) *Wagner*, DRdA 2014, 269.

82) *Schwarz-Schlöglmann* in *Schwarz-Schlöglmann/Ulrich*, Entwicklungen 115.

→ In Kürze

Verbrechensopfer, Minderjährige und unter bestimmten Voraussetzungen auch sonstige Personen haben gem §§ 289 a und 289 b ZPO ein Recht auf abgesonderte Vernehmung im Zivilverfahren. Erfordert dies das Wohl des Minderjährigen, kann sogar ganz von seiner Vernehmung abgesehen werden. Der Beitrag untersucht den Anwendungsbereich dieser Schutzbestimmungen, die gerichtliche Entscheidung darüber sowie die formelle Durchführung der abgesonderten Vernehmung.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Ass.-Prof. MMMag. Dr. Philipp Anzenberger unterrichtet am Institut für Zivilverfahrensrecht und Insolvenzrecht der Karl-Franzens-Universität Graz. Kontaktadresse: Karl-Franzens-Universität, Universitätsstraße 15/B4, 8010 Graz.
Tel: +43 (0) 316 380-3349, Fax: +43 (0) 316 380-9440,
E-Mail: philipp.anzenberger@uni-graz.at,
Internet: zivilverfahrensrecht.uni-graz.at

Vom selben Autor erschienen:

Resolutivbedingungen in Unterlassungsgeboten, ÖBI 2016, 8 (gem mit *Haas*); Prozessbegleitung im Straf- und Zivilverfahren, ÖJZ 2014, 753; Die Insolvenzfestigkeit von Bestandverträgen (2014).

Auf der Homepage von Ass.-Prof. MMMag. Dr. Anzenberger sind die meisten seiner Publikationen öffentlich zugänglich.

Literatur:

Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer (Hrsg), Zivilverfahrensrecht – Jahrbuch 2010 (2010); *Hager-Rosenkranz*, Das 2. Gewaltschutzgesetz 2009 – Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahren, *ecolex* 2009, 560; *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁴ (2014); *Schneider*, Der Minderjährige als Zeuge, in *Clavara/Garber* (Hrsg), Die Rechtsstellung von Benachteiligten im Zivilverfahren (2012) 243.

→ Literatur-Tipp



Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1³ (2015)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100
Fax: (01) 531 61-455
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

