

Diplomarbeit

Zur Erlangung des Grades
Magister der Rechtswissenschaften
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Die kontradiktorische Vernehmung

eingereicht von

Andreas Petritsch

bei

Hon.-Prof. Dr. Heimo Lambauer

Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

Graz, September 2010

Ich versichere, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Graz, September 2010

Ich danke ...

... meinen Betreuern Herrn Hon.-Prof. Dr. Heimo Lambauer und Frau Dr. Hoinkes-Wilflingseder, für die Möglichkeit, dieses Thema nach meinen Vorstellungen umsetzen zu können sowie ihre dahingehende freundliche Unterstützung.

... meinen Eltern, für die finanzielle und emotionale Unterstützung während meiner Studienzeit.

... meiner Freundin Iris für Wärme und Zuspruch.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
1 Einleitung	1
2 Die kontradiktorische Vernehmung im Allgemeinen	4
2.1 Begriff der kontradiktorischen Vernehmung	4
2.2 Die zu vernehmenden Personen	4
2.2.1 Zeugen	5
2.2.2 Opfer	6
2.2.3 Beschuldigte	8
2.3 Anlass für die Abhaltung einer kontradiktorischen Vernehmung	9
2.3.1 Tatsächliche Gründe	9
2.3.2 Rechtliche Gründe	10
2.3.2.1 Aussagebefreiung nach § 156 StPO	10
2.3.2.2 Aussageverweigerung nach § 157 StPO	11
2.3.3 Abhaltung der kontradiktorischen Vernehmung im Einzelfall	14
2.4 Informationsrechte der Beteiligten	16
2.5 Ablauf der kontradiktorischen Vernehmung	17
3 Zwecke der kontradiktorischen Vernehmung	21
3.1 Zeugen- und Opferschutz	21
3.2 Wahrheitsforschung	25
3.3 Verteidigung des Beschuldigten	26
4 Kontradiktorische Vernehmung und Unmittelbarkeit	27
4.1 Der Unmittelbarkeitsgrundsatz	27
4.1.1 Unmittelbarkeit im formellen Sinn	27
4.1.2 Unmittelbarkeit im materiellen Sinn	28
4.1.3 Anwesenheit der Richter	29
4.2 Zulässigkeit mittelbarer Beweisaufnahmen	29
4.2.1 Der mittelbare Beweis im österreichischen Strafprozessrecht	29
4.2.2 Die Judikatur des EGMR zur mittelbaren Beweisaufnahme	30
4.2.2.1 Unterpertinger gegen Österreich	31
4.2.2.2 Kostovski gegen die Niederlande	31

4.2.2.3	Windisch gegen Österreich	33
4.2.2.4	Delta gegen Frankreich	34
4.2.2.5	Asch gegen Österreich	35
4.2.2.6	Lüdi gegen Schweiz	35
4.2.2.7	Fazit	36
4.3	Verlesung von Protokollen aus dem Ermittlungsverfahren	37
4.3.1	Beschuldigtenvernehmungen	37
4.3.2	Zeugenvernehmungen	37
4.3.2.1	Beweiserhebungsverbot nach § 252 Abs 1 StPO	37
4.3.2.2	Ausnahmen vom Beweiserhebungsverbot	38
5	Die Verteidigungsrechte des Beschuldigten	41
5.1	Einführung	41
5.2	Einzelprobleme hinsichtlich der Verteidigungsrechte des Beschuldigten bei der kontradiktorischen Vernehmung nach geltender Rechtslage	41
5.2.1	Notwendige Verteidigung bei der kontradiktorischen Vernehmung	41
5.2.1.1	Die notwendige Verteidigung nach geltender Rechtslage	41
5.2.1.2	Verhalten des Beschuldigten ohne Verteidiger	44
5.2.1.3	Die richterliche Anleitungspflicht	46
5.2.1.4	Beigebung eines Verfahrenshilfeverteidigers	46
5.2.1.5	Belehrung des Beschuldigten über die Bedeutung eines Verteidigers	48
5.2.2	Anforderungen an die Gelegenheit zur Teilnahme als Verlesungsvoraussetzung	49
5.2.2.1	Verlesungsvoraussetzungen nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO	50
5.2.2.2	Beiziehung des Verteidigers als Verlesungsvoraussetzung	50
5.2.2.3	Ladung des Beschuldigten trotz Verständigung des Verteidigers	51
5.2.2.4	Qualitätskriterien der Beteiligung	51
5.2.3	Der Antrag auf ergänzende Zeugenvernehmung	53
6	Schlussbetrachtung	56
	Literaturverzeichnis	58
	Judikaturverzeichnis	63
	Anhang	69

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ÄrzteG1998	Ärztegesetz 1998
Bd	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bzw	beziehungsweise
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der/die folgende
ff	und der/die folgenden
FS	Festschrift
GP	Gesetzgebungsperiode
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz 1988
JSt	Journal für Strafrecht
JUS	Jus-Extra, Beilage zur Wiener Zeitung
LGS	Landesgericht für Strafsachen
lit	litera (Buchstabe)
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt

OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RN	Randnummer
RZ	Österreichische Richterzeitung
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten, veröffentlicht von seinen Mitgliedern unter Mitwirkung der Generalprokuratur
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG 1993	Strafprozessänderungsgesetz 1993
StPG	Strafrechtliche Probleme der Gegenwart
StPO	Strafprozessordnung 1975
StPOaF	Strafprozessordnung 1975 in der Fassung vor dem Strafprozessreformgesetz
vgl	vergleiche
Z	Ziffer
ZivMedG	Zivilrechts-Mediations-Gesetz

1 Einleitung

In einem von den Grundsätzen der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit geprägten Strafverfahren findet die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht statt. Alles, was zur Begründung des Urteils herangezogen wird, muss gemäß § 12 Abs 2 StPO iVm § 258 Abs 1 StPO in der Hauptverhandlung vorgekommen sein¹. In der Regel werden nach dem Aufruf zur Sache, der Befragung des Angeklagten über seine Generalien, dem Vortrag der Anklage und der Verantwortung des Angeklagten insbesondere die Zeugen vernommen².

Entgegen diesem Prinzip besteht in der Praxis das Bedürfnis, Beweise bereits im Ermittlungsverfahren aufzunehmen, wenn eine Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung nicht möglich sein wird. Insbesondere einer Aussage eines Zeugen oder des Beschuldigten in der Hauptverhandlung können Hindernisse entgegenstehen. Man denke etwa daran, dass der Zeuge seinen Wohnsitz im weit entfernten Ausland hat und nicht ohne weiteres zur Hauptverhandlung anreisen kann oder an einer schweren Krankheit leidet³. Aus rechtlicher Sicht kann auch eine mögliche Entschlagung der Aussage in der Hauptverhandlung eine Vernehmung des Zeugen schon im Ermittlungsverfahren notwendig erscheinen lassen⁴.

Um diesen Bedürfnissen gerecht zu werden wurde mit dem Strafprozessänderungsgesetz 1993⁵ die kontradiktorische Vernehmung in § 162a StPOaF geschaffen. Seit dem Strafprozessreformgesetz⁶ findet sich diese Bestimmung in § 165 StPO.

Die Vernehmung im Ermittlungsverfahren muss "kontradiktorisch" durchgeführt werden. Ein kontradiktorisches Verfahren besteht aus gegensätzlichen Anträgen der Parteien und einer streitigen, im Regelfall mündlichen, Verhandlung⁷. Folglich findet diese spezielle Art der Vernehmung unter Beteiligung der Parteien statt⁸.

¹ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ (2009) 34.

² S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 203f.

³ Foregger/Kodek, Die österreichische Strafprozessordnung⁷ (1997) § 162a Anm I.

⁴ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ (2010) 78.

⁵ Strafprozessänderungsgesetz 1993 BGBl 1993/526.

⁶ Strafprozessreformgesetz BGBl I 2004/19.

⁷ Brockhaus²⁰ (1997) Bd 12 333.

⁸ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 120.

In der vorliegenden Arbeit soll die kontradiktorische Vernehmung nach geltender Rechtslage dargestellt werden. Hierbei wird auch auf jene Bestimmungen eingegangen, die in engem Zusammenhang mit der kontradiktorischen Vernehmung stehen, etwa die Entschlagungsrechte oder der Unmittelbarkeitsgrundsatz. Obwohl die kontradiktorische Vernehmung ihrer Konzeption nach dem Zeugenschutz gewidmet ist, sollen auch die Probleme hinsichtlich der Verteidigungsrechte des Beschuldigten genauer analysiert werden.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurde eine Befragung von Personen aus der Praxis durchgeführt, um deren Sicht auf die in der Literatur thematisierten Probleme einfließen zu lassen. An dieser Stelle sei Herrn DDr. Konrad Kmetic (Staatsanwalt am Landesgericht für Strafsachen Graz), Herrn Mag. Stefan Koller (Richter am Landesgericht für Strafsachen Graz), Herrn Dr. Gerald Ruhri (Rechtsanwalt in Graz) und Herrn Univ. Prof. Dr. Richard Soyer (Rechtsanwalt in Wien) recht herzlich für ihre Mühe gedankt.

Im Rahmen des Interviews wurden folgende Fragen gestellt:

1. Wie viele kontradiktorische Vernehmungen gibt es Ihrer Einschätzung nach durchschnittlich pro Jahr?
2. Was sind Ihrer Meinung nach die wichtigsten Gründe, aus denen eine kontradiktorische Vernehmung durchgeführt wird?
3. Werden kontradiktorische Vernehmungen häufig unter Einsatz technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung räumlich getrennt durchgeführt? Wird dies von den Zeugen auch selbständig beantragt?
4. Wird von Zeugen oder Opfern, die kontradiktorisch vernommen wurden, regelmäßig eine schriftliche Erklärung der Aussageverweigerung für die Hauptverhandlung schon bei der kontradiktorischen Vernehmung abgegeben?
5. Sind Beschuldigte bei der kontradiktorischen Vernehmung regelmäßig durch einen Anwalt vertreten? Ist dies auch außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fälle notwendiger Verteidigung für das gesamte Verfahren der Fall?

6. Wie verhält sich ein durchschnittlicher Beschuldigter ohne Verteidiger bei einer kontradiktorischen Vernehmung eines Zeugen? Stellt er insbesondere von sich aus Fragen bzw. lässt er sie stellen?
7. Würden Sie eine generelle Verteidigerpflicht bei kontradiktorischen Vernehmungen, zumindest in den Fällen notwendiger Verteidigung in der Hauptverhandlung befürworten? (Bitte mit kurzer Begründung)
8. Stellt Ihrer Meinung nach die Möglichkeit, bei Änderungen der Beweislage oder Hervorkommen neuer Tatsachen einen Antrag auf eine neuerliche Vernehmung eines Zeugen nach einer schon erfolgten kontradiktorischen Vernehmung zu stellen, für den Beschuldigten eine ausreichende Möglichkeit dar, seine Verteidigungs- und Fragerechte zu wahren? Ist dies insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen (z.B. Glaubhaftmachung der nunmehrigen Aussagebereitschaft des Zeugen), die die Rechtssprechung an einen solchen Antrag stellt, der Fall?

Um die aus der Befragung gewonnenen Ergebnisse anschaulich darzustellen, wurden sie nachfolgend an den entsprechenden Stellen grau unterlegt dargestellt. Die Ergebnisse der einzelnen Befragungen finden sich im Anhang.

2 Die kontradiktorische Vernehmung im Allgemeinen

2.1 Begriff der kontradiktorischen Vernehmung

Die kontradiktorische Vernehmung ist eine im Ermittlungsverfahren stattfindende gerichtliche Beweisaufnahme. Im Gegensatz zur regulären Vernehmung vor der Kriminalpolizei (§ 160 Abs 1 StPO)⁹ oder der Staatsanwaltschaft kommt bei der kontradiktorischen Vernehmung auch anderen Personen das Recht zur Beteiligung und zum Stellen von Fragen zu. Dieser Personenkreis umfasst nach § 165 Abs 2 StPO die Staatsanwaltschaft, den Beschuldigten, das Opfer, den Privatbeteiligten und deren Vertreter¹⁰. Die kontradiktorische Vernehmung wird somit, obwohl sie einen Teil des Ermittlungsverfahrens darstellt, parteiöffentlich durchgeführt¹¹. Die genannten Personen werden von der Vornahme der kontradiktorischen Vernehmung benachrichtigt und bei dieser Gelegenheit belehrt. Es besteht für die Beteiligten aber keine Pflicht, der Vernehmung beizuwohnen¹².

Die kontradiktorische Vernehmung ist in § 165 StPO geregelt. Sie wird vom Gericht im Ermittlungsverfahren auf Antrag der Staatsanwaltschaft durchgeführt¹³ (§ 104 iVm § 165 StPO). Nach § 31 Abs 1 Z 1 StPO iVm § 104 Abs 1 StPO ist für die Vornahme der kontradiktorischen Vernehmung der Einzelrichter des Landesgerichts zuständig¹⁴, selbst wenn die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht stattfindet¹⁵.

2.2 Die zu vernehmenden Personen

Gemäß § 165 Abs 1 StPO können im Rahmen einer kontradiktorischen Vernehmung sowohl der Beschuldigte (seit dem Strafprozessreformgesetz¹⁶) als auch Zeugen vernommen werden.

⁹ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 105.

¹⁰ Kirchbacher in Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung § 165 RN 1; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 120; Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer, Musterakt Strafprozess 56.

¹¹ Bachner-Foregger, Strafprozessordnung¹⁸ (2008) § 165 Anm I.

¹² Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer, Musterakt 58.

¹³ Bachner-Foregger, StPO¹⁸ § 165 Anm I; Fabrizio, Die österreichische Strafprozessordnung¹⁰ (2008) § 165 RN 2; Fuchs, Gerichtliche Stoffsammlung im Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2008, 102; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 120.

¹⁴ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 42.

¹⁵ Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer, Musterakt 58.

¹⁶ ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 213; Schwaighofer, Die neue Strafprozessordnung (2008) § 165.

Da auch Opfer als Zeugen zu vernehmen sind, können auch sie schon im Rahmen einer kontradiktorischen Vernehmung aussagen¹⁷.

2.2.1 Zeugen

Als Zeugen gelten nach § 154 Abs 1 StPO Personen, die zur Aufklärung einer Straftat wesentliche oder sonst den Gegenstand des Verfahrens betreffende Tatsachen mittelbar oder unmittelbar wahrgenommen haben könnten und darüber im Verfahren aussagen sollen¹⁸. Die Aufgabe des Zeugen ist es, Angaben über sinnliche Wahrnehmungen zu machen, also über Geschehnisse, die sie gesehen bzw. von denen sie gehört haben. Dabei sind auch mittelbare Wahrnehmungen, eben solche, die der Zeuge selbst nicht gemacht hat, beachtlich. Dabei berichtet der Vernommene über ein Ereignis, das ihm durch Erzählung einer anderen Person bekannt geworden ist (Zeuge vom Hörensagen)¹⁹.

Der Zeuge soll im Rahmen seiner Aussage ausschließlich über seine Wahrnehmungen berichten und nicht Meinungen wiedergeben oder Mutmaßungen anstellen. Auch das Ziehen von Schlüssen oder gar die Lösung von Rechtsfragen steht dem Zeugen nicht zu²⁰.

Grundsätzlich ist jede natürliche Person altersunabhängig zeugnisfähig. Ob der Zeuge auch glaubwürdig ist, ist eine Frage der Beweiswürdigung²¹. Privatbeteiligte und Opfer sind als Zeugen zu vernehmen. Sie trifft deshalb, anders als den Beschuldigten, die Pflicht zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage²².

Im selben Verfahren können der Beschuldigte, der Richter und der Staatsanwalt nicht gleichzeitig auch Zeuge sein²³. Hinsichtlich des Beschuldigten kommt aber eine Vernehmung als Zeuge in Betracht, wenn er bereits rechtskräftig verurteilt wurde oder wenn gegen mehrere Mitbeschuldigte getrennte Verfahren geführt werden²⁴. Das kann bei einer Ausscheidung des Verfahrens gegen den Mitbeschuldigten oder bei getrennter Verfahrensführung gegen einen

¹⁷ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 104

¹⁸ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 104; Kirchbacher in WK-StPO § 154 RN 7.

¹⁹ Kirchbacher in WK-StPO § 154 RN 9; Fabrizio StPO¹⁰, § 13 RN 2, § 154 RN 3; ErläutRV 25 BlgNR 22.GP 200; Pilnacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren (2005) 12, 130.

²⁰ Kirchbacher in WK-StPO § 154 RN 8; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 104; OGH 11.06.1992, 13 Os 25/92, 26/92, ÖJZ EvBl 1992/189.

²¹ OGH 04.03.1980 9 Os 159/79, EvBl 1980/150; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 105.

²² Fabrizio, Strafprozessrecht¹⁰ § 154 RN 4, S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 104.

²³ Fabrizio, Strafprozessrecht¹⁰ § 154 RN 1; Kirchbacher in WK-StPO, § 154 RN 11.

²⁴ Fabrizio, Strafprozessrecht¹⁰ § 154 RN 1; OGH 16.06.1952 5 Os 429/52, EvBl 1952/407.

Jugendlichen und einen Erwachsenen gemäß § 34 Abs 2 JGG der Fall sein. Der Beschuldigte, der im Verfahren gegen den Mitbeschuldigten als Zeuge vernommen wird, verliert jedoch nicht sein Entschlagungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO, wenn er sich durch seine Aussage selbst belasten müsste²⁵. Das Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO steht ihm aber nach einer rechtskräftigen Verurteilung nicht mehr zu, da die Gefahr der Selbstbelastung nicht länger gegeben ist²⁶. Anderer Ansicht ist *Seiler*, der ein Erlöschen des Aussageverweigerungsrechts nur bei einer Verurteilung aufgrund anderer Indizien als eines Geständnisses annimmt²⁷.

2.2.2 Opfer

Opfer haben als Personen, die durch eine Straftat in ihren Rechten verletzt wurden, eine besondere Stellung im Strafverfahren. Auf europäischer Ebene gibt der Rahmenbeschluss des Rates der EU vom 15.3.2001 über die Stellung von Opfern im Strafverfahren²⁸ den Begriff vor²⁹. Das Gesetz unterscheidet in § 65 Z 1 StPO zwischen verschiedenen Opfergruppen³⁰. Hierbei werden von lit a und b Opfer mit besonderer psychischer und emotionaler Belastung erfasst, während lit c materiell Geschädigten eine spezielle Stellung im Strafprozess einräumen will³¹:

- Nach lit a sind Opfer Personen, die durch eine vorsätzlich begangene Straftat Gewalt oder gefährlicher Drohung ausgesetzt oder in ihrer sexuellen Integrität beeinträchtigt worden sein könnten³².
- Opfer im Sinne der lit b sind Angehörige (Ehegatte, eingetragene Partner, Lebensgefährten, Verwandte in gerader Linie, Bruder, Schwester) einer Person, deren Tod durch eine strafbare Handlung herbeigeführt worden sein könnte, oder andere Angehörige, die Zeugen der Tat waren³³.

²⁵ *Kirchbacher* in WK-StPO § 154 RN 12.

²⁶ ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 203; *Kirchbacher* in WK-StPO § 157 RN 3; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren 133; *Ratz*, Probleme der Aussageentschlagung bei möglicher Selbstbeichtigung, JBl 2000, 291 (293ff).

²⁷ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 109.

²⁸ Rahmenbeschluss (Rat) vom 15.3.2001 über die Stellung von Opfern im Strafverfahren, ABl L 82/1.

²⁹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 65 RN 1.

³⁰ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 84.

³¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 65 RN 2.

³² *Pleischl/Soyer*, Strafprozessordnung 1975 i.d.F. des Strafprozessreformgesetzes (2004) § 65.

³³ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 48.

- Lit c erkennt schließlich Personen, die einen Schaden durch eine Straftat erlitten haben oder sonst in ihren strafrechtlich geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt worden sein könnten, die prozessuale Stellung als Opfer zu³⁴.

Opfer unterscheiden sich von sonstigen Zeugen darin, dass ihnen im Strafverfahren zusätzliche Rechte (§§ 66f StPO) gewährt werden³⁵. Sie können sich gemäß § 10 Abs 1 StPO am Prozess beteiligen und haben das Recht, in der Hauptverhandlung und bei kontradiktorischen Vernehmungen Fragen zu stellen. Ebenso müssen sie zu ihren zivilrechtlichen Ansprüchen gehört werden³⁶.

Die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft muss das Opfer gemäß § 10 Abs 2 iVm § 70 Abs 1 StPO über ein Strafverfahren und seine Rechte benachrichtigen, sobald gegen einen bestimmten Beschuldigten ermittelt wird. Das Opfer darf Einsicht in den Ermittlungsakt nehmen, soweit seine Interessen betroffen sind. Die Einsichtnahme kann nach § 68 Abs 1 StPO verweigert werden, wenn ansonsten der Zweck der Ermittlungen oder die unbefangene Aussage des Opfers als Zeuge gefährdet wäre³⁷.

§ 73 StPO gibt Opfern die Möglichkeit, den Beistand eines Rechtsanwalts oder eines anderen Bevollmächtigten in Anspruch zu nehmen³⁸. Dabei kommen insbesondere Mitarbeiter von Opferschutzeinrichtungen in Betracht. Besondere Unterstützung wird Opfern in einer außergewöhnlichen emotionalen Drucksituation (§ 65 Z 1 lit a und b StPO) gewährt. Sie können gemäß § 66 Abs 2 StPO juristische und psychosoziale Prozessbegleitung bekommen, um ihre prozessualen Rechte angemessen wahrnehmen und der durch das Verfahren verursachten psychischen Belastung besser standhalten zu können³⁹.

§ 70 Abs 2 StPO gewährt Opfern, die in ihrer sexuellen Integrität verletzt worden sein könnten, zusätzliche Rechte. Nach Z 1 können sie im Ermittlungsverfahren begehren, dass sie von einer Person gleichen Geschlechts vernommen werden. Des Weiteren müssen sie auch

³⁴ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ 48.

³⁵ vgl. dazu Jesionek, Opferschutz in Österreich im Lichte der aktuellen gesetzlichen Änderungen, ÖA 2006, 181; Seeber, Privatbeteiligung im neuen Vorverfahren und im Verfahren gegen einen belangten Verband, in: Soyler (Hrsg), Strafverteidigung - Steinige Wege, 123.

³⁶ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ 48f; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 84.

³⁷ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 85.

³⁸ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 73 RN1.

³⁹ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ 49; Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ RN 8; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 85; vgl. weitergehend Künscher, Prozessbegleitung minderjähriger Gewaltopfer in einem Kinderschutzzentrum, JSt 2003, 87.

nicht alle Einzelheiten der Tat schildern, wenn ihnen dies unzumutbar erscheint und auch keine Fragen betreffend ihren höchstpersönlichen Lebensbereich beantworten (Z 2). Es ist ebenso möglich, dass Opfer von Sexualdelikten auf ihr Verlangen schonend unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung zu vernehmen sind - sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung (Z 3)⁴⁰. Ergänzend steht ihnen das Recht zu, nach Z 4 den Ausschluss der Öffentlichkeit bei der Hauptverhandlung zu verlangen⁴¹.

Schließlich können Opfer und andere Personen, die an einem Strafverfahren ein rechtliches Interesse haben, bei Einstellung des Prozesses deren Gesetzmäßigkeit nach den §§ 190ff StPO überprüfen lassen und eine Fortführung nach § 195 StPO verlangen⁴².

2.2.3 Beschuldigte

Beschuldigter ist gemäß § 48 Abs 1 Z 1 StPO jeder, gegen den wegen des konkreten Verdachts einer strafbaren Handlung ermittelt oder Zwang ausgeübt wird⁴³. Der Beschuldigte kann im Verfahren gegen ihn selbst nicht gleichzeitig Zeuge sein. Allerdings kann in Verfahren gegen mehrere Mitbeschuldigte, die getrennt geführt werden, oder bei getrennter Verfahrensführung gegen einen Jugendlichen und einen Erwachsenen nach § 34 Abs 2 JGG ein Beschuldigter im Verfahren gegen den anderen als Zeuge vernommen werden⁴⁴. Um seine Position durch die prozessuale Lage nicht zu verschlechtern, bleibt ihm bei Selbstbelastungsgefahr sein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 157 Abs 1 Z 1 StPO erhalten⁴⁵. Hinsichtlich dieses Entschlagungsrechts ist der Vernommene ebenso zu belehren⁴⁶.

Sobald gegen eine konkrete Person ermittelt wird, somit schon im kriminalpolizeilichen Ermittlungsverfahren, hat diese als Beschuldigter die vom Gesetz in §§ 49ff StPO eingeräumten Rechte. In Hinblick auf ein faires Verfahren iSd EMRK muss dieser Standard während des gesamten Prozesses aufrecht erhalten werden⁴⁷:

⁴⁰ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ 49; S. Seiler Strafprozessrecht¹⁰ 85.

⁴¹ Fabrizy, Strafprozessordnung¹⁰ § 70 RN 3.

⁴² S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 86.

⁴³ Achammer in WK-StPO § 48 RN 3; Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ 36; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 65.

⁴⁴ Fabrizy, Strafprozessrecht¹⁰ § 154 RN 1; OGH 16.06.1952, 5 Os 429/52, EvBl 1952/407.

⁴⁵ Kirchbacher in WK-StPO § 154 RN 12; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 104f.

⁴⁶ Kirchbacher in WK-StPO § 154 RN 12.

⁴⁷ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 67; vgl. dazu Heissenberger, Die Beiziehung eines Verteidigers zu den kriminalpolizeilichen Vernehmungen im Lichte des Strafprozessreformgesetzes, RZ 2007, 82.

In § 49 StPO werden die Rechte des Beschuldigten demonstrativ aufgezählt⁴⁸. Für eine effektive Wahrnehmung seiner Verteidigungsrechte sind insbesondere das Recht auf einen Verteidiger nach Z 2 und Z 5, das Recht auf Akteneinsicht nach Z 3, das Beweisantragsrecht nach Z 6 und die Beteiligungsrechte nach Z 10 bedeutend⁴⁹.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 50 StPO. Danach ist der Beschuldigte durch die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft sobald als möglich über die gegen ihn geführten Ermittlungen, den Tatverdacht und über seine Rechte im Verfahren zu belehren⁵⁰. Nur dann kann er seine Verteidigungsrechte vernünftigermaßen wahrnehmen, sodass ein faires Verfahren iSd Art 6 EMRK gewahrt ist⁵¹. Trotz der Möglichkeit, die Belehrung wegen Gefährdung des Zwecks der Ermittlungen einstweilen zu unterlassen, muss der Beschuldigte gemäß § 164 Abs 1 StPO doch spätestens vor seiner ersten Vernehmung über seine wesentlichen Rechte belehrt werden⁵².

2.3 Anlass für die Abhaltung einer kontradiktorischen Vernehmung

Gemäß § 165 Abs 1 StPO ist eine kontradiktorische Vernehmung des Beschuldigten oder eines Zeugen dann zulässig, wenn zu besorgen ist, dass seine Vernehmung in der Hauptverhandlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich sein wird⁵³. Einzige Voraussetzung ist somit die Befürchtung, dass der Vernehmung in der Hauptverhandlung ein Hindernis entgegensteht. Der Judikatur zufolge muss dabei keine erhöhte Wahrscheinlichkeit vorliegen, dass ein solcher Grund eintreten könnte. Es genügt schon, wenn es bloß möglich ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht aussagen wird⁵⁴.

2.3.1 Tatsächliche Gründe

Tatsächliche Gründe, aus denen eine Aussage in der Hauptverhandlung nicht stattfinden kann, sind etwa (schwere) Krankheiten der betroffenen Person. Auch ein bevorstehender, längerer Aufenthalt im (weiter entfernten) Ausland wird wegen des Aufwands, der aus der Ladung des

⁴⁸ *Achammer* in WK-StPO, § 49 RN 5; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 66ff.

⁴⁹ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 67.

⁵⁰ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 50 RN 1.

⁵¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 50 RN 2.

⁵² *Fabrizy*, Strafprozessrecht¹⁰ § 164 RN 1; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 69.

⁵³ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 8; *S. Seiler*, Strafprozessreform 2004² (2006), 104.

⁵⁴ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 8.

Zeugen und dem mit der Anreise verbundenen Reisekostenersatz die Vornahme einer kontradiktorischen Vernehmung rechtfertigen können⁵⁵.

2.3.2 Rechtliche Gründe

Mit den rechtlichen Hindernissen sind die Aussagebefreiungsgründe des § 156 StPO und die Aussageverweigerungsrechte des § 157 StPO gemeint⁵⁶.

2.3.2.1 Aussagebefreiung nach § 156 StPO

Zunächst sind gemäß § 156 Abs 1 Z 1 StPO die Angehörigen des Beschuldigten von der Aussage befreit⁵⁷. Somit soll der Zeuge vor einer gefühlsmäßigen Drucksituation bewahrt werden, da er sich andernfalls aufgrund des Naheverhältnisses zum Beschuldigten zu einer Falschaussage hinreißen lassen könnte⁵⁸. Der Angehörigenbegriff dieser Bestimmung ist ident mit dem des § 72 StGB. Auch der nicht registrierte Lebensgefährte wird davon erfasst. Die Angehörigeneigenschaft des geschiedenen Ehegatten oder eingetragenen Partners nach Auflösung der Partnerschaft bleibt bestehen und auch die Geschwister geschiedener Ehegatten oder von ehemals eingetragenen Partnern behalten ihre Aussagebefreiung⁵⁹. Die Aussagebefreiung bei erwachsenen Angehörigen geht jedoch verloren, wenn sie sich dem Verfahren gegen den Beschuldigten als Privatbeteiligte iSd § 67 StPO anschließen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass hier der für Angehörige typische Interessenkonflikt zwischen der Wahrheitspflicht und verwandtschaftlicher Bindung wegen des in der Privatbeteiligung zum Ausdruck kommenden Verfolgungswillens nicht mehr gegeben ist⁶⁰. Nicht registrierten Lebensgefährten bleibt das Recht zur Entschlagung nach Auflösung der Lebensgemeinschaft nicht erhalten⁶¹.

Des Weiteren sind nach § 156 Abs 1 Z 2 StPO unmündige, also zum Tatzeitpunkt noch unter 14 Jahre alte, potenzielle Tatopfer, unabhängig von der Art des Delikts, und mündige

⁵⁵ *Kirchbacher* in WK-StPO, §§ 151-165, 56, *Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer*, Musterakt 56.

⁵⁶ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 78; *Nimmervoll*, Zeugnishindernisse im neuen Strafverfahren, ÖJZ 2008, 583.

⁵⁷ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 1.

⁵⁸ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 2; OGH 11.12.1950, 3 Os 305/50, SSt 21/102 = EvBl 1951/128 (176).

⁵⁹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 3, OGH 21.10.1999, 11 Os 122/99, JUS St/2775 = ÖJZ-LSK 2000/39 = ÖJZ EvBl 2000/66, 273.

⁶⁰ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 108.

⁶¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 3; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 108.

Personen, die durch eine strafbare Handlung in ihrer Geschlechtssphäre verletzt worden sein könnten, von der Aussage befreit. Der Aussagebefreiungsgrund entsteht in diesen Fällen allerdings nur dann, wenn die Beteiligten an einer kontradiktorischen Vernehmung teilnehmen konnten⁶². Der Zeuge bzw. das Opfer können schon vor der Hauptverhandlung erklären, dass sie im weiteren Verfahren nicht mehr aussagen wollen. Dies kann per Brief an das Gericht erfolgen oder direkt bei der kontradiktorischen Vernehmung, wenn eine entsprechende Erklärung zu Protokoll genommen wird⁶³. Auch eine telefonische Erklärung ist ausreichend⁶⁴.

Auf die Frage, ob diese Art des Entschlagungsrechts praktisch häufig anzutreffen ist, wurde durchwegs geantwortet, dass dies nahezu bei jeder kontradiktorischen Vernehmung der Fall sei. Am Ende der Vernehmung werde der Zeuge vom Richter gefragt, ob er bereit sein wird, in der Hauptverhandlung auszusagen. Laut Rechtsanwalt Dr. Gerald Ruhri werde in das Vernehmungsprotokoll der Standardsatz: "Für den Fall einer Hauptverhandlung möchte ich nicht mehr aussagen" aufgenommen.

2.3.2.2 Aussageverweigerung nach § 157 StPO

Gemäß § 157 Abs 1 Z 1 iVm § 7 Abs 2 StPO kann ein Zeuge die Aussage verweigern, wenn er sich bei wahrheitsgemäßer Aussage selbst der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde⁶⁵. Das Aussageverweigerungsrecht steht dem Zeugen zu, einerseits, wenn durch die Aussage der Verdacht einer strafbaren Handlung erstmals auf ihn gerichtet würde, andererseits, wenn gegen ihn schon Ermittlungen im Gange sind, aber er sich bei seiner Aussage noch weiter als durch bisherige Äußerungen belasten würde⁶⁶. Nach Ansicht *Seilers* kann ein schon verurteilter Mittäter, der nicht aufgrund eines Geständnisses, sondern auf Grundlage anderer Indizien verurteilt wurde, im Verfahren gegen einen mutmaßlichen

⁶² *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 6; *Kirchbacher* in WK-StPO § 156 RN 16; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 109; OGH 02.10.2001, 11 Os 95/01, ÖJZ-LSK 2002/39/40 = ÖJZ EvBl 2002/49, 194 = RZ 2002/18, 141 = JUS St/3129 = AnwBl 2002, 512 (Birklbauer).

⁶³ *Kirchbacher* in WK-StPO § 252 RN 74; OGH 17.04.2002, 13 Os 13/02, RZ 2002, 169; OGH 03.05.2004, 13 Os 50/04, JUS St/3622 = SSt 2004/32; OGH 23.08.2006, 13 Os 68/06h, JUS St/3946 = JSt 2006/53, 207 = RZ 2007/EÜ 48, 49 = RZ 2007/5, 75 = AnwBl 2008, 197 = SSt 2006/58; OGH 03.07.2001, 14 Os 75/01, JUS St/3101; OGH 02.12.1998, 14 Os 145/98, ÖJZ-LSK 1999/93 = ÖJZ-LSK 1999/94 = JUS St/2623 = JUS St/2624; *Schwaighofer*, Materielle und formelle Probleme des Sexualstrafrechts, ÖJZ 2003, 528 (539).

⁶⁴ OGH 21.09.1999, 14 Os 105/99, JUS St/2748.

⁶⁵ vgl. eingehend zur Selbstbelastungsgefahr *Ratz*, JBl 2000, 291.

⁶⁶ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 157 RN 2; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 109.

Komplizen nicht gezwungen werden, die Tat zu gestehen⁶⁷. Hat er aber bei einer förmlichen Vernehmung iSd § 151 Z 2 StPO gestanden, kommt ihm kein Aussageverweigerungsrecht mehr zu, da der Verurteilte sich dann nicht weitergehend belasten würde⁶⁸. Nach anderer Ansicht besteht das Recht zur Aussageverweigerung bei jeglicher rechtskräftiger Verurteilung nicht mehr, da dann die Gefahr der Selbstbelastung nicht mehr gegeben sei⁶⁹.

Strafunmündige⁷⁰ und Personen, die bloß straflose Vorbereitungshandlungen⁷¹ durchgeführt haben, können kein Aussageverweigerungsrecht in Anspruch nehmen, da sie sich nicht der Gefahr einer Verfolgung aussetzen können⁷².

Die Aussageverweigerung gilt nach § 157 Abs 1 Z 1 zweiter Fall StPO nicht nur für den Zeugen selbst, sondern auch, wenn er Angehörige iSd § 156 Abs 1 Z 1 StPO bzw. § 72 StGB belasten müsste.⁷³

Bestimmten Berufsgruppen, wie Verteidigern, Rechtsanwälten, Patentanwälten, Notaren und Wirtschaftstreuhändern steht nach § 157 Abs 1 Z 2 StPO ein Aussageverweigerungsrecht über Tatsachen zu, die im Zusammenhang mit der Beziehung zu ihren Mandanten stehen. Zudem müssen diese Tatsachen den betreffenden Personen im Zuge ihrer Tätigkeit bekannt geworden sein - es besteht also nur ein relatives Aussageverweigerungsrecht⁷⁴. Die Fakten müssen aber nicht direkt vom Mandanten stammen. Auch hinsichtlich Informationen, die der zu Vernehmende von Dritten erhalten hat, kann die Aussage verweigert werden. Gegen den Mandanten müssen zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme noch keine Ermittlungen geführt werden, damit das Aussageverweigerungsrecht besteht - es ist nicht von der prozessualen Stellung als Beschuldigter abhängig⁷⁵.

⁶⁷ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 109.

⁶⁸ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 110; OGH 11.10.2000, 13 Os 109/00, 13 Os 110/00, ÖJZ EvBl 2001/26, 107 = JUS St/2951 = JBl 2001, 738 = SSt 63/106; OGH 12.12.2006, 15 Os 69/06w, ÖJZ EvBl 2007/77, 421 = RZ 2007/EÜ 293/294/295/296, 177 = JBl 2007, 743 = SSt 2006/85 = JUS St/4002/4004/4005/4006.

⁶⁹ ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 203; Kirchbacher in WK-StPO § 157 RN 3; Pilnacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren 133; Ratz, JBl 2000, 291 (293ff).

⁷⁰ OGH 28.03.1996, 15 Os 42/96, ÖJZ-LSK 1996/232 = JUS St/2050.

⁷¹ OGH 12.01.1995, 15 Os 179/94, ÖJZ-LSK 1995/153 = JBl 1996, 63 = JUS St/1702 = JUS St/1698.

⁷² S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 110.

⁷³ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 157 RN 8; Kirchbacher in WK-StPO § 157 RN 8; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 110; OGH 06.06.1991, 15 Os 43/91-45/91, ÖJZ EvBl 1991/131 = JBl 1992, 401.

⁷⁴ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 157 RN 10.

⁷⁵ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 110.

Verteidiger müssen von der Aussageverweigerung Gebrauch machen, weil sie die Geheimhaltungspflicht nach § 9 Abs 2 RAO trifft⁷⁶.

Eine weitere berufsbedingte Möglichkeit zur Verweigerung der Aussage schafft § 157 Abs 1 Z 3 StPO für Psychiater, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer und Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung oder Betreuung⁷⁷. Mediatoren kommt das Aussageverweigerungsrecht nach dem ZivMedG⁷⁸ zu. Wie bei § 157 Abs 1 Z 2 StPO beschränkt sich das Aussageverweigerungsrecht auf Informationen, die den genannten Personen in ihrer beruflichen Tätigkeit bekannt geworden sind⁷⁹.

Über die genannten Berufe hinaus können sonstige Ärzte allein wegen ihres Berufes die Aussage nicht unter Berufung auf die ärztliche Schweigepflicht nach § 54 Abs 1 ÄrzteG1998 verweigern. Der Arzt kann somit auch ohne Entbindung von der Schweigepflicht durch den Patienten vernommen werden⁸⁰.

§ 157 Abs 1 Z 4 StPO dient dem Schutz des Redaktionsgeheimnisses. Daher haben der Medieninhaber bzw. der Herausgeber sowie Mitarbeiter und Arbeitnehmer eines Medienunternehmens ein Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich der Identität von Verfassern, Einsendern oder Gewährsmännern von Beiträgen und Unterlagen. Auch besteht dieses Recht hinsichtlich jeglicher Fragen in Bezug auf Mitteilungen im Rahmen der journalistischen Tätigkeit⁸¹.

Nach § 157 Abs 1 Z 5 StPO genießt jedermann hinsichtlich eines gesetzlich für geheim erklärten Wahl- oder Stimmrechts ein Aussageverweigerungsrecht⁸².

§ 157 Abs 2 StPO verbietet Umgehungen des § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO. Insbesondere dürfen Hilfskräfte und Auszubildende nicht ohne Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht an Stelle der entschlusungsberechtigten Person vernommen werden⁸³.

⁷⁶ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 157 RN 11; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 110.

⁷⁷ *Kirchbacher* in WK-StPO § 157 RN 21ff.

⁷⁸ Zivilrechts-Mediations-Gesetz BGBl I 2003/29.

⁷⁹ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 111.

⁸⁰ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 157 RN 15.

⁸¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 157 RN 16; *Kirchbacher* in WK-StPO § 157 RN 28; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 111.

⁸² *Kirchbacher* in WK-StPO § 157 RN 29; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 111.

⁸³ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 157 RN 19.

Außerdem ist auch eine Umgehung durch andere Ermittlungsmaßnahmen, wie etwa Beschlagnahmen oder Durchsuchungen verboten⁸⁴. Werden Beweise durch verbotene Umgehungen erlangt, hat dies Nichtigkeit zur Folge⁸⁵.

In der Praxis werden als wichtigste Gründe für die Abhaltung einer kontradiktorischen Vernehmung Entschlagungsrechte in der Hauptverhandlung genannt. Vor allem im Bereich der Sexualdelikte sind kontradiktorische Vernehmungen von Opfern häufig. Auch Entschlagungsmöglichkeiten wegen eines familiären Naheverhältnisses werden oft als Anlassfall herangezogen.

Seltener ist eine kontradiktorische Vernehmung aus tatsächlichen Gründen. Mitunter kommt es dazu, wenn ausländische Zeugen zu vernehmen sind oder bei Prostituierten, von denen zu erwarten ist, dass sie nach nur kurzem Aufenthalt in Österreich das Land wieder verlassen werden. Ebenfalls selten sind kontradiktorische Vernehmungen des Beschuldigten.

2.3.3 Abhaltung der kontradiktorischen Vernehmung im Einzelfall

Ob eine kontradiktorische Vernehmung im Einzelfall stattfindet, liegt grundsätzlich im Ermessen der Staatsanwaltschaft, da sie die kontradiktorische Vernehmung als Ermittlungsmaßnahme gemäß § 104 Abs 1 StPO bei Gericht zu beantragen hat⁸⁶. In der Literatur wird der vermehrte Einsatz der kontradiktorischen Vernehmung als positives Zeichen im Hinblick auf eine gesteigerte Qualität des Strafprozesses angesehen⁸⁷.

Eine Ausnahme besteht gemäß § 165 Abs 4 StPO: Unmündige Personen (also solche die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben), die durch die Tat in ihrer Geschlechtssphäre verletzt worden sein könnten, müssen jedenfalls kontradiktorisch und darüber hinaus auch schonend unter räumlicher Trennung vom Beschuldigten vernommen werden⁸⁸.

⁸⁴ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 111.

⁸⁵ Kirchbacher in WK-StPO § 157 RN 30ff; S. Seiler Strafprozessrecht¹⁰ 111.

⁸⁶ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 120.

⁸⁷ Grafl/Gratz/Höpfel/Hovorka/Pilgram/Schroll/Soyer, Qualitätssicherung in der Strafrechtspflege, RZ 2007, 37 (39).

⁸⁸ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 7; Kirchbacher in WK-StPO § 165 RN 56, S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 120, Pilnacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren 140.

Zeugen nach § 156 Abs 1 Z 1 und 2 StPO sind nur auf ihr Verlangen oder auf Verlangen der Staatsanwaltschaft kontradiktorisch und unter räumlicher Trennung vom Beschuldigten zu vernehmen⁸⁹. Personen iSd § 156 Abs 1 Z 2 StPO sind Angehörige des Beschuldigten, wozu auch Lebensgefährten zu zählen sind. Die Angehörigeneigenschaft eines Ehegatten oder eingetragenen Partners geht durch Scheidung bzw. Trennung nicht verloren⁹⁰. § 156 Abs 1 Z 2 StPO erfasst unter 14 Jahre alte mutmaßliche Opfer und mündige Opfer, die durch die Tat in ihrer Geschlechtssphäre verletzt worden sein könnten⁹¹.

Wird ein solcher Antrag gestellt, darf das Gericht die Zweckmäßigkeit einer kontradiktorischen Vernehmung nicht prüfen, sondern muss eine solche abhalten⁹². Die Zeugen müssen gemäß § 6 Abs 2 StPO über ihr Antragsrecht informiert werden. Wird dem Antrag nicht stattgegeben, steht dagegen ein Einspruch nach § 106 StPO zu⁹³.

Wenn der Richter entgegen seiner in § 165 Abs 4 StPO festgelegten Pflicht die genannten Opfer nicht von Amts wegen oder auf Antrag in schonender Weise vernimmt, führt dieser Verstoß nicht zur Nichtigkeit des Verfahrens. Ansonsten müsste der Betroffene in einem neuen Prozess wiederholt aussagen, was dem Schutzgedanken der Bestimmung zuwiderlaufen würde. Dem Richter drohen allerdings Sanktionen dienstaufsichtsrechtlicher Natur⁹⁴.

In der Praxis wird von der kontradiktorischen Vernehmung durchaus häufig Gebrauch gemacht. Die Einschätzungen der befragten Personen für den Sprengel des LGS Graz schwanken zwischen 150 bis 300 Vernehmungen pro Jahr. Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer schätzt die Anzahl der jährlich vorkommenden kontradiktorischen Vernehmungen in Wien auf 70 - 100.

⁸⁹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 7; *Bachner-Foregger*, StPO¹⁸ § 165 Anm II.

⁹⁰ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 3.

⁹¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 6.

⁹² *Kirchbacher* in WK-StPO §§ 165 RN 11; OGH 20.01.2009, 11 Os 182/08m, 183/08h, ÖJZ EvBl-LS 2009/64, 381.

⁹³ *Wessely*, Strafprozessrecht⁵ 38.

⁹⁴ *Hinterhofer*, Videovernehmungen und deren Verwertbarkeit im österreichischen Strafprozess, RZ 2000, 234 (236).

2.4 Informationsrechte der Beteiligten

Wird eine kontradiktorische Vernehmung vorgenommen, muss der Zeuge zu diesem Termin geladen werden. In der Ladung hat die Belehrung darüber zu erfolgen, was der Gegenstand der Vernehmung ist und dass er der Ladung Folge leisten und vor Gericht aussagen muss. Diese allgemeine Zeugenpflicht trifft grundsätzlich jedermann⁹⁵. Es ist weiters auf die erlaubte Anwesenheit einer Vertrauensperson bei der Vernehmung hinzuweisen⁹⁶. Die Ladung muss auch einen Hinweis auf die Folgen unentschuldigter Fernbleibens enthalten. Bleibt der Zeuge der Verhandlung trotzdem fern, kann er nochmals geladen werden oder es kommt eine Vorführung nach § 153 Abs 2 StPO in Betracht, wenn dies schon in der Ladung angedroht wurde⁹⁷.

Wenn ein Zeuge von der Aussage befreit ist oder ihm ein Aussageverweigerungsrecht zusteht, muss er vom Richter vor der kontradiktorischen Vernehmung bzw. schon in der Ladung darüber gemäß § 159 Abs 1 erster Satz StPO belehrt werden⁹⁸. Der Zeuge muss dennoch zur kontradiktorischen Vernehmung erscheinen⁹⁹. Erlangt der Zeuge die Aussagebefreiung nach § 156 Abs 1 Z 1 oder 2 StPO gerade durch die kontradiktorische Vernehmung, ist er darüber bereits durch die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft zu belehren (§ 6 Abs 2 StPO)¹⁰⁰.

Die Belehrung des Zeugen umfasst nach § 165 Abs 5 StPO auch einen Hinweis auf die Möglichkeit, eine schonende, das heißt eine räumlich abgesonderte Vernehmung unter Einsatz von technischen Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung zu beantragen¹⁰¹. Es muss dem Zeugen auch erklärt werden, dass das Protokoll der Vernehmung in der Hauptverhandlung verlesen und die Ton- und Bildaufnahmen vorgeführt werden können, auch wenn im weiteren Verfahren die Aussage verweigert wird¹⁰². Der Zeuge kann der Vernehmung mittels Videokonferenztechnologie nicht widersprechen. Wird die Belehrung

⁹⁵ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 105.

⁹⁶ Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer, Musterakt 56.

⁹⁷ Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer, Musterakt 56; Kirchbacher in WK-StPO § 153 RN 9ff.

⁹⁸ Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer, Musterakt 56; Kirchbacher in WK-StPO § 165 RN 17.

⁹⁹ Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer, Musterakt 56.

¹⁰⁰ Kirchbacher in WK-StPO § 165 RN 17.

¹⁰¹ Hinterhofer, RZ 2000, 234 (237).

¹⁰² Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 8; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 121, ders. Strafprozessreform 2004², 105.

des Zeugen nach § 165 Abs 5 StPO unterlassen, hat dies nicht die Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge. Das Protokoll kann dennoch verlesen werden¹⁰³.

Wird die Vernehmung von einem Sachverständigen durchgeführt, obliegt diesem die Belehrung der Zeugen, was insbesondere bei Kindern sinnvoll ist, da er auf ihre Aufnahmefähigkeit besonders eingehen kann¹⁰⁴. Neben dem Zeugen selbst sind auch die Vertrauenspersonen, die bei der Vernehmung anwesend sind, zu belehren. Dies trifft ebenso auf den gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen zu, wenn das Kind beantragt, dass er der Vernehmung beigezogen werden soll¹⁰⁵.

Opfer und Privatbeteiligte sind über ihre besonderen prozessualen Rechte zu belehren¹⁰⁶. Die Belehrung des Beschuldigten sollte im Regelfall bereits dann erfolgen, wenn gegen ihn wegen eines konkreten Verdachts einer Straftat ermittelt oder Zwang ausgeübt wird (§§ 48 Abs 1 Z 1 iVm § 50 StPO). Spätestens muss er aber vor der ersten Vernehmung nach § 164 Abs 1 StPO über seine Rechte informiert werden¹⁰⁷.

2.5 Ablauf der kontradiktorischen Vernehmung

Die kontradiktorische Vernehmung wird zunächst durch den Richter allein vorgenommen. Er hat dabei die Bestimmungen der §§ 160 - 163 StPO und die §§ 249f StPO anzuwenden¹⁰⁸. Der Vernommene hat das Recht auf Anwesenheit einer Vertrauensperson. Die Vertrauensperson darf nicht selbst Zeuge, Mitbeschuldigter oder sein Vertreter sein¹⁰⁹.

Die Vernehmung beginnt mit der Ermahnung zur Wahrheit und der Befragung zur Person (Ausnahme: Anonyme Aussage nach § 162 StPO¹¹⁰). Dann wird der Zeuge oder Beschuldigte

¹⁰³ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 8; OGH 19.02.1998, 15 Os 164/97, JUS St/2459 = JUS St/2463 = JUS St/2464 = SSt 63/5.

¹⁰⁴ *Eder-Rieder/Frank*, Rechtsbelehrung durch den psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen gegenüber den zu befragenden bzw. zu untersuchenden Zeugen und Beschuldigten im Strafprozess, RZ 2001, 186 (187ff); *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (237); *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren 140.

¹⁰⁵ *Hinterhofer*, RZ 2000 234 (237).

¹⁰⁶ *Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer*, Musterakt 57.

¹⁰⁷ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 164 RN 1; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 69.

¹⁰⁸ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 120; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren 140.

¹⁰⁹ *Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer*, Musterakt 56.

¹¹⁰ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 162; *Wessely*, Strafprozessrecht⁵ 38.

vom Richter zur Sache vernommen und allenfalls mit den Aussagen anderer Zeugen konfrontiert und nach einem Privatbeteiligtenanschluss gefragt¹¹¹.

Nach der Vernehmung durch den Richter oder Sachverständigen haben die Beteiligten (Beschuldigter, Verteidiger, Staatsanwalt, Opfer, Privatbeteiligter und Vertreter) das Recht, ergänzende Fragen zu stellen bzw. stellen zu lassen. Unzulässige Fragen sind vom Richter zurückzuweisen, unangemessene Fragen sind zu untersagen (§ 249 Abs 2 StPO)¹¹². Als unzulässig gelten Fragen, die zu sehr in den höchstpersönlichen Bereich des Zeugen eingreifen. Unangemessen sind Fragen, die unter §§ 235ff StPO fallen, wie etwa Beschimpfungen oder sonstige verbale Attacken¹¹³.

Da bei der kontradiktorischen Vernehmung § 250 StPO anzuwenden ist, muss der Beschuldigte nach dessen Abs 1 bei Abwesenheit von allem in Kenntnis gesetzt werden, was in der Zwischenzeit vorgekommen ist. *Pistotnig* hält es nicht für notwendig, den Beschuldigten bei der kontradiktorischen Vernehmung im Ermittlungsverfahren entfernen zu lassen, da der Zeuge ohnehin schonend vernommen werden könne und ansonsten die Verteidigungsrechte des Beschuldigten unverhältnismäßig beschnitten würden¹¹⁴. Wird die Vernehmung räumlich getrennt durchgeführt, wird dieses Recht bereits durch die Wort- und Bildübertragung gewahrt, wobei ein technischer Defekt noch keine Nichtigkeit begründet, wenn der Beschuldigte noch vor Entlassung des Zeugen über den Inhalt der Aussage informiert wird und Gelegenheit erhält, ergänzende Fragen stellen zu lassen¹¹⁵. Das Protokoll über die Vernehmung darf gemäß § 250 Abs 2 StPO bei sonstiger Nichtigkeit nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden, wenn der Beschuldigte nicht oder erst nach Entlassung des Zeugen vom Inhalt der Aussage in Kenntnis gesetzt wird¹¹⁶. Wird ein solches Protokoll in der Hauptverhandlung verlesen, ist das Verfahren nach § 281 Abs 1 Z 2 StPO (§ 345 Abs 1 Z 3 StPO, § 468 Abs 1 Z 2a StPO, § 489 Abs 1 StPO) bzw. nach § 281 Abs 1 Z 3 StPO nichtig¹¹⁷. Wird der Beschuldigte bei einer nicht nach § 165 Abs 3 StPO durchgeführten kontradiktorischen Vernehmung vorübergehend nach

¹¹¹ *Kirchbacher* in WK-StPO, § 165 RN 22, *Wessely*, Strafprozessrecht⁵ 38.

¹¹² *Kirchbacher* in WK-StPO, § 165 RN 58.

¹¹³ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 249 RN 2.

¹¹⁴ *Pistotnig*, Die kontradiktorische Vernehmung im Vorverfahren - Ein Rechtsvergleich mit dem amerikanischen Recht (2004), Univ Diss, Graz

¹¹⁵ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 25.

¹¹⁶ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 25.

¹¹⁷ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 250 RN 2; *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 25; OGH 13.12.1967, 10 Os 209/67, SSt 38/71 = EvBl 1968/337 S 527 = RZ 1968,91.

§ 250 Abs 1 StPO entfernt, muss er ebenfalls vor Entlassung des Zeugen über dessen Aussage informiert werden¹¹⁸.

Bei einer berechtigten Aussageverweigerung in der Hauptverhandlung kann das Protokoll der Vernehmung verlesen und können Ton- und Bildaufzeichnungen vorgeführt werden, unter der Voraussetzung, dass die Vernehmung von einem Richter vorgenommen wurde und sowohl Staatsanwalt als auch Angeklagter die Möglichkeit hatten, sich an der Vernehmung zu beteiligen. (§ 252 Abs 1 Z 2a StPO)¹¹⁹.

Ob von der kontradiktorischen Vernehmung eine Videoaufzeichnung angefertigt wird, entscheidet der Richter. Es handelt sich hierbei im Gegensatz zur Anfertigung des Protokolls nach § 96 StPO um keine zwingende Bestimmung¹²⁰. Wird eine solche angefertigt, muss aber trotzdem ein Protokoll erstellt werden, da die Aufzeichnung der Vernehmung vom Gesetz als Ergänzung gedacht ist¹²¹. Die Aufnahme der Vernehmung auf Video ist aber jedenfalls zu befürworten, da sie den Unmittelbarkeitsgrundsatz fördert¹²². Der Richter hat in der Hauptverhandlung dann nämlich die Möglichkeit, neben dem Inhalt der Aussage auch die Art, wie sich der Zeuge geäußert hat, zu beobachten. Dies ist wichtig für die Beweiswürdigung¹²³.

Richter Mag. Stefan Koller weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass regelmäßig eine Videoaufzeichnung der kontradiktorischen Vernehmung erfolge, da nur auf diese Weise die Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung richtig verwertet werden könne.

Bei der kontradiktorischen Vernehmung besteht kein Verteidigerzwang, selbst wenn bei der Hauptverhandlung die Vertretung durch einen Rechtsanwalt geboten ist¹²⁴. Nur in einzelnen Fällen muss der Beschuldigte auch bei der kontradiktorischen Vernehmung einen Verteidiger haben, da die entsprechenden Normen eine Verteidigungspflicht nicht nur für die

¹¹⁸ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 25.

¹¹⁹ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 78, *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 17; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren 140.

¹²⁰ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (239); *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 29; OGH 18.05.1999, 11 Os 34/99, JUS St/2696 = ÖJZ-LSK 1999/209 = ÖJZ EvBl 1999/183.

¹²¹ OGH 24.08.2004, 11 Os 76/04, JSt 2005/6, 31.

¹²² OGH 06.08.1996, 14 Os 109/96, ÖJZ-LSK 1997/21 = JUS St/2165.

¹²³ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (240).

¹²⁴ *Bertel/Venier*, Einführung in die neue StPO², 126f, *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2; *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 13; OGH 27.06.2001, 13 Os 36/01, JUS St/3095 = JBl 2002, 129 = JUS St/3108; OGH 21.07.1999, 13 Os 96/99; OGH 21.09.2006, 12 Os 72/06i; OGH 27.06.2001.

Hauptverhandlung, sondern für das gesamte Verfahren vorschreiben. Dies gilt nach § 39 Abs 1 JGG für Jugendstrafsachen, nach § 61 Abs 1 Z 1 StPO wenn der Beschuldigte in Haft ist und nach § 61 Abs 1 Z 2 StPO im Verfahren zur Unterbringung in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher¹²⁵.

Nach vorherrschender Auffassung bildet die Gelegenheit zur Teilnahme an der kontradiktorischen Vernehmung für den Beschuldigten an sich keine schwierige Sach- und Rechtslage iSd § 61 Abs 2 Z 4 StPO. Es kann somit aus diesem Grund kein Verfahrenshilfeverteidiger beigegeben werden¹²⁶. Anderer Ansicht ist *Schwaighofer*, der befürwortet, dass die kontradiktorische Vernehmung an sich schon eine schwierige Sach- und Rechtslage darstelle¹²⁷.

Der Beschuldigte muss nicht unter allen Umständen an der kontradiktorischen Vernehmung teilnehmen. Er muss lediglich die Gelegenheit zur Teilnahme haben, um die aus Art 6 EMRK erfließenden Verteidigungsrechte wahrnehmen zu können. Dem ist Genüge getan, wenn der Beschuldigte von der Vornahme der Vernehmung und der Teilnahmemöglichkeit informiert wird. Nimmt er die Möglichkeit zur Teilnahme nicht wahr, hat er seine Verteidigungsrechte selbst aufgegeben¹²⁸. Dem Beschuldigten muss, wie generell im Ermittlungsverfahren, keine gesonderte Vorbereitungsfrist gewährt werden¹²⁹. Allerdings ist dem Beschuldigten gemäß § 6 Abs 2 StPO im Rahmen der Information über Anlass und Zweck der kontradiktorischen Vernehmung eines Zeugen auch mitzuteilen, dass er nur bei dieser Gelegenheit Fragen an den Zeugen stellen kann¹³⁰.

¹²⁵ *Achammer* in WK-StPO, § 61 RN 6ff; *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 61 RN 2; *Kirchbacher* in WK-StPO, § 165 RN 13.

¹²⁶ *Kirchbacher* in WK-StPO, § 165 RN 14.

¹²⁷ *Schwaighofer*, Zur Verwendbarkeit kontradiktorischer Zeugenaussagen, ÖJZ 2006, 235 (237).

¹²⁸ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 3.

¹²⁹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2; *Kirchbacher* in WK-StPO, § 165 RN 15.

¹³⁰ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 13, 78.

3 Zwecke der kontradiktorischen Vernehmung

Wie viele Bestimmungen in der StPO ist auch die kontradiktorische Vernehmung mehreren Zwecken gewidmet, die zueinander mitunter auch in Konkurrenz stehen. Anschaulich wird von einem "Spannungsdreieck" zwischen den Interessen des Opferschutzes, der Wahrheitsfindung und der Verteidigung des Beschuldigten gesprochen¹³¹.

3.1 Zeugen- und Opferschutz

Die Schaffung der Möglichkeit einer kontradiktorischen Vernehmung im Ermittlungsverfahren beruht wesentlich auf dem Gedanken des Opferschutzes. In den Erläuternden Bemerkungen zum Strafprozessänderungsgesetz 1993 wird die Einführung der kontradiktorischen Vernehmung in § 162a StPOaF mit "Schaffung von Zeugenschutzbestimmungen" titulierte¹³². Es soll insbesondere für das Opfer die seelische und gesundheitliche Belastung, die durch mehrmalige Vernehmungen während des Verfahrens hervorgerufen wird (sog. sekundäre Viktimisierung), vermieden werden. Ist das Opfer nach §§ 156 oder 157 StPO von der Aussage befreit oder hat es ein Aussageverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung und macht es davon berechtigterweise Gebrauch, kann stattdessen das Vernehmungsprotokoll verlesen werden (§ 252 Abs 1 Z 2a StPO)¹³³.

Sehr deutlich hervorgehoben hat dies der Gesetzgeber bei besonders schutzwürdigen Personen, die Opfer einer Straftat wurden, nämlich bei Personen unter 14 Jahren und Opfern von Sexualdelikten. Diese erlangen durch die kontradiktorische Vernehmung an sich eine Aussagebefreiung nach § 156 Abs 1 Z 2 StPO¹³⁴. Die Erläuterungen zum StPÄG 1993 regen dazu an, die kontradiktorische Vernehmung bereits möglichst früh durchzuführen, um die psychische Belastung des Zeugen zu minimieren¹³⁵. Es wird hier auch argumentiert, dass durch die Tatnähe der Aussage größere Beweiskraft zukommt, als wenn das Opfer in der, erst längere Zeit später stattfindenden, Hauptverhandlung aussagt. Allerdings ist damit auch ein

¹³¹ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 2.

¹³² ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 12.

¹³³ *Bruckmüller/Friedrich*, Getrennte Räume in Gerichtsgebäuden zum Schutz von Opfern einer Straftat, RZ 2008, 93 (95); *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 17.

¹³⁴ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 156 RN 6; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 109.

¹³⁵ ErläutRV 924 BlgNR 18.GP 32.

Problem verknüpft, nämlich der Fall, dass sich in der Zwischenzeit die Beweislage verändert und das Opfer hierzu noch zu befragen wäre¹³⁶.

Dem Opferschutz verpflichtet ist auch die Möglichkeit, die kontradiktorische Vernehmung gemäß § 165 Abs 3 StPO unter Verwendung von technischen Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung durchzuführen¹³⁷. Für diese Art der Vernehmung hat sich der Begriff "schonende kontradiktorische Vernehmung" etabliert¹³⁸. Bei der Vernehmung befinden sich neben der zu vernehmenden Person nur der Richter und allenfalls ein Schriftführer im Vernehmungsraum. Die anderen Beteiligten können der Aussage durch die technische Übertragung in einem Nebenraum folgen und ihre Fragen entweder per Funk oder Telefon über den Richter stellen oder ihm ihre Fragen schriftlich zukommen lassen¹³⁹. Dadurch soll der seelische und gesundheitliche Zustand des Tatopfers durch Vermeidung des Kontakts mit dem Beschuldigten geschützt werden¹⁴⁰. Zusätzlich wird dem Zeugen ermöglicht, seine Aussage in einer entspannten Atmosphäre abzulegen, was bei Anwesenheit der Beteiligten nicht erreicht werden kann¹⁴¹.

Das Gesetz lässt die schonende Vernehmung entweder im Interesse des Zeugen oder im Interesse der Wahrheitsfindung zu (§ 165 Abs 3 StPO)¹⁴². Beispielhaft werden für typische Situationen, in denen das persönliche Interesse des Zeugen die getrennte Vernehmung rechtfertigen kann, das geringe Alter des Zeugen oder sein seelischer oder gesundheitlicher Zustand genannt. Somit werden insbesondere kranke und geistig oder psychisch beeinträchtigte Zeugen audiovisuell vernommen¹⁴³.

¹³⁶ *Schmoller*, Neu geregelte Beweisverwertungsverbote im StPÄG1993, in FS Platzgummer (1995) 283 (292f); *Schwaighofer*, Anmerkungen zu einigen Zeugen- und Opferschutzbestimmungen der StPO und ihre Umsetzung durch die Rechtsprechung, in FS Jesionek (2002) 499 (505f); *ders.*, ÖJZ 2003, 528 (536f); *Bart*, Kinder als Zeugen im Strafverfahren - insbesondere als Opfer sexuellen Missbrauchs, ÖJZ 1998, 818 (822); *Ratz*, Beweisverbote und deren Garantie durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen (Teil 2), RZ 2005, 106 (107).

¹³⁷ *Eder-Rieder*, Die Stellung des Opfers im neuen Strafverfahren, JSt 2008, 113 (115); *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren 140; *S. Seiler*, Strafprozessreform 2004², 104; vgl. auch *Schmidt*, Videokonferenztechnologie statt Rechtshilfe, RZ 2006, 265.

¹³⁸ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 6; *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (235).

¹³⁹ *Kirchbacher* in WK-StPO, §§ 151-165, 55; *Bachner-Foregger*, StPO¹⁸, 206.

¹⁴⁰ *Jesionek*, Das Verbrechensopfer im künftigen österreichischen Strafprozessrecht in FS Burgstaller (2004), 253 (260f); *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 120.

¹⁴¹ *Bruckmüller/Friedrich*, RZ 2008, 93 (95).

¹⁴² *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 6; *Platzgummer*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens⁸ (1997) 96.

¹⁴³ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (235).

Der Hinweis auf jüngere Zeugen in Abs 3 darf nicht mit der schonenden Vernehmung unmündiger (Sexual-)Opfer in Abs 4 vermischt werden. Die schonende Vernehmung eines Zeugen geringen Alters nach Abs 3 steht im Ermessen des Richters, während ein unmündiges Sexualopfer jedenfalls und ein sonstiges unmündiges Opfer auf seinen Antrag oder einen Antrag der Staatsanwaltschaft schonend vernommen werden muss¹⁴⁴.

Neben der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Zeugen sind auch andere Konstellationen denkbar, in denen es in seinem Interesse ist, dass eine Vernehmung mittels technischer Einrichtungen zur Ton- und Bildübertragung durchgeführt wird. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der zu Befragende seinen Wohnsitz im Ausland hat und ihm trotz seiner Aussagebereitschaft wegen der Entfernung die Anreise zur Verhandlung nicht zumutbar ist¹⁴⁵.

Die räumliche Trennung kann auch der Wahrheitsfindung förderlich sein. Dies ist etwa der Fall, wenn das Opfer in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Beschuldigten steht und dann bei einer in Anwesenheit des Beschuldigten abgelegten Aussage zu erwarten wäre, dass das Opfer unter Druck nicht die Wahrheit sagen würde¹⁴⁶. Insbesondere bei Kindern ist zu erwarten dass sie leichter und unbeschwerter aussagen können, wenn nur wenige Personen anwesend sind und sie nicht direkt mit dem Beschuldigten konfrontiert werden¹⁴⁷. Nicht selten stellt sich auch der Anwendungsfall, dass der Zeuge oder Personen in seinem näheren Umfeld im Vorfeld des Prozesses vom Beschuldigten bedroht wurden, sodass ihm eine wahrheitsgemäße Aussage ebenfalls dadurch erleichtert werden kann, wenn er sie nicht in Anwesenheit des Beschuldigten ablegen muss¹⁴⁸.

In § 165 Abs 3 letzter Satz StPO wird ausdrücklich festgeschrieben, dass bei einer schonenden Vernehmung der Kontakt des Zeugen mit dem Beschuldigten und den sonstigen Verfahrensbeteiligten möglichst unterbleiben soll. Um die vom Gesetz geforderte Kontaktvermeidung aber in der Praxis auch effektiv umsetzen zu können, sind neben den getrennten Vernehmungsräumen auch andere bauliche Maßnahmen erforderlich, etwa eigene Warteräume oder getrennte Zugänge zum Gerichtsgebäude. Bis die entsprechenden Umbauten bei allen Gerichten abgeschlossen sind, muss man sich hier noch mit anderen Lösungen behelfen, z.B. indem Zeugen und Beschuldigte zu unterschiedlichen Zeitpunkten

¹⁴⁴ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (235).

¹⁴⁵ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (236).

¹⁴⁶ *Wessely*, Strafprozessrecht⁵ 38.

¹⁴⁷ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (236).

¹⁴⁸ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (236).

geladen werden. Letztlich führen solche Bemühungen allerdings nicht immer zum gewünschten Erfolg¹⁴⁹.

In der Praxis kommen fast ausschließlich schonende kontradiktorische Vernehmungen, die unter Einsatz technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung räumlich getrennt durchgeführt werden, vor. Mag. Stefan Koller vom LGS Graz gibt dazu an, dass praktisch nur räumlich getrennt durchgeführte Vernehmungen für die Hauptverhandlung nutzbar seien.

Auf die Frage, von wem die Initiative zur schonenden Vernehmung regelmäßig ausgeht, wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass das Gericht von Amts wegen eine solche anordne. Rechtsanwalt Dr. Gerald Ruhri führte aus, dass es ein Vorgespräch mit den Zeugen gebe, in denen sie nahezu immer den Wunsch nach einer räumlichen Trennung äußern würden.

Bei besonderer Schonungsbedürftigkeit des Zeugen sieht das Gesetz in § 165 Abs 3 StPO vor, dass die Vernehmung durch einen Sachverständigen durchgeführt wird. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die zu befragende Person das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat¹⁵⁰. Geeignete Personen, die die Rolle des Sachverständigen übernehmen können, sind etwa Psychotherapeuten, Psychologen, Psychiater oder sonstige Berufsgruppen der sozialen Betreuung, die im schonenden Umgang, insbesondere mit Kindern, geschult sind¹⁵¹. Die spezielle Ausbildung ermöglicht es dem Sachverständigen, die Atmosphäre für den Zeugen so angenehm wie möglich zu gestalten und auch die Fragestellung den Sprachbedürfnissen des Kindes anzupassen¹⁵². Gerade bei der Befragung von Kindern ist darauf zu achten, dass auch der Vernehmungsraum kindergerecht gestaltet ist, was etwa durch Farbgestaltung, Spielzeug etc. erreicht werden kann¹⁵³.

Bei der Vernehmung durch den Sachverständigen ist der Richter nicht im Vernehmungsraum, sondern verfolgt das Geschehen gemeinsam mit den anderen Beteiligten im Nebenraum. Fragen, die der Sachverständige an den Zeugen richten soll, übermittelt der Richter entweder

¹⁴⁹ Bruckmüller/Friedrich RZ 2008, 93.

¹⁵⁰ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 6; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 120; OGH 03.09.2003, 13 Os 39/03, JSt 2004/30, 96; OGH 28.04.1998, 14 Os 166/97, JUS St/2505 = ÖJZ-LSK 1998/170.

¹⁵¹ Kirchbacher in WK-StPO, § 165 RN 7; S. Seiler, Strafprozessreform 2004², 105.

¹⁵² Bart, ÖJZ 1998, 818 (820).

¹⁵³ Hinterhofer, RZ 2000, 234 (235).

direkt per Funk oder lässt sie dem Sachverständigen in einer Vernehmungspause schriftlich zukommen¹⁵⁴.

Bei unmündigen Opfern von Sexualdelikten hat das Gericht nach der Judikatur des OGH auch die Möglichkeit, eine Vernehmung des Kindes insgesamt entfallen zu lassen. Dies ist dann möglich, wenn eine fortdauernde psychische Schädigung des Kindes zu befürchten ist und auch die schonende Vernehmung diese Gefahr nicht auszuschließen vermag¹⁵⁵. Die Rechtsprechung nimmt hierbei eine Interessenabwägung zwischen den Verteidigungsinteressen des Beschuldigten und dem Schutz des unmündigen Tatopfers vor¹⁵⁶. In solchen Fällen muss besonders auf die sonst zur Verfügung stehenden Kontrollbeweise Bedacht genommen werden.¹⁵⁷

3.2 Wahrheitsforschung

Die kontradiktorische Vernehmung wird als sehr effektives Instrument zur Wahrheitserforschung angesehen. Die Fragerechte der Beteiligten tragen dazu bei, dass die Aussage des Vernommenen ergänzt wird und somit auch vom Richter nicht angesprochene Punkte aufgezeigt werden¹⁵⁸. Außerdem wird insbesondere der Beschuldigte und sein Verteidiger gut beraten sein, die Glaubwürdigkeit des Zeugen mittels geeigneter Fragestellung auf die Probe zu stellen¹⁵⁹. Die Erläuternden Bemerkungen zum Strafprozessreformgesetz legen nahe, die kontradiktorische Vernehmung bei Mitbeschuldigten zur Ermittlung der materiellen Wahrheit einzusetzen, wenn das Verfahren voraussichtlich ausgeschieden werden soll¹⁶⁰. Somit soll noch im Ermittlungsverfahren eine verwertbare Aussage gewonnen werden, da es wahrscheinlich ist, dass der Beschuldigte im Hauptverfahren die Zeugenaussage gegen einen Mitbeschuldigten gem. § 157 Abs 1 Z 1 StPO verweigern wird¹⁶¹.

¹⁵⁴ ErläutRV 924 BlgNR 18.GP 33; *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 7; *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 78.

¹⁵⁵ OGH 02.07.1998, 12 Os 80/98, JUS St/2558 = ÖJZ EvBl 1999/9.

¹⁵⁶ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 121; OGH 21.10.1992, 13 Os 77/92, ÖJZ NRsp 1993/19 = ÖJZ EvBl 1993/48; OGH 15.12.1994, 15 Os 112/94, ÖJZ-LSK 1995/115/118/119 = JBl 1996, 268 = JUS St/1665 = JUS St/1673; OGH 20.03.1997, 15 Os 21/97, ÖJZ EvBl 1997/155 = JUS St/2272; OGH 06.04.1999, 14 Os 17/99, ÖJZ-LSK 1999/178 = JUS St/2681 = ÖJZ EvBl 1999/164 = JBl 2000, 533.

¹⁵⁷ *S. Seiler*, Strafprozessreform 2004², 105.

¹⁵⁸ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 3.

¹⁵⁹ *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 3.

¹⁶⁰ ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 213.

¹⁶¹ *Bertel/Venier*, Einführung in die neue StPO² 131; *Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer*, Musterakt Strafprozess 56; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren 139; vgl. auch *Hübner*, Das neue

In den Materialien zum StPÄG 1993 findet sich der Gedanke der Wahrheitsfindung auch in Bezug auf die Aussage naher Angehöriger gegen den Beschuldigten. Bei diesen sei die Gefahr gegeben, dass sie mit zunehmender Verfahrensdauer unter dem wachsenden Druck der familiären Bindung zum Beschuldigten unter Umständen in der Hauptverhandlung nicht mehr aussagen wollen. Deshalb sollen sie nur eine belastende Aussage am Beginn des Prozesses tätigen müssen und erlangen für das weitere Verfahren ein Entschlagungsrecht. Die abgelegte Aussage kann dann nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO in die Hauptverhandlung einfließen und der Einfluss des Naheverhältnisses zum Angeklagten auf die Wahrheitsfindung ist nicht mehr gegeben¹⁶².

3.3 Verteidigung des Beschuldigten

Die Verteidigungsinteressen des Beschuldigten stehen naturgemäß mit dem Opferschutz in einem Spannungsverhältnis. Die Erläuternden Bemerkungen zum StPÄG 1993 setzen sich intensiv mit diesem Thema auseinander. Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des EGMR wird dort festgehalten, dass das Ziel des Opferschutzes, das mit nur einer Aussage im Verfahren und folgender Aussagebefreiung erreicht wird, nur dann einem fairen Verfahren im Sinne der EMRK entspricht, wenn der Beschuldigte (oder sein Verteidiger) "angemessene und geeignete Gelegenheit hat, einen gegen ihn aussagenden Zeugen zu befragen und dessen Glaubwürdigkeit in Frage zu stellen"¹⁶³.

Trotz dieser Ankündigung des Gesetzgebers gibt es nach aktueller Rechtslage strittige Rechtsfragen betreffend die Verteidigungsrechte des Beschuldigten, die ausführlich unter Punkt 5 der vorliegenden Arbeit zur Sprache kommen sollen.

Instrumentarium gegen "OK", RZ 1999, 85 (93); *Machacek*, Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Österreich, ÖJZ 1998, 553.

¹⁶² ErläutRV 924 BlgNR 18.GP 31.

¹⁶³ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32; *Kirchbacher* in WK-StPO, § 165 RN 5; *Hoinkes-Wilflingseder/Lambauer*, Musterakt 56.

4 Kontradiktorische Vernehmung und Unmittelbarkeit

4.1 Der Unmittelbarkeitsgrundsatz

4.1.1 Unmittelbarkeit im formellen Sinn

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist ein wesentlicher Pfeiler des Strafprozessrechtes. Damit ist auch das Prinzip der Mündlichkeit des Verfahrens eng verflochten. Nur in einem mündlichen Verfahren ist es möglich, die Aussage des Zeugen auch auf seine Glaubwürdigkeit zu überprüfen¹⁶⁴. Der österreichische Gesetzgeber hat das Prinzip der Unmittelbarkeit in den §§ 13 und 258 Abs 1 StPO niedergeschrieben¹⁶⁵. § 13 Abs 1 StPO bestimmt zunächst, dass die Hauptverhandlung den Schwerpunkt des Verfahrens bildet. Das Urteil kann nur auf solche Beweise gestützt werden, die in der Hauptverhandlung auch vorgekommen sind. Dieser Unmittelbarkeit im formellen Sinn ist nicht nur dann Genüge getan, wenn ein Zeuge seine Aussage direkt in der Hauptverhandlung ablegt, sondern bereits dann, wenn der Beweis etwa durch Verlesung von Aktenstücken in den Prozess eingeführt wird¹⁶⁶. Eine Verlesung von Aktenstücken ist nur in den vom Gesetz aufgestellten Grenzen der §§ 245 Abs 1 und 252 StPO zulässig. § 13 Abs 3 StPO bestimmt ausdrücklich, dass der Inhalt von Akten und anderen Schriftstücken nur soweit als Beweis verwertet werden darf, als er in einer nach dem Gesetz zulässigen Weise wiedergegeben wird¹⁶⁷. Keinesfalls darf aber in der Begründung des Urteils Bezug auf Aktenteile genommen werden, die in der Hauptverhandlung weder verlesen noch vorgetragen wurden¹⁶⁸.

Im Ermittlungsverfahren soll nach der Intention des Gesetzes die Hauptverhandlung vorbereitet werden und es sollen dringende, unterstützende Beweisaufnahmen durchgeführt werden. § 13 Abs 2 StPO erlaubt die Aufnahme von Beweisen, die für die Anklageerhebung unerlässlich sind. Darüber hinaus kann eine Beweissicherung im Ermittlungsverfahren erfolgen, wenn der Beweis voraussichtlich in der Hauptverhandlung aus tatsächlichen oder

¹⁶⁴ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 1.

¹⁶⁵ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 19, 131.

¹⁶⁶ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 13 RN 3.

¹⁶⁷ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 131; *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 13 RN 3.

¹⁶⁸ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 34.

rechtlichen Gründen nicht aufgenommen werden kann¹⁶⁹. Gerade das ist bei der kontradiktorischen Vernehmung der Fall (§ 165 Abs 1 StPO). Die kontradiktorische Vernehmung wird deshalb anschaulich auch als "vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung"¹⁷⁰ bezeichnet.

Werden aber rechtmäßig Beweise statt in der Hauptverhandlung schon im Ermittlungsverfahren aufgenommen, müssen sie in der Hauptverhandlung dennoch zur Sprache kommen, da das Urteil sich nur darauf stützen darf, was dort vorgekommen ist (§ 12 Abs 2 StPO)¹⁷¹. Bei kontradiktorischen Vernehmungen kommt es dann zur Verlesung der Vernehmungsprotokolle und gegebenenfalls auch zur Vorführung der Bild- und Tonaufzeichnungen¹⁷².

Trotz der restriktiven Haltung des Gesetzes gegenüber den im Ermittlungsverfahren aufgenommenen Beweisen darf nicht übersehen werden, dass diese eine wesentliche Rolle für das spätere Verfahren spielen. Das Gericht bereitet sich auf die Hauptverhandlung vor, indem es den Akteninhalt studiert. Zudem entscheidet die Staatsanwaltschaft aufgrund des Akteninhalts, insbesondere auch der Aussage des Beschuldigten vor der Polizei, ob Anklage erhoben wird¹⁷³. Es ist dem Beschuldigten daher dringend zu raten, das Protokoll seiner polizeilichen Vernehmung auf eventuelle Fehler zu untersuchen und solche sofort berichtigen zu lassen. Die Verteidigung des Beschuldigten kann nur dann effektiv sein, wenn sie schon im Ermittlungsverfahren richtig durchgeführt wird¹⁷⁴.

4.1.2 Unmittelbarkeit im materiellen Sinn

Neben der Unmittelbarkeit im formellen Sinn enthält der Unmittelbarkeitsgrundsatz auch eine materielle Komponente. Grundsätzlich muss der Richter zur Begründung des Urteils immer das tatnächste Beweismittel heranziehen¹⁷⁵. Er muss nämlich auch in der Lage sein, die Glaubwürdigkeit des jeweiligen Beweismittels zu erwägen. Würde er lediglich einen Freund des Zeugen zu fragen, was dieser ihm erzählt habe, so kann er nicht selbst das Verhalten des

¹⁶⁹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 13 RN 1; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 34.

¹⁷⁰ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 78.

¹⁷¹ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 34.

¹⁷² *Kirchbacher* in *WK-StPO* § 165 RN 30.

¹⁷³ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 35.

¹⁷⁴ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰, 35.

¹⁷⁵ *Schwaighofer*, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz beim Zeugenbeweis und seine Ausnahmen, *ÖJZ* 1996, 124.

unmittelbaren Zeugen bei der Aussage beurteilen. Die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen ist nach § 13 Abs 3 StPO nur zulässig, wenn der unmittelbare Zeuge nicht vernommen werden kann¹⁷⁶.

Die Geheimhaltung der Identität von verdeckten Ermittlern ist durch diese Ausnahmebestimmung nicht gedeckt. Somit darf sich der Richter nicht mit der Aussage eines Polizisten über die Informationen, die der verdeckte Ermittler gewonnen hat, begnügen¹⁷⁷.

4.1.3 Anwesenheit der Richter

Zum Unmittelbarkeitsgrundsatz gehört auch die Bestimmung des § 281 Abs 1 Z 1 StPO. Danach bildet es einen Nichtigkeitsgrund, wenn nicht alle Richter an der gesamten Hauptverhandlung teilgenommen haben¹⁷⁸. Eine Vertagung der Hauptverhandlung ist nur in den Fällen des § 273 StPO möglich, um den beteiligten Personen die nötige Erholungszeit zu gewähren oder Beweismittel zu beschaffen. Dadurch soll der unmittelbare Eindruck von der Aussage der Zeugen bei der Urteilsfällung möglichst erhalten werden (Grundsatz der Verhandlungskonzentration)¹⁷⁹. Findet eine Vertagung statt, müssen die Protokolle der früheren Verhandlung verlesen werden. Die Verhandlung ist aber in ihrer Gesamtheit zu wiederholen, wenn die Unterbrechung mehr als zwei Monate andauert oder sich die Zusammensetzung des Gerichts geändert hat (§ 276a StPO). Die gesamte Beweisaufnahme muss in einem solchen Fall noch einmal durchgeführt werden¹⁸⁰.

4.2 Zulässigkeit mittelbarer Beweisaufnahmen

4.2.1 Der mittelbare Beweis im österreichischen Strafprozessrecht

Wie schon erwähnt soll nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz die Beweisaufnahme für das Urteil im Strafprozess in der Hauptverhandlung vor dem entscheidenden Richter bzw. Senat

¹⁷⁶ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 13 RN 2; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 35.

¹⁷⁷ *Köck*, Wie kann man die Ergebnisse verdeckter Ermittler in die Hauptverhandlung eines Strafverfahrens einbringen?, RZ 2004, 189; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 35; OGH/Burgstaller (Anm-JBl) 18.02.2004, 13 Os 153/03, ÖJZ 2004/40, 637 (Hinterhofer) = ÖJZ EvBl 2004/142, 649 = ÖJZ-LSK 2004/141 = JUS St/3613 = JUS St/3614 = RZ 2004, 189 (Köck) = JBl 2004, 594 = JSt 2004/54, 169 = JAP 2004/2005/2, 8 (Tipold) = SSSt 2004/12.

¹⁷⁸ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 281 RN 29.

¹⁷⁹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 273.

¹⁸⁰ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 276a RN 2; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 35; OGH 26.06.1957 5 Os 52/57, RZ 1957, 118.

erfolgen. § 258 Abs 1 StPO bestimmt, dass das Gericht bei der Urteilsfällung ausschließlich darauf Rücksicht nehmen darf, was in der Hauptverhandlung vorgekommen ist. Der zweite Satz dieser Norm lässt die Verwertung von Aktenstücken nur dann zu, wenn sie bei der Hauptverhandlung vorgelesen oder vom Vorsitzenden vorgetragen worden sind¹⁸¹.

In den Erläuternden Bemerkungen zum StPÄG 1993 wird zwar grundsätzlich anerkannt, dass aus den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und der Wahrung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten folgt, dass die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erfolgen soll. In diesem Sinne muss grundsätzlich auch der Angeklagte anwesend sein, da die Beweise mit den Parteien in einem kontradiktorischen Prozess zu erörtern sind¹⁸². Unter Berufung auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) wird aber ausgesprochen, dass deshalb noch nicht jeder Beweis ausschließlich in der Hauptverhandlung aufgenommen werden müsse. Es bestehe die Möglichkeit der Verwertung von Beweisen aus dem Vorverfahren oder einer früheren Hauptverhandlung, wenn dabei die Verteidigungsrechte des Beschuldigten gewahrt werden¹⁸³. Dies ist dann der Fall, wenn er "angemessene und geeignete Gelegenheit hat, einen gegen ihn aussagenden Zeugen zu befragen und dessen Glaubwürdigkeit in Frage zu stellen."¹⁸⁴

4.2.2 Die Judikatur des EGMR zur mittelbaren Beweisaufnahme

Der EGMR verlangt für die Zulässigkeit einer mittelbaren Beweisaufnahme, dass dem Angeklagten Gelegenheit gegeben wird, den Zeugen zu befragen und seine Glaubwürdigkeit in Frage zu stellen. Wie genau diese Gelegenheit ausgestaltet sein muss, wird aber weder in Art 6 EMRK, der ein faires Verfahren garantieren soll, noch in der Judikatur des Gerichtshofs allgemein gültig festgelegt. Der EGMR legt in seiner Rechtssprechung keine allgemein gültigen Richtlinien oder Leitsätze fest, sondern er spricht lediglich aus, ob ein konkretes Verfahren in seiner Gesamtheit unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls fair war. Da sich die Materialien zum Strafprozessänderungsgesetz 1993 zur Rechtfertigung der Zeugenschutzbestimmungen auf einige Urteile des EGMR berufen¹⁸⁵, sollen diese nachfolgend auf Anhaltspunkte untersucht werden.

¹⁸¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 1;

¹⁸² ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32.

¹⁸³ *Hinterhofer*, RZ 2000, 234 (237).

¹⁸⁴ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32.

¹⁸⁵ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32.

4.2.2.1 Unterpertinger gegen Österreich¹⁸⁶

Im Fall Unterpertinger wurde der Beschwerdeführer wegen Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, seine Frau und seine Stieftochter verletzt zu haben. Beide Opfer sagten im Vorverfahren bei der Gendarmerie aus und belasteten dabei den Beschwerdeführer. In der Hauptverhandlung verweigerten sie berechtigt die Aussage wegen ihrer Angehörigenstellung. Das Urteil gründete sich auf Verlesungen von Aktenstücken, insbesondere auch den Aussagen vor der Gendarmerie¹⁸⁷.

Der Beschwerdeführer machte in seiner Menschenrechtsbeschwerde eine Verletzung der Art 6 Abs 1 und Abs 3 d EMRK geltend. Er rügte, dass er nie die Möglichkeit gehabt hätte, zu seiner Verteidigung Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder deren Glaubwürdigkeit zu erschüttern. Die Aussageverweigerung in Verbindung mit der Verlesung der Gendarmerieprotokolle hätte ihn dieser Möglichkeiten beraubt¹⁸⁸.

Der EGMR hielt dazu fest, dass sowohl die Aussageverweigerung von nahen Angehörigen als auch die Verlesung von Gendarmerieprotokollen aus dem Vorverfahren an sich EMRK-konform seien. Zwar waren auch andere Beweise aufgenommen worden, aber das Gericht hatte die Verurteilung hauptsächlich auf die Verlesung der Protokolle gestützt. Somit wurde der Beschwerdeführer aufgrund von Zeugenaussagen verurteilt, hinsichtlich derer er aber sein sich aus Art 6 Abs 3 d EMRK ergebendes Fragerecht nicht ausüben konnte. Außerdem konnte der Beschwerdeführer in keiner Lage des Verfahrens die Glaubwürdigkeit der Zeuginnen erschüttern. Somit lag kein faires Verfahren iSd EMRK vor.

4.2.2.2 Kostovski gegen die Niederlande¹⁸⁹

Herrn Kostovski wurde vorgeworfen, einen bewaffneten Raubüberfall auf eine Bank begangen zu haben. Die Anklage stützte sich dabei auf zwei anonyme Zeugen, von denen einer nur von der Polizei, der andere von der Polizei und dem Untersuchungsrichter, allerdings ohne Anwesenheit der Staatsanwaltschaft, des Beschwerdeführers oder seines

¹⁸⁶ EGMR U 24.11.1986, Unterpertinger gegen Österreich, Nr. 1/1985/87/134, EuGRZ 1987, 147.

¹⁸⁷ EGMR U 24.11.1986, Unterpertinger gegen Österreich, Nr. 1/1985/87/134, EuGRZ 1987, 147.

¹⁸⁸ EGMR U 24.11.1986, Unterpertinger gegen Österreich, Nr. 1/1985/87/134, EuGRZ 1987, 147.

¹⁸⁹ EGMR U 20.11.1989, Kostovski gegen die Niederlande, Nr. 10/1988/154/208, ÖJZ 1990, 312.

Rechtsbeistandes, vernommen wurde. Hinsichtlich des vom Untersuchungsrichter vernommenen Zeugen bekamen die Beschuldigten bzw. deren Rechtsbeistände Gelegenheit zur (schriftlichen) Übergabe von Fragen. In der Hauptverhandlung wurden die anonymen Zeugen nicht mehr geladen. Die Untersuchungsrichter und einer der vernehmenden Polizeibeamten waren als Zeugen geladen, Fragen der Verteidigung bezüglich der Informationsquellen und Glaubwürdigkeit der anonymen Zeugen wurden aber beschränkt, weil die Identität der Personen nicht enthüllt werden sollte. Auch im Berufungsverfahren wurden die anonymen Zeugen nicht vernommen¹⁹⁰.

Kostovski machte in seiner Beschwerde geltend, dass er keine Gelegenheit hatte, Fragen an die anonymen Zeugen zu stellen und auch deren Glaubwürdigkeit nicht in Frage stellen hätte können¹⁹¹.

Der EGMR führte aus, dass grundsätzlich alle Beweise in einem Strafverfahren in Anwesenheit des Angeklagten und zusätzlich auch noch in einer öffentlichen Verhandlung aufgenommen werden müssen, sodass eine kontradiktorische Argumentation möglich sei. Es sei aber eine Beweisaufnahme außerhalb der Gerichtsverhandlung, zum Beispiel im Vorverfahren möglich, wenn die Verteidigungsrechte des Angeklagten gewahrt werden. Dies setzt voraus, dass er "angemessene und geeignete Gelegenheit erhält, die Glaubwürdigkeit eines gegen ihn aussagenden Zeugen überhaupt in Frage zu stellen und ihn zu befragen, sei es in dem Zeitpunkt, in dem der Zeuge seine Aussage ablegt, sei es zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens"¹⁹².

Konkret genügte die schriftliche Möglichkeit zur Fragestellung nicht diesen Anforderungen. Die Verteidigungsrechte des Angeklagten wurden nach Meinung des EGMR dadurch eingeschränkt, dass vor allem eine Überprüfung der Glaubwürdigkeit der anonymen Zeugen nicht möglich gewesen sei, weil ihre Identität den Verteidigern nicht bekannt war und sie deshalb nicht beurteilen konnten, ob sie eine voreingenommene oder feindselige Stellung gegenüber dem Beschwerdeführer hatten. Zudem konnte das Gericht wegen Abwesenheit der Zeugen in der Hauptverhandlung deren Verhalten nicht beobachten und sich deshalb keinen eigenen Eindruck über deren Glaubwürdigkeit verschaffen. Die Vernehmung der

¹⁹⁰ EGMR U 20.11.1989, Kostovski gegen die Niederlande, Nr. 10/1988/154/208, ÖJZ 1990, 312.

¹⁹¹ EGMR U 20.11.1989, Kostovski gegen die Niederlande, Nr. 10/1988/154/208, ÖJZ 1990, 312.

¹⁹² EGMR U 20.11.1989, Kostovski gegen die Niederlande, Nr. 10/1988/154/208, ÖJZ 1990, 312.

Untersuchungsrichter über die Zeugen konnte hier keine Abhilfe schaffen, da auch sie die Identität der Zeugen nicht kannten¹⁹³.

4.2.2.3 Windisch gegen Österreich¹⁹⁴

Herr Windisch wurde beschuldigt, zusammen mit einem Komplizen einen schweren Diebstahl durch Einbruch verübt zu haben. Die Tat selbst wurde von niemandem beobachtet, aber es meldeten sich zwei Frauen bei der Gendarmerie, die aussagten, in der Tatnacht in der Nähe des Tatortes zwei verdächtige Männer gesehen zu haben. Da sie sich das Kennzeichen des Fahrzeugs der Verdächtigen notiert hatten, konnte die Gendarmerie den Besitzer ausforschen. Herr Windisch, der zum engeren Bekanntenkreis des Fahrzeuginhabers gehörte, wurde von den Frauen, die um Wahrung ihrer Anonymität gebeten hatten, auf Fotos erkannt. Danach fand eine verdeckte Gegenüberstellung statt, bei der die Zeuginnen in einem PKW saßen und den Beschuldigten aus einer Entfernung von 7 bis 10 Metern identifizierten¹⁹⁵.

Zur Hauptverhandlung wurden die Zeuginnen nicht geladen, sondern stattdessen die Gendarmeriebeamten, die die Aussage aufgenommen hatten. Schließlich wurde der Angeklagte zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Rechtsmittel scheiterten¹⁹⁶.

Dagegen erhob Herr Windisch Beschwerde an den EGMR mit der Begründung, dass er ausschließlich aufgrund der Angaben anonymer Zeuginnen verurteilt worden war, die vom LG nicht vernommen wurden. Außerdem hatte er keine Gelegenheit, Fragen an die Zeuginnen zu stellen¹⁹⁷.

Der EGMR wiederholte seine Rechtsprechung, dass Beweise auch außerhalb einer Gerichtsverhandlung aufgenommen werden können, solange die Verteidigungsrechte des Angeklagten gewahrt werden, insbesondere, indem ihm angemessene und ausreichende Gelegenheit eingeräumt wird, die Glaubwürdigkeit des Zeugen in Frage zu stellen und Fragen an ihn zu richten. Die Möglichkeit des Angeklagten im konkreten Fall, Fragen an die vernehmenden Gendarmeriebeamten zu richten oder auf Antrag den Zeuginnen schriftliche Fragen zu stellen, konnte nach Meinung des EGMR den in Art 6 EMRK garantierten Rechten

¹⁹³ EGMR U 20.11.1989, Kostovski gegen die Niederlande, Nr. 10/1988/154/208, ÖJZ 1990, 312.

¹⁹⁴ EGMR U 27.09.1990, Windisch gegen Österreich, Nr. 25/1989/185/245, ÖJZ 1991, 25.

¹⁹⁵ EGMR U 27.09.1990, Windisch gegen Österreich, Nr. 25/1989/185/245, ÖJZ 1991, 25.

¹⁹⁶ EGMR U 27.09.1990, Windisch gegen Österreich, Nr. 25/1989/185/245, ÖJZ 1991, 25.

¹⁹⁷ EGMR U 27.09.1990, Windisch gegen Österreich, Nr. 25/1989/185/245, ÖJZ 1991, 25.

nicht genügen. Die Geheimhaltung der Identität der Zeuginnen hätten es der Verteidigung unmöglich gemacht, ihre Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit zu überprüfen. Außerdem konnte auch das erkennende Gericht sich keinen Eindruck vom Auftreten der Frauen machen. Somit entsprach der Fall Windisch nicht den Kriterien eines fairen Verfahrens¹⁹⁸.

4.2.2.4 Delta gegen Frankreich¹⁹⁹

Im Fall Delta wurde einem Mädchen in einer U-Bahnstation die Halskette von einem Mann entrissen. Das Opfer und seine bei der Tat ebenfalls anwesende Freundin meldeten den Vorfall unverzüglich der Polizei. Daraufhin verhafteten die Beamten Herrn Delta, der von den Mädchen als Täter identifiziert wurde. Eine Durchsuchung der Kleidung und Wohnung des Beschuldigten blieb ergebnislos. Eine förmliche Gegenüberstellung der Mädchen mit dem mutmaßlichen Täter unterblieb. In der Hauptverhandlung erschienen die Zeuginnen trotz Ladung nicht und auch das Gericht ließ sie nicht vorführen. Der Angeklagte stellte erst in der Berufungsverhandlung den Antrag auf nochmalige Ladung, der aber abgelehnt wurde. Herr Delta wurde zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren wegen Raubes verurteilt²⁰⁰.

In seiner Beschwerde führte Delta aus, dass das Urteil nur auf den Angaben der Zeuginnen gegenüber der Polizei beruhte und er keine Gelegenheit zu ihrer Befragung hatte²⁰¹.

Der EGMR betonte abermals, dass bei mittelbaren Beweisen auf die Verteidigungsrechte des Angeklagten zu achten sei. Im konkreten Fall sind die Zeuginnen nicht vom Gericht, sondern nur von der Polizei vernommen worden. Hierbei hatte der Angeklagte keine Gelegenheit, Fragen zu stellen. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer in erster Instanz keinen Antrag auf neuerliche Ladung der Zeuginnen gestellt hatte, ist nach Meinung des EGMR irrelevant, da das Gericht von sich aus die Mädchen nochmals laden hätte können. Zudem wurde im Berufungsverfahren ein entsprechender Antrag des Angeklagten abgewiesen. Somit kam der EGMR zu dem Schluss, dass Herrn Deltas Verteidigungsrechte beschränkt worden waren, da er keine Gelegenheit hatte, die Zeuginnen zu befragen und ihre Glaubwürdigkeit zu überprüfen²⁰².

¹⁹⁸ EGMR U 27.09.1990, Windisch gegen Österreich, Nr. 25/1989/185/245, ÖJZ 1991, 25.

¹⁹⁹ EGMR U 19.12.1990, Delta gegen Frankreich, Nr. 26/1989/186/246, ÖJZ 1991, 425.

²⁰⁰ EGMR U 19.12.1990, Delta gegen Frankreich, Nr. 26/1989/186/246, ÖJZ 1991, 425.

²⁰¹ EGMR U 19.12.1990, Delta gegen Frankreich, Nr. 26/1989/186/246, ÖJZ 1991, 425.

²⁰² EGMR U 19.12.1990, Delta gegen Frankreich, Nr. 26/1989/186/246, ÖJZ 1991, 425.

4.2.2.5 Asch gegen Österreich²⁰³

Im Fall Asch wurde dem Beschwerdeführer Nötigung und Körperverletzung an seiner Lebensgefährtin angelastet. Die Frau, die im Zuge einer Auseinandersetzung diverse Quetschungen erlitten hatte, zeigte den Vorfall am nächsten Tag bei der Gendarmerie an. Bei der Hauptverhandlung entschlug sie sich der Aussage. Der Richter vernahm daraufhin den Gendarmeriebeamten, der die Aussage der Frau aufgenommen hatte und ließ Aktenstücke, darunter die Vernehmungsniederschrift verlesen. Das Gericht würdigte auch, dass die ärztlichen Ausführungen dem festgestellten Sachverhalt entsprachen. Auf dieser Grundlage wurde Herr Asch zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu 80 Schilling verurteilt²⁰⁴.

In seiner Beschwerde machte Herr Asch geltend, das Urteil sei nur auf die Aussage der Lebensgefährtin bei der Polizei gestützt, sie habe aber nicht vor Gericht dazu Stellung genommen und er hätte nie Gelegenheit gehabt, Fragen an sie zu richten²⁰⁵.

Der EGMR verneinte das Vorliegen eines unfairen Prozesses in diesem Fall insbesondere mit dem Argument, dass das Urteil im Fall Asch eben nicht nur auf der Zeugenaussage beruhte, sondern insbesondere auch die ärztlichen Atteste für die Entscheidung ursächlich waren. Somit wurden die Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass eine Vernehmung der Lebensgefährtin in der Hauptverhandlung wegen der Aussageverweigerung nicht möglich war²⁰⁶.

4.2.2.6 Lüdi gegen Schweiz²⁰⁷

Im Fall Lüdi wurde der Beschwerdeführer durch einen verdeckt ermittelnden Polizeibeamten (V-Mann) der Begehung von Rauschgiftdelikten überführt. In seiner Beschwerde an den EGMR rügte Herr Lüdi einen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 und Abs 3 lit d EMRK. Er sei vor allem auf Grundlage des Berichts des V-Mannes und von ihm aufgezeichneter Telefonate verurteilt worden und habe mangels Einvernahme des Polizisten vor Gericht nie Gelegenheit

²⁰³ EGMR U 26.04.1991, Asch gegen Österreich, Nr. 30/1990/221/283, ÖJZ 1991, 517.

²⁰⁴ EGMR U 26.04.1991, Asch gegen Österreich, Nr. 30/1990/221/283, ÖJZ 1991, 517.

²⁰⁵ EGMR U 26.04.1991, Asch gegen Österreich, Nr. 30/1990/221/283, ÖJZ 1991, 517.

²⁰⁶ EGMR U 26.04.1991, Asch gegen Österreich, Nr. 30/1990/221/283, ÖJZ 1991, 517.

²⁰⁷ EGMR U 25.06.1992, Lüdi gegen Schweiz, Nr. 17/1991/269/340, EuGRZ 1992, 300.

gehabt, Fragen an ihn zu stellen. Zudem habe das Gericht sich auch keine eigene Meinung über die Glaubwürdigkeit des Zeugen bilden können²⁰⁸.

Der EGMR räumte zwar ein, dass im Gegensatz zu den Fällen Kostovski und Windisch der anonyme Zeuge ein beeideter Polizist war, was auch dem Untersuchungsrichter bekannt war. Außerdem hatte der Beschwerdeführer direkten Kontakt zu dem verdeckten Ermittler, wodurch er einen Eindruck von dessen Auftreten erlangen konnte. Dennoch kam der EGMR zum Ergebnis, dass kein faires Verfahren vorlag. Es hätte während der Verhandlung andere Möglichkeiten gegeben, die Anonymität des V-Mannes zu wahren als die Verweigerung einer Ladung, wodurch es dem Beschwerdeführer auch möglich gewesen wäre, Fragen an den Polizisten zu richten und dessen Glaubwürdigkeit zu erschüttern²⁰⁹.

4.2.2.7 Fazit

Der EGMR spricht in diesen Fällen aus, dass nicht alle Beweise unmittelbar vom erkennenden Gericht aufgenommen werden müssen, solange dabei die Verteidigungsrechte des Angeklagten gewahrt werden. Dazu ist es insbesondere erforderlich, dass der Angeklagte Fragen an die Belastungszeugen richten und ihre Glaubwürdigkeit überprüfen kann²¹⁰. Das Geheimhaltungsinteresse der Identität anonymer Zeugen rechtfertigt nicht, dass die Verteidigungsrechte des Angeklagten geschmälert werden. Der Richter muss jedenfalls einen persönlichen Eindruck des Zeugen erhalten²¹¹. Ebenso darf auch die Identität eines V-Mannes nicht durch Verweigerung der Ladung geheim gehalten werden, sondern es muss das Fragerecht des Angeklagten gewährleistet werden²¹². Wird der Zeuge nur von der Polizei vernommen und nicht mehr zu Gericht geladen, muss einem entsprechenden Antrag des Angeklagten Folge gegeben werden bzw. muss das Gericht von Amts wegen den Zeugen laden²¹³. Werden die Verteidigungsrechte des Angeklagten beschnitten, kann aber dennoch ein faires Verfahren vorliegen, wenn entsprechende Kontrollbeweise vorhanden sind²¹⁴.

²⁰⁸ EGMR U 25.06.1992, Lüdi gegen Schweiz, Nr. 17/1991/269/340, EuGRZ 1992, 300.

²⁰⁹ EGMR U 25.06.1992, Lüdi gegen Schweiz, Nr. 17/1991/269/340, EuGRZ 1992, 300.

²¹⁰ EGMR U 24.11.1986, Unterpertinger gegen Österreich, Nr. 1/1985/87/134, EuGRZ 1987, 147.

²¹¹ EGMR U 20.11.1989, Kostovski gegen die Niederlande, Nr. 10/1988/154/208, ÖJZ 1990, 312; EGMR U 27.09.1990, Windisch gegen Österreich, Nr. 25/1989/185/245, ÖJZ 1991, 25.

²¹² EGMR U 25.06.1992, Lüdi gegen Schweiz, Nr. 17/1991/269/340, EuGRZ 1992, 300.

²¹³ EGMR U 19.12.1990, Delta gegen Frankreich, Nr. 26/1989/186/246, ÖJZ 1991, 425.

²¹⁴ EGMR U 26.04.1991, Asch gegen Österreich, Nr. 30/1990/221/283, ÖJZ 1991, 517.

4.3 Verlesung von Protokollen aus dem Ermittlungsverfahren²¹⁵

4.3.1 Beschuldigtenvernehmungen

Protokolle über Aussagen von Beschuldigten können gemäß § 245 Abs 1 StPO dann in der Hauptverhandlung verlesen werden, wenn der nunmehrige Angeklagte die Aussage verweigert oder von seiner früheren Aussage abweicht. Es ist dann auch eine Vorführung von technischen Aufzeichnungen der Beschuldigtenvernehmung zulässig²¹⁶.

4.3.2 Zeugenvernehmungen

4.3.2.1 Beweiserhebungsverbot nach § 252 Abs 1 StPO

Dem Grundsatz der Unmittelbarkeit verpflichtet ist die Regelung des § 252 Abs 1 StPO. Sie schafft ein Beweiserhebungsverbot hinsichtlich der dort genannten Beweismittel. Grundsätzlich ist es nicht zulässig, Protokolle über die Vernehmung von Mitbeschuldigten und Zeugen, Protokolle über Beweisaufnahmen, Amtsvermerke oder andere amtliche Schriftstücke über Aussage von Zeugen und Mitbeschuldigten, Gutachten von Sachverständigen und Ton- und Bildaufnahmen einer Vernehmung von Mitbeschuldigten oder Zeugen zu verlesen oder vorzuführen²¹⁷. Die Regelung dient gleichzeitig auch dem aus Art 6 Abs 3 lit d EMRK erfließenden Fragerecht des Beschuldigten²¹⁸.

Werden entgegen dem Verbot des § 252 Abs 1 StPO Protokolle in der Hauptverhandlung verlesen, führt dies zur Nichtigkeit des Verfahrens gemäß § 281 Abs 1 Z 3 StPO (§ 345 Abs 1 Z 4 StPO)²¹⁹.

Das Beweiserhebungsverbot des § 252 Abs 1 StPO wird durch eine Umgehungsbestimmung in Abs 4 verstärkt. Nach dieser Bestimmung führen auch Umgehungen zur Nichtigkeit. Beispielsweise wäre es nicht zulässig, einen Richter oder Beamten, der einen Zeugen

²¹⁵ vgl. Ratz, Zweifelsfragen beim (eingeschränkten) Verlesungsverbot nach § 252 StPO, ÖJZ 2000, 550.

²¹⁶ Fabrizy, Strafprozessordnung¹⁰ § 245 RN 6; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 205.

²¹⁷ Fabrizy, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 2ff.

²¹⁸ Fabrizy, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 2; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 205.

²¹⁹ Fabrizy, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 2; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 205; OGH/Burgstaller (Anm-JBl) 18.02.2004, 13 Os 153/03, ÖJZ 2004/40, 637 (Hinterhofer) = ÖJZ EvBl 2004/142, 649 = ÖJZ-LSK 2004/141 = JUS St/3613 = JUS St/3614 = RZ 2004, 189 (Köck) = JBl 2004, 594 = JSt 2004/54, 169 = JAP 2004/2005/2, 8 (Tipold) = SSt 2004/12.

vernommen hat, über den Inhalt der früheren Aussage als Zeugen zu vernehmen²²⁰. Keine Umgehung liegt allerdings vor, wenn eine Person, der sich der Zeuge anvertraut hat, über den Inhalt des Gesprächs vernommen wird²²¹.

4.3.2.2 Ausnahmen vom Beweiserhebungsverbot

Eine Verlesung eines Zeugenprotokolls ist nach § 252 Abs 1 Z 1 - 4 StPO in folgenden Fällen zulässig:

- Vernehmungsprotokolle eines Zeugen können wegen Verhinderung des persönlichen Erscheinens verlesen werden. Darunter ist der Tod, schwere Krankheit²²² (nicht bei bloß vorübergehender Erkrankung) oder Gebrechlichkeit des Zeugen, sowie dauernder Aufenthalt im Ausland zu verstehen. Auch andere erhebliche Gründe, die dem Erscheinen des Zeugen bei Gericht im Wege stehen, können zur Verlesung führen, etwa wenn die Adresse unbekannt und auch nicht durch die Polizei ermittelt werden kann²²³. Nach der Judikatur kann eine Verlesung auch bei zu erwartender fortdauernder psychischer Schädigung eines Zeugen, etwa bei Sexualopfern, vorgenommen werden²²⁴. Letztlich bleibt es der Abwägung im Einzelfall überlassen, was einen ausreichend erheblichen Grund darstellt. Als Faustregel gilt, je wichtiger die Zeugenaussage ist und je gravierender der Anklagevorwurf ist, desto restriktiver müssen die Verlesungsvoraussetzungen eingesetzt werden²²⁵. Bei nur vorübergehenden Hindernissen ist die Hauptverhandlung zu vertagen²²⁶.
- Nach § 252 Abs 1 Z 2 StPO sind Protokolle über Zeugenaussagen auch zu verlesen, wenn der Zeuge von seiner früheren Aussage abweicht. Das trifft auch auf den Fall zu, dass der Zeuge aussagt, er könne sich nicht mehr an den Vorfall erinnern²²⁷. Die

²²⁰ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 26; JAB 1157 BlgNR 18. GP 16; OGH 10.08.1994, 13 Os 118/94, ÖJZ EvBl 1994/181 = ÖJZ-LSK 1995/22 = RZ 1995/13 = JUS St/1579 = SSt 62/22.

²²¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 26; OGH 10.08.1994, 13 Os 118/94, ÖJZ EvBl 1994/181 = ÖJZ-LSK 1995/22 = RZ 1995/13 = JUS St/1579 = SSt 62/22.

²²² *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 11; OGH 02.10.2001, 11 Os 95/01, ÖJZ-LSK 2002/39/40 = ÖJZ EvBl 2002/49, 194 = RZ 2002/18, 141 = JUS St/3129 = AnwBl 2002, 512 (Birklbauer).

²²³ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 12; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 205; OGH 08.08.2007, 15 Os 57/07g, ÖJZ EvBl 2008/7, 31 = JBl 2008, 267 = AnwBl 2008, 387 = RZ 2008/EÜ 223/224/225, 190 = JUS St/4094 = JUS St/4095 = JUS St/4096 = SSt 2007/55 = AnwBl 2009, 255; OGH 09.07.1996, 11 Os 66/96, ÖJZ EvBl 1996/127 = JUS St/2127.

²²⁴ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 13; OGH 06.04.1999, 14 Os 17/99, ÖJZ-LSK 1999/178 = JUS St/2681 = ÖJZ EvBl 1999/164 = JBl 2000, 533; OGH 02.10.2001, 11 Os 95/01, ÖJZ-LSK 2002/39/40 = ÖJZ EvBl 2002/49, 194 = RZ 2002/18, 141 = JUS St/3129 = AnwBl 2002, 512 (Birklbauer).

²²⁵ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 11;.

²²⁶ *Kirchbacher* in WK-StPO § 252 RN 69; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 206.

²²⁷ *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 206.

Verlesung wird in der Praxis auch als Vorhalt der Aussage bezeichnet²²⁸. Es ist hier darauf zu achten, dass keine scheinbar unmittelbare Aussage zustande kommt, indem dem Zeugen die frühere Aussage vorgelesen wird, damit er sich besser erinnern kann. In Wahrheit liegt dann, selbst wenn er seine frühere Aussage als richtig bezeichnet, nur eine mittelbare Aussage vor²²⁹. Nach der Judikatur ist eine Verlesung einer Zeugenaussage auch dann möglich, wenn der Zeuge sich auf seine frühere Aussage beruft²³⁰.

- § 252 Abs 1 Z 2a StPO lässt die Verlesung von Protokollen bei berechtigter Aussageverweigerung des Zeugen zu. Allerdings müssen hierzu einige Voraussetzungen erfüllt sein. Die Entschlagung muss zunächst berechtigt sein, es muss mit anderen Worten ein Entschlagungsrecht nach §§ 156ff StPO vorliegen²³¹. Es muss sich außerdem um eine gerichtliche Vernehmung gehandelt haben und es muss der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten die Gelegenheit gegeben worden sein, sich an der Vernehmung zu beteiligen²³². Typischerweise erfüllt die kontradiktorische Vernehmung diese Kriterien²³³. Allerdings kann die frühere Aussage auch aus einer vorangegangenen Hauptverhandlung stammen, da auch hier die Parteien ihre Beteiligungsrechte wahrnehmen konnten. Allgemein gesagt ist es nicht weiter von Bedeutung, "in welchem gerichtlichen Verfahren, in welchem Verfahrensstadium und bei welcher Verdachtslage die Aussage stattgefunden hat."²³⁴
- Nach § 252 Abs 1 Z 3 StPO ist eine Verlesung bei unberechtigter Aussageverweigerung eines Zeugen oder Mitangeklagten möglich. Ob eine Entschlagung berechtigt war, hängt von der Entscheidung des Gerichts über das Vorliegen des Entschlagungsgrundes ab²³⁵.
- Schließlich ist es nach § 252 Abs 1 Z 4 StPO möglich, dass der Ankläger und der Angeklagte sich mit der Verlesung einverstanden erklären. Dabei reicht ein widerspruchsloses Hinnehmen einer gesetzwidrigen Vernehmung nicht für eine

²²⁸ Kirchbacher in WK-StPO § 252 RN 68.

²²⁹ S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 206.

²³⁰ OGH 27.05.1997, 11 Os 9/97, ÖJZ-LSK 1997/250 = ÖJZ EvBl 1997/206 = JUS St/2407 = SSt 62/134; OGH 29.04.1997, 11 Os 197/96, JUS St/2374 = RZ 1998/15 = SSt 62/132.

²³¹ Kirchbacher in WK-StPO § 252 RN 72; OGH 24.08.2004, 11 Os 39/04; OGH 12.11.2002, 14 Os 121/02, ÖJZ-LSK 2003/68/69 = JUS St/3337 = JUS St/3340 = SSt 64/78.

²³² OGH 10.08.2000, 15 Os 84/00, JUS St/2933 = ÖJZ EvBl 2001/15, 69.

²³³ Kirchbacher in WK-StPO § 252 RN 77.

²³⁴ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 17; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 206; OGH 15.09.1998, 14 Os 100/98, JUS St/2589 = JUS St/2590 = ÖJZ EvBl 1999/45 = SSt 63/27; OGH 06.10.2009, 14 Os 75/09z, 96/09p, 97/09k, ÖJZ EvBl 2009/162, 1073.

²³⁵ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 18f; S. Seiler, Strafprozessrecht¹⁰ 206; OGH 30.03.2005, 13 Os 8/05h, JUS St/3785 = SSt 2005/27.

konkludente Einverständniserklärung aus. Die Einwilligung muss sich zweifelsfrei aus Anhaltspunkten in den Akten ergeben und ein Angeklagter, der keinen Anwalt hat, muss darüber belehrt worden sein²³⁶. Erscheint der Angeklagte nicht zur Hauptverhandlung, erklärt er damit nicht konkludent, dass er mit einer Verlesung von Zeugenprotokollen über den Rahmen des § 252 Abs 1 StPO hinaus einverstanden ist²³⁷.

²³⁶ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 20; OGH 11.06.1996, 14 Os 15/96, 16/96, ÖJZ EvBl 1996/119 = JBl 1997, 800 = JUS St/2120.

²³⁷ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 20; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 207; OGH 10.01.2006, 11 Os 130/05k, ÖJZ-LSK 2006/68 = ÖJZ EvBl 2006/54, 293 = ZVR 2006/127, 379 = JUS St/3865 = SSSt 2006/3; OGH 22.01.2007, 15 Os 126/06b, 15 Os 127/06z, ÖJZ EvBl 2007/72, 379 = JSt 2007/25, 102 = RZ 2007/EÜ 289, 176 = RZ 2007/23, 259 = RZ 2007/23, 259 JUS St/3993 = SSSt 2007/2; OGH 07.11.2002, 12 Os 91/02, JUS St/3302 = ÖJZ EvBl 2003/52, 234 = ÖJZ-LSK 2003/43 = SSSt 64/71.

5 Die Verteidigungsrechte des Beschuldigten

5.1 Einführung

Die kontradiktorische Vernehmung wurde durch das StPÄG 1993 vornehmlich aus Gründen des Opferschutzes eingeführt. In den Erläuterungen lässt sich dieser Trend deutlich nachvollziehen, da bereits in der Einleitung von der "Schaffung von Zeugenschutzbestimmungen" die Rede ist²³⁸. Entschlagungsberechtigte Zeugen, insbesondere Angehörige des Beschuldigten oder unmündige Zeugen, sollen im gesamten Verfahren nur mehr eine einzige Aussage ablegen müssen. Diese kann durch Verlesung in der Hauptverhandlung verwertet werden²³⁹.

Die Erläuterungen verlangen jedoch, dass die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht beschnitten werden dürfen²⁴⁰. Obwohl bei der Einführung der kontradiktorischen Vernehmung in das österreichische Strafprozessrecht dieser Grundsatz sogar zur Rechtfertigung der neuen Regelung herangezogen wurde, gibt es bis heute in diesem Bereich von der Literatur kritisierte Defizite, die im Folgenden erörtert werden sollen.

5.2 Einzelprobleme hinsichtlich der Verteidigungsrechte des Beschuldigten bei der kontradiktorischen Vernehmung nach geltender Rechtslage

5.2.1 Notwendige Verteidigung bei der kontradiktorischen Vernehmung

5.2.1.1 Die notwendige Verteidigung nach geltender Rechtslage

Wie schon erwähnt, ist nach aktueller Rechtslage für den Bereich der kontradiktorischen Vernehmung keine notwendige Verteidigung vorgesehen²⁴¹. Lediglich in einzelnen Fällen

²³⁸ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 12.

²³⁹ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 31.

²⁴⁰ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32.

²⁴¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2; *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 13; *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 139; OGH 27.06.2001, 13 Os 36/01, JUS

muss der Beschuldigte für das gesamte Verfahren einen Verteidiger haben, somit auch im Ermittlungsverfahren. Dies ist zum einen nach § 39 Abs 1 JGG im Verfahren vor den Landesgerichten bei Jugendstraftaten (Nach Abs 2 ist ein Verteidiger für das gesamte Verfahren vor dem Bezirksgericht zwingend, wenn kein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist oder dieser trotz Ladung nicht erscheint, oder wenn dies sonst im Interesse der Rechtspflege notwendig oder zweckmäßig ist.), zum anderen nach § 61 Abs 1 Z 1 und 2 StPO, wenn und solange der Beschuldigte in Haft ist oder in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher gemäß § 21 StGB eingewiesen werden soll, der Fall²⁴².

Eine generell angeordnete Verteidigung bei der kontradiktorischen Vernehmung wurde aufgrund der Forderungen in der Literatur bereits in einen Gesetzesentwurf aufgenommen, nämlich in die Regierungsvorlage zum Strafrechtsänderungsgesetz 2003²⁴³. Vom Justizausschuss wurde dazu allerdings die Ansicht vertreten, dass die notwendige Verteidigung bei der kontradiktorischen Vernehmung im Rahmen des Strafprozessreformgesetzes erörtert werden sollte²⁴⁴. Dort fand die Diskussion jedoch keine Fortsetzung²⁴⁵.

Mangels Festschreibung im Gesetz vertritt auch der OGH in ständiger Rechtsprechung die Meinung, dass außerhalb des genannten Bereiches eine kontradiktorische Vernehmung in Abwesenheit eines Verteidigers rechtens sei und vor allem keine Nichtigkeit begründe²⁴⁶. Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1a StPO ist nach der Rechtsprechung nur bei einer ohne Verteidiger durchgeführten Hauptverhandlung mit Verteidigerzwang anwendbar²⁴⁷.

Auf die Frage, ob in der Praxis der Beschuldigte bei kontradiktorischen Vernehmungen regelmäßig durch einen Anwalt vertreten ist, wurde überwiegend geantwortet, dass dies mittlerweile fast immer der Fall sei. In den Fällen, in welchen nach dem Gesetz Verteidigerzwang für das gesamte Verfahren besteht, werde dies auch vom Gericht überprüft.

St/3095 = JBl 2002, 129 = JUS St/3108; OGH 21.07.1999, 13 Os 96/99; OGH 21.09.2006, 12 Os 72/06i; OGH 28.06.1995, 13 Os 70/95, ÖJZ-LSK 1996/22.

²⁴² Achammer in WK-StPO § 61 RN 6ff; Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ 179f; Fabrizy, Strafprozessordnung¹⁰ § 61 RN 2; Kirchbacher in WK-StPO § 165 RN 13.

²⁴³ 294 BlgNR 22. GP 1, 30; Schwaighofer, Notwendige Verteidigung bei kontradiktorischen Vernehmungen? AnwBl 2005, 456 (457); Stockart-Bernkopf, Strafrechtsänderungsgesetz 2003, ÖA 2003, 167.

²⁴⁴ 379 BlgNR 22. GP 4.

²⁴⁵ Schwaighofer, AnwBl 2005, 456 (457).

²⁴⁶ OGH 19.02.2009, 12 Os 178/08f

²⁴⁷ OGH 19.02.2009, 12 Os 178/08f

Nach Ansicht von Richter Mag. Stefan Koller ziehe der Beschuldigte auch deshalb regelmäßig einen Verteidiger bei, da er über die Bedeutung eines Anwalts und über die Möglichkeit der Verfahrenshilfe belehrt werde.

Dies wird auch von Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer vertreten, mit dem Hinweis auf die neuere Rechtsprechung des OGH, nach der der Beschuldigte über die Wichtigkeit der Verteidigung bei der kontradiktorischen Vernehmung belehrt werden muss.

Für Rechtsanwalt Dr. Gerald Ruhri ist die Zahl der nicht vertretenen Beschuldigten bei kontradiktorischen Vernehmungen nicht einschätzbar. Er vertritt die Ansicht, dass der Beschuldigte bereits nach geltender Rechtslage in Verfahren, in denen bei der Hauptverhandlung die Verteidigung durch einen Rechtsanwalt obligatorisch ist, auch bei einer im Ermittlungsverfahren durchgeführten kontradiktorischen Vernehmung vertreten sein müsse. Dies sei deshalb der Fall, weil diese einen vorgezogenen Teil der Hauptverhandlung darstelle, somit eher der Hauptverhandlung als dem Ermittlungsverfahren zuzuordnen sei. Dementsprechend sei in so einem Fall der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1a StPO zu diskutieren, nach dem das Verfahren dann nichtig ist, wenn der Angeklagte nicht während der ganzen Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten war, obwohl dies zwingend vorgeschrieben war.

Im Gegensatz zum Ermittlungsverfahren ist der Anwendungsbereich der notwendigen Verteidigung in der Hauptverhandlung weiter. So muss der Angeklagte gemäß § 61 Abs 1 Z 3 StPO einen Verteidiger haben, wenn er in eine Anstalt nach § 22 StGB (Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher) oder in eine solche nach § 23 StGB (Anstalt für gefährliche Rückfallstäter) eingewiesen werden soll²⁴⁸. Darüber hinaus besteht Verteidigungspflicht gemäß § 61 Abs 1 Z 4 StPO in der Hauptverhandlung vor dem Geschworenen- oder Schöffengericht und gemäß § 61 Abs 1 Z 5 StPO in der Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter am Landesgericht, sofern die Tat mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht ist. Ausgenommen davon sind die Delikte nach §§ 129 Z 1 bis 3 und 164 Abs 4 StGB²⁴⁹.

²⁴⁸ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 61 RN 2; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 73.

²⁴⁹ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁴ 45f; *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 61 RN 2; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 74.

Daraus folgt, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung insbesondere bei Sexualdelikten einen Verteidiger beiziehen muss. Dies ergibt sich aus § 61 Abs 1 Z 4 StPO iVm den Zuständigkeitsbestimmungen. Gemäß § 31 Abs 3 Z 4 StPO ist etwa das Landesgericht als Schöffengericht zuständig für das Hauptverfahren wegen der Verbrechen der geschlechtlichen Nötigung nach § 202 StGB, des sexuellen Missbrauchs einer wehrlosen Person nach § 205 StGB und des sexuellen Missbrauchs von Unmündigen nach § 207 StGB²⁵⁰. Über die Generalklausel nach § 31 Abs 3 Z 1 StPO fällt auch die Vergewaltigung nach § 201 StGB in die Zuständigkeit des Schöffengerichts²⁵¹.

5.2.1.2 Verhalten des Beschuldigten ohne Verteidiger

Da gerade bei Sexualdelikten häufig eine kontradiktorische Vernehmung durchgeführt wird, ergibt sich im Zusammenwirken mit den Bestimmungen über die Aussagebefreiung nach § 156 Abs 1 Z 2 StPO und über die Verlesung des Protokolls über die Aussage des Opfers gemäß § 252 Abs 1 Z 2a StPO die Situation, dass das Opfer im gesamten Verfahren nur eine Aussage tätigt²⁵². Erklärt es bei einer kontradiktorischen Vernehmung, dass es in der Hauptverhandlung nicht mehr aussagen möchte, wird es auch nicht mehr zur Hauptverhandlung geladen²⁵³. Andere Beweise gibt es bei Sexualdelikten in der Regel nicht, sodass der Aussage des Opfers als meist einzigem Belastungs- und Beweismaterial überragende Bedeutung zukommt²⁵⁴.

Dem Beschuldigten ist zwar bei der kontradiktorischen Vernehmung nach § 165 Abs 2 StPO Gelegenheit zur Beteiligung zu gewähren, wenn er aber nicht zum Termin erscheint oder zu diesem keine Fragen an den Zeugen stellt, hat er seine Verteidigungsrechte aufgegeben²⁵⁵. Bei der Befragung des Zeugen kommt es zudem darauf an, wie die Fragen gestellt werden. Der Beschuldigte ist im Regelfall juristischer Laie. Er ist deshalb nicht in der Lage, seine Verteidigungsrechte optimal wahrzunehmen²⁵⁶. Es ist eine gezielte Vorbereitung auf die Vernehmung notwendig, und es müssen viele Facetten bei der taktischen Platzierung der

²⁵⁰ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 31 RN 5; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 44f.

²⁵¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 31 RN 5; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 44f.

²⁵² ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32; *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 3; *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 4;

²⁵³ *Bartl*, Defizite des Grundrechtsschutzes in Strafverfahren, JSt 2007, 45; *Birklbauer*, Anforderungen an eine kontradiktorische Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung, AnwBl 2002, 512; *Schwaighofer*, AnwBl 2005, 456; OGH 24.08.2004, 11 Os 39/04; OGH 13.01.2005, 15 Os 146/04.

²⁵⁴ ErläutRV 294 BlgNR 22. GP 30; *Schwaighofer*, AnwBl 2005, 456.

²⁵⁵ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2; OGH 13.05.1997, 14 Os 58/97, ÖJZ-LSK 1997/225 = JUS St/2322.

²⁵⁶ *Schwaighofer*, AnwBl 2005, 456.

Fragen und Vorhalte beachtet werden. Der Beschuldigte kann ohne Fachwissen schwerlich wissen, wo er gezielt nachfragen, wie er Widersprüche in der Aussage des Zeugen ersichtlich machen und wie er die Glaubwürdigkeit des Zeugen am besten auf die Probe stellen soll²⁵⁷. Es ist ebenfalls zu bedenken, dass die Situation bei der kontradiktorischen Vernehmung für den Beschuldigten auch belastend ist, da meist hohe Freiheitsstrafen zu erwarten sind. In dieser Situation ist es nicht zumutbar, dass jemand als juristischer Laie einen klaren Kopf behält und sein Fragerecht ohne Beistand vernünftig ausübt²⁵⁸.

In der Praxis gehen die Meinungen über das Verhalten eines unvertretenen Beschuldigten bei einer kontradiktorischen Vernehmung auseinander.

Rechtsanwalt Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer gibt an, dass der Beschuldigte von sich aus keine Fragen an den Zeugen stelle, da er dazu gar nicht in der Lage sei. Er versuche vielmehr, Erklärungen zur Aussage abzugeben oder sie zu kommentieren. Solche Äußerungen werden vom Richter mit dem Hinweis zurückgewiesen, dass sie keine Fragen darstellen.

Rechtsanwalt Dr. Gerald Ruhri führt dazu aus, dass der Beschuldigte nicht in der Lage sei, die Tragweite der Vernehmung zu erkennen. Er nehme von sich aus zuvor keine Akteneinsicht bzw. wisse gar nicht, dass er das Recht dazu habe und traue sich nicht, danach zu fragen. Bei der Vernehmung sei er überfordert und stelle keine Fragen. Zudem sei für die Vorbereitung auf eine kontradiktorische Vernehmung ein großer Arbeitsaufwand nötig. In seiner Kanzlei werde vor jeder Vernehmung ein Katalog von Fragen, die an den Zeugen zu stellen sind, ausgearbeitet. Dieser Fragenkatalog müsse während der kontradiktorischen Vernehmung laufend aktualisiert werden, indem schon gestellte Fragen gestrichen und neu auftauchende Probleme thematisiert werden.

Richter Mag. Stefan Koller beschreibt das Verhalten eines nicht durch einen Anwalt vertretenen Beschuldigten bei der kontradiktorischen Vernehmung als eher passiv. Wenn er Fragen stelle, seien diese meist irrelevant, weil er als Laie andere Dinge für wichtig erachte.

²⁵⁷ Schwaighofer, AnwBl 2005, 456.

²⁵⁸ Schwaighofer, AnwBl 2005, 456.

Nach Ansicht von DDr. Konrad Kmetec von der Staatsanwaltschaft Graz verhalte sich ein nicht vertretener Beschuldigter bei einer kontradiktorischen Vernehmung nicht erheblich anders, als wenn ein Anwalt anwesend sei. Meist stelle ohnehin der Richter bei der Vernehmung alle erforderlichen Fragen an den Zeugen nach allen Richtungen hin. Zudem seien die Verteidigungsrechte des Beschuldigten durch die richterliche Anleitungspflicht gewahrt.

Der Beschuldigte stelle durchaus auch selbständig Fragen, die naturgemäß von denen eines Anwalts abweichen. Dieses Defizit werde aber durch die Leitung des Richters ausgeglichen. Es komme allerdings auch häufig vor, dass der Beschuldigte versucht zu argumentieren, anstatt Fragen an den Zeugen zu richten.

5.2.1.3 Die richterliche Anleitungspflicht

§ 6 Abs 2 StPO normiert eine Belehrungspflicht für Staatsanwaltschaft, Kriminalpolizei und Gericht. Sie müssen den Beschuldigten bzw. Angeklagten über seine, in der aktuellen Verfahrenssituation bestehenden, Rechte informieren. Diese Manuduktionspflicht erfasst etwa eine Belehrung darüber, dass es dem Beschuldigten erlaubt ist, Beweisanträge zu stellen. Darüber hinaus muss aber das Gericht den Beschuldigten auch dahingehend leiten, wie er die konkrete Verfahrenshandlung auszuführen hat²⁵⁹.

Die Anleitungspflicht trifft das Gericht nach der Judikatur auch gegenüber anderen Verfahrensbeteiligten, etwa Verurteilte, Privatankläger, Privatbeteiligte, Sachverständige und Zeugen²⁶⁰. Im Rahmen seiner Belehrung muss das Gericht aber nicht mit dem Angeklagten entlastende Beweise erarbeiten. Es hat ihn aber auf sein Beweisantragsrecht hinzuweisen²⁶¹.

5.2.1.4 Beigebung eines Verfahrenshilfeverteidigers

Die Voraussetzungen für die Beigabe eines Verfahrenshilfeverteidigers sind in § 61 Abs 2 StPO geregelt. Der Beschuldigte muss zunächst außer Stande sein, die gesamten Verteidigerkosten zu tragen. Dabei muss ihm und seiner Familie der nötige Unterhalt zu einer

²⁵⁹ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁴ 14.

²⁶⁰ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 6 RN 5.

²⁶¹ Fabrizio, Strafprozessordnung¹⁰ § 6 RN 5.

einfachen Lebensführung erhalten bleiben²⁶². Zusätzlich muss die Verfahrenshilfe im Interesse der Rechtspflege notwendig sein. Dies ist in den Fällen der § 61 Abs 2 Z 1 bis 4 StPO jedenfalls der Fall, sodass sich hier die Prüfung des Gerichts auf die finanzielle Situation des Beschuldigten beschränkt²⁶³:

- Nach Z 1 muss ein Verfahrenshilfeverteidiger in den Fällen notwendiger Verteidigung nach § 61 Abs 1 StPO beigegeben werden.
- Z 2 schützt blinde, gehörlose, stumme, behinderte und der Gerichtssprache nicht mächtige Beschuldigte.
- Z 3 ordnet Verfahrenshilfe generell für das Berufungsverfahren an.
- Z 4 gewährt einen Verfahrenshelfer bei schwieriger Sach- oder Rechtslage.

Für eine Verfahrenshilfe bei der kontradiktorischen Vernehmung kommt von genannten Bestimmungen, es sei denn, der Beschuldigte fällt unter Z 2, nur die Beigabe bei schwieriger Sach- und Rechtslage nach Z 4 in Frage. Die Lehre ist bei der Annahme einer schwierigen Situation für den Beschuldigten großzügig. Wenn der Beschuldigte Fragen an einen Belastungszeugen zu richten hat und das nur bei einer einzigen Gelegenheit tun kann, stellt dies nach Meinung *Schwaighofers* allgemein eine für ihn schwierige Lage dar, da das Beweisverfahren als dynamischer Prozess für den Beschuldigten nicht überblicken lässt²⁶⁴. Bei Sexualdelikten ist seiner Meinung nach eine schwierige Sachlage für den Beschuldigten regelmäßig gegeben, da bei der kontradiktorischen das Verfahren in praxi schon entschieden wird. *Schwaighofer* plädiert daher dafür, regelmäßig einen Verfahrenshelfer bei kontradiktorischen Vernehmungen beizugeben, um ein faires Verfahren zu gewährleisten²⁶⁵.

Die Judikatur nimmt dagegen höhere Voraussetzungen für das Vorliegen einer schwierigen Sach- und Rechtslage iSd § 61 Abs 2 Z 4 StPO an²⁶⁶. Ob eine solche vorliegt, hat das Gericht im Einzelfall zu entscheiden²⁶⁷. Beispielsweise kann ein solcher Fall bei komplizierten Beweisaufnahmen unter Zuziehung von Sachverständigen auftreten. Ebenso wird in bestimmten Verfahrensabschnitten die Schwierigkeit der Lage anerkannt, etwa bei einer

²⁶² *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 61 RN 8; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 74.

²⁶³ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 61 RN 9; OGH 08.08.1990, 11 Os 86/90, ÖJZ NRsp 1990/224 = ÖJZ EvBl 1991/22.

²⁶⁴ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235.

²⁶⁵ *Schwaighofer*, AnwBl 2005, 456; *ders.* ÖJZ 2006, 235.

²⁶⁶ OGH 22.06.1995, 15 Os 79/95.

²⁶⁷ *Achammer* in WK-StPO § 61 RN 45; OGH 14.05.2003, 13 Os 46/03.

Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes iSd § 23 StPO oder einer Wiederaufnahme gemäß § 352 StPO²⁶⁸.

5.2.1.5 Belehrung des Beschuldigten über die Bedeutung eines Verteidigers

Da bei der kontradiktorischen Vernehmung nur in wenigen Konstellationen ein Verteidiger nach dem Gesetz zugezogen werden muss, hängt es vom Beschuldigten ab, ob er sich einen Anwalt nimmt. Auch der Verfahrenshilfeverteidiger wird ihm nur auf Antrag beigegeben²⁶⁹. Daher kam es mitunter häufig vor, dass der Beschuldigte keinen Verteidiger beantragte, weil ihm dessen Wichtigkeit gar nicht bewusst war. Dies war auch auf die mangelnde Belehrung in der Ladung zurückzuführen²⁷⁰.

Der OGH hat sich dieser Problematik in seiner jüngeren Judikatur angenommen und ausgesprochen, dass eine rechtzeitige, ausdrückliche und verständliche Belehrung über die Bedeutung der Beiziehung eines Verteidigers zur kontradiktorischen Vernehmung und über die Möglichkeit und die Voraussetzungen der Verfahrenshilfe zu erfolgen haben. Wird diese Belehrung unterlassen, kann dies als Nichtigkeit iSd § 281 Abs 1 Z 4 StPO geltend gemacht werden. Allerdings schränkt das Höchstgericht den Anwendungsbereich dieser Judikatur auf Verfahren ein, in denen Verteidigerzwang in der Hauptverhandlung nach § 61 Abs 1 Z 4 oder 5 StPO besteht und in denen das Beweisverfahren schon durch die kontradiktorische Vernehmung vorweggenommen wird²⁷¹.

Auf die Frage, ob es eine gesetzlich festgeschriebene generelle Verteidigerpflicht bei der kontradiktorischen Vernehmung, zumindest auch in den Bereichen, in denen bei der Hauptverhandlung die Vertretung durch einen Rechtsanwalt geboten ist, geben sollte, wurde von den befragten Personen unterschiedlich geantwortet.

Rechtsanwalt Univ.Prof. Dr. Richard Soyer hält eine gesetzliche Festschreibung der Verteidigerpflicht für wünschenswert. Der Beschuldigte sei alleine unfähig, bei der kontradiktorischen Vernehmung richtig zu agieren.

²⁶⁸ Achammer in WK-StPO § 61 RN 45.

²⁶⁹ Achammer in WK-StPO § 61 RN 46; Fabrizy, Strafprozessordnung¹⁰ § 61 RN 10.

²⁷⁰ Schwaighofer, AnwBl 2005, 456.

²⁷¹ OGH 04.03.2010, 13 Os 150/09x, ÖJZ EvBl 2010/63, 420; OGH 06.10.2009, 14 Os 75/09z, 96/09p, 97/09k, ÖJZ EvBl 2009/162, 1073.

Rechtsanwalt Dr. Gerald Ruhri sieht in der Normierung einer generellen Anwaltpflicht bei der kontradiktorischen Vernehmung einen wesentlichen Punkt für die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten, da es ein für den Ausgang des Prozesses wichtiges Verfahrensstadium sei.

Dagegen könne nach Ansicht von Richter Mag. Stefan Koller der Beschuldigte selbst die Wichtigkeit der Situation einschätzen. Er sei deshalb auch in der Lage, selbst zu entscheiden, ob er einen Verteidiger beiziehen will. Außerdem werde bei jeder kontradiktorischen Vernehmung die Befragung vom Richter sorgfältig nach allen Richtungen hin vorgenommen, sodass kein Nachteil für den unvertretenen Beschuldigten zu befürchten sei. Es sei deshalb keine gesetzliche Normierung einer generellen Verteidigerpflicht notwendig.

Auch Staatsanwalt DDr. Konrad Kmetic ist der Ansicht, dass die Verteidigungsrechte des Beschuldigten durch die Anleitung des Richters ausreichend gewahrt werden. Der Richter beleuchte die Aussage des Zeugen von sich aus nach allen Seiten, weil er zur Objektivität verpflichtet sei. Es werden dem Zeugen Vorhalte gemacht und er werde mit anderen Beweisen konfrontiert. Auch die Staatsanwaltschaft sei zur Objektivität verpflichtet. Deshalb sei nach der geltenden Rechtslage kein gravierendes Defizit für die Verteidigungsrechte des Beschuldigten auszumachen. Gerade bei Sexualdelikten, bei denen es nur einen Belastungszeugen gibt, sei zwar die Vertretung durch einen Anwalt wichtig, eine gesetzliche Festschreibung eines generellen Verteidigergebots sei aber nicht nötig. Ein Argument für eine zwingende Beiziehung eines Rechtsanwalts könne allenfalls in der Arbeitserleichterung für den Richter gesehen werden, da er sich die Anleitung erspare.

5.2.2 Anforderungen an die Gelegenheit zur Teilnahme als Verlesungsvoraussetzung

Sowohl die Bestimmung des § 165 StPO über die kontradiktorische Vernehmung, als auch § 252 StPO, der die Verlesung von Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung regelt, fordern, dass der Beschuldigte bzw. Angeklagte Gelegenheit haben muss, sich an der Vernehmung des

Zeugen zu beteiligen²⁷². Unter welchen Voraussetzungen eine ausreichende Gelegenheit zur Teilnahme gewährleistet ist, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen²⁷³.

5.2.2.1 Verlesungsvoraussetzungen nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO

Um eine Verlesung nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO in der Hauptverhandlung vornehmen zu können, muss die Aussage des Zeugen in einer gerichtlichen Vernehmung abgegeben worden sein. Dabei spielt es aber nach der Judikatur keine Rolle, in welcher Situation diese stattgefunden hat, ob es sich um eine kontradiktorische Vernehmung im Ermittlungsverfahren oder eine Vernehmung in einer früheren Hauptverhandlung gegen denselben Angeklagten handelt²⁷⁴. Auch eine schonende Vernehmung iSd § 165 Abs 3 StPO, die unter Einsatz technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung stattfindet, ist ausreichend, wenn dabei für den Beschuldigten oder dessen Verteidiger die Möglichkeit bestand, Fragen an den Zeugen zu richten. Allerdings muss eine Vernehmung stattgefunden haben. Sagt der Zeuge bei der kontradiktorischen Vernehmung nicht aus, kommt unabhängig von der Berechtigung dazu keine Vernehmung zustande. Daraus folgt, dass den Parteien keine Gelegenheit zur Beteiligung offenstand und eine Verlesung aus diesem Grund ausscheidet²⁷⁵.

5.2.2.2 Beiziehung des Verteidigers als Verlesungsvoraussetzung

§ 252 Abs 1 Z 2a StPO verlangt für eine rechtmäßige Verlesung, dass die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte Gelegenheit zur Beteiligung an der Zeugenvernehmung hatten. *Schwaighofer* vertritt die Ansicht, dass auch der Verteidiger der Vernehmung zuzuziehen sei, sofern der Beschuldigte einen solchen hat²⁷⁶. Dies ergebe sich einerseits aus dem Verweis von § 252 Abs 1 Z 2a StPO auf § 165 StPO, in dem das Gesetz dem Beschuldigten, dem Opfer, dem Privatbeteiligten und deren Vertretern das Beteiligungsrecht einräumt²⁷⁷. Andererseits argumentiert er, dass gemäß § 57 Abs 2 StPO die Rechte des Beschuldigten durch Beiziehung eines Verteidigers auf diesen erweitert werden²⁷⁸. Dementsprechend müsse, wenn der

²⁷² *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2, § 252 RN 17.

²⁷³ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2.

²⁷⁴ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 17; *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (236); OGH 09.07.1997, 13 Os 156/96, OGH 04.12.2002, 13 Os 121/02, JUS St/3341 = SSt 64/85; OGH 15.09.1998, 14 Os 100/98, JUS St/2589 = JUS St/2590 = ÖJZ EvBl 1999/45 = SSt 63/27.

²⁷⁵ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (236).

²⁷⁶ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (236).

²⁷⁷ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2.

²⁷⁸ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 57 RN 8; *Pilnacek/Pleischl* Das neue Vorverfahren 43.

Beschuldigte schon einen Verteidiger hat, auch dieser zur kontradiktorischen Vernehmung geladen werden und auch ihm ist Gelegenheit zur Beteiligung zu gewähren²⁷⁹.

5.2.2.3 Ladung des Beschuldigten trotz Verständigung des Verteidigers

Kritisiert wird der Standpunkt des OGH, dass bei Verständigung und Anwesenheit des Verteidigers nicht auch der Beschuldigte von Amts wegen zur kontradiktorischen Vernehmung geladen werden muss²⁸⁰. Nach Ansicht des Höchstgerichts sei dem Gesetz nicht zu entnehmen, in welcher Form die Gelegenheit zur Beteiligung gewährt werden muss. Die Verständigung des Verteidigers sei ausreichend, da dieser die Ladung des Beschuldigten zur kontradiktorischen Vernehmung beantragen kann und das Gericht einem solchen Antrag Folge leisten muss²⁸¹. In der Literatur wird entgegen dieser Meinung argumentiert, dass das Gericht die Möglichkeit zur Beteiligung an einer kontradiktorischen Vernehmung von Amts wegen sicher stellen müsse²⁸². Demzufolge sei es nicht haltbar, die Beiziehung des Beschuldigten, um dessen Verfahren es sich handelt, von einem Antrag des Verteidigers abhängig zu machen. Im Falle eines solchen Vorgehens könne nicht mehr von einem fairen Verfahren gesprochen werden²⁸³. Der Ansicht *Schwaighofers* zur Folge würde dem Beschuldigten dann keine ausreichende Gelegenheit zur Beteiligung gegeben, sodass eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO nicht erfolgen könne²⁸⁴.

5.2.2.4 Qualitätskriterien der Beteiligung

Für eine rechtmäßige Verlesung des Vernehmungsprotokolls in der Hauptverhandlung reicht es nicht ohne weiteres aus, dass eine kontradiktorische Vernehmung stattgefunden hat. Sie muss weiters gewissen Qualitätskriterien genügen, um fair iSd Art 6 EMRK zu sein. Dies betrifft insbesondere technische Fragen und Verständigungsprobleme des Beschuldigten²⁸⁵.

Bei einer schonenden Vernehmung iSd § 165 Abs 3 StPO können die Beteiligten der Vernehmung nur über Bildschirm und Lautsprecher folgen. Daraus folgt, dass die technische

²⁷⁹ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (236).

²⁸⁰ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (236).

²⁸¹ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2; OGH 03.05.2000, 13 Os 20/00, ÖJZ-LSK 2000/212/213 = JUS St/2889 = JUS St/2890 = ÖJZ EvBl 2000/203, 852 = SSt 63/92.

²⁸² *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (236).

²⁸³ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (236); *ders.* ÖJZ 2003, 528 (538); *Birklbauer*, AnwBl 2002, 512.

²⁸⁴ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (237), *ders.* Zeugnisverweigerungsrechte und Beweisverwertungsverbote seit dem Strafprozessänderungsgesetz 1993, StPG 24 (1996), 35 (105); *ders.* ÖJZ 2003, 528 (538); *ders.* in FS Jesionek (2002) 499 (509).

²⁸⁵ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (237).

Ausstattung in ausreichendem Ausmaß sicherstellen muss, dass die Anwesenden die Aussage sowie den Kontext der Vernehmung gut verstehen können. Vor allem ist darauf zu achten, dass eine zufriedenstellende Tonqualität und Lautstärke erreicht wird. Zusätzlich muss die fehlerlose Übermittlung der Fragen an den Richter bzw. den Sachverständigen gewährleistet sein²⁸⁶.

Strittig ist die Frage bezüglich persönlicher technischer Hilfsmittel zur besseren Erfassung der Vernehmung. Damit sind etwa Brillen oder Hörgeräte gemeint. Die Judikatur vertritt den Standpunkt, dass solche Geräte von den Beschuldigten selbständig zur kontradiktorischen Vernehmung mitzubringen sind. Wenn sie diese Obliegenheit nicht erfüllen, nehmen sie sich selbst die Möglichkeit zur Beteiligung²⁸⁷.

Schwaighofer will diesen Standpunkt jedoch auf Fälle einschränken, in denen den Beschuldigten am Nichtausnutzen seiner Hilfsmittel ein Verschulden trifft. Das sei dann gegeben, wenn der Beschuldigte regelmäßig von Hilfsmitteln Gebrauch mache, sie aber bei der Vernehmung nicht bei sich habe. Zudem müsse versucht werden, das Wahrnehmungsdefizit des Beschuldigten mit den vorhandenen technischen Möglichkeiten bei Gericht auszugleichen²⁸⁸. Ein Verschulden liegt aber nach Meinung *Schwaighofers* nicht vor, wenn der Beschuldigte im Alltag keine technischen Wahrnehmungshilfen verwende. Können die Wahrnehmungsprobleme in einem solchen Fall nicht bei Gericht behoben werden, müsse die Vernehmung verschoben werden, es sei denn, der Beschuldigte hat einen Verteidiger. Der Beschuldigte verschulde aber den Verlust seiner Beteiligungsmöglichkeit, wenn er nicht unmittelbar zu Beginn der Vernehmung auf seine Verständnisschwierigkeiten hinweise²⁸⁹.

Die Qualität der Videoaufzeichnung der Vernehmung berührt die Teilnahmemöglichkeit des Beschuldigten nicht. Wenn darauf nicht alle Einzelheiten klar erkennbar sind, konnte er doch sein Fragerecht bei der kontradiktorischen Vernehmung ausüben. Zudem ist eine Aufzeichnung der Vernehmung nicht zwingend erforderlich, sondern steht im Ermessen des Richters²⁹⁰.

²⁸⁶ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (237); OGH 02.10.2001, 11 Os 95/01, ÖJZ-LSK 2002/39/40 = ÖJZ EvBl 2002/49, 194 = RZ 2002/18, 141 = JUS St/3129 = AnwBl 2002, 512 (Birklbauer); *Birklbauer*, AnwBl 2002 512 (515); *Ratz*; RZ 2005, 106 (107).

²⁸⁷ OGH 27.06.2001, 13 Os 36/01, JUS St/3095 = JBl 2002, 129 = JUS St/3108

²⁸⁸ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (237).

²⁸⁹ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (237).

²⁹⁰ *Schwaighofer*, ÖJZ 2006, 235 (237); OGH 03.03.1999, 13 Os 34/99=EvBl 1999, 183.

5.2.3 Der Antrag auf ergänzende Zeugenvernehmung

Wie bereits erwähnt bietet die kontradiktorische Vernehmung im Zusammenwirken mit den Bestimmungen über die Aussagebefreiung nach § 156 Abs 1 Z 2 StPO und die Verlesung des Protokolls in der Hauptverhandlung nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO dem Zeugen die Möglichkeit, während des gesamten Verfahrens nur eine Aussage abzulegen²⁹¹. Regelmäßig geben Zeugen bei der kontradiktorischen Vernehmung zu Protokoll, dass die im weiteren Verfahren nicht mehr aussagen wollen²⁹². Nach den Erläuterungen zum StPÄG 1993 soll die kontradiktorische Vernehmung möglichst früh im Verfahren durchgeführt werden²⁹³. Dies hat zur Folge, dass nach der Vernehmung des Zeugen neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, zu denen der Zeuge nicht befragt werden konnte²⁹⁴. Vom Verteidiger wird in der Hauptverhandlung regelmäßig ein Antrag auf ergänzende Vernehmung des Zeugen gestellt²⁹⁵.

Dabei stellt sich die Frage, ob das Hervorkommen neuer Beweise eine Ausnahme von der Aussagebefreiung nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO rechtfertigt. Der Zeuge wäre dann zur nochmaligen Aussage verpflichtet. Ein Teil der Literatur hält es für denkbar, § 156 Abs 1 Z 2 StPO in diese Richtung auszulegen²⁹⁶. Die Judikatur lehnt dagegen eine Verpflichtung des Zeugen zur ergänzenden Aussage ab²⁹⁷.

Ein Antrag auf ergänzende Vernehmung des Zeugen bleibt zwar weiterhin möglich, nur muss nach Ansicht des OGH mangels gesetzlicher Verpflichtung zur Aussage glaubhaft gemacht werden, dass der Zeuge dennoch bereit sein wird, sich den Fragen der Verteidigung zu stellen²⁹⁸. Oft wird versucht, diesen Nachweis mittels Beantragung eines aussagepsychologischen Gutachtens zu erbringen. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist diese

²⁹¹ Kirchbacher in WK-StPO § 165 RN 4.

²⁹² Bartl, JSt 2007, 45.

²⁹³ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32.

²⁹⁴ Schmoller in FS Platzgummer 283 (292f); Schwaighofer in FS Jesionek (2002) 499 (505f); ders. ÖJZ 2003, 528 (536f); Bart, ÖJZ 1998, 818 (822); Ratz, RZ 2005, 106 (107).

²⁹⁵ Schwaighofer, ÖJZ 2006, 235 (237); ders., Die Wechselwirkungen zwischen Vorverfahren und Hauptverhandlung und die Rolle des Staatsanwalts im zukünftigen Vorverfahren in Pilgermair (Hrsg.), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001), 239 (248).

²⁹⁶ Bertel/Venier, Strafprozessrecht 8 (2004) 89; Birklbauer, AnwBl 2002, 512 (519); Fuchs, Das Opfer im Strafrecht, StPG 26 (1998), 1 (12f); Schwaighofer, ÖJZ 2006, 235 (238); ders., ÖJZ 2003, 528 (537).

²⁹⁷ Lässig, Das Rechtsschutzsystem der StPO und dessen Effektivierung durch den OGH, ÖJZ 2006, 406; Ratz, RZ 2005, 106 (108); OGH 30.11.2000, 12 Os 46/00, JUS St/2999; OGH 15.09.1998, 14 Os 100/98, JUS St/2589 = JUS St/2590 = ÖJZ EvBl 1999/45 = SSt 63/27; OGH 30.09.2003, 14 Os 94/03, JUS St/3516 = JUS St/3522 = SSt 2003/78.

²⁹⁸ Schwaighofer, AnwBl 2005, 456 (458); ders. ÖJZ 2006, 235 (239).

Vorgehensweise unzulässig, da das Gericht die Beweiswürdigung vorzunehmen habe. Zudem verlangt die Judikatur eine Begründung, aus welchen Anhaltspunkten sich die Notwendigkeit eines solchen Gutachtens ergebe und einen Nachweis des Opfers, dass es sich der Begutachtung unterziehen werde. Zudem wird ein solcher Antrag häufig in formeller Hinsicht zurückgewiesen, da in ihm nicht dargetan werde, was mit der ergänzenden Vernehmung bewiesen werden soll²⁹⁹.

In der Praxis werden die geltende Rechtslage und die Judikatur zum Antrag auf ergänzende Vernehmung des Zeugen nach einer schon erfolgten kontradiktorischen Vernehmung unterschiedlich beurteilt.

Rechtsanwalt Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer hält die nach heutiger Rechtslage gegebenen Möglichkeiten für nicht ausreichend. Er schlägt vor, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, nach der eine erneute Vernehmung des Zeugen in bestimmten Fällen bei sonstiger Nichtigkeit erfolgen müsse.

Rechtsanwalt Dr. Gerald Ruhri führt zu dieser Frage aus, dass es von Seiten der Verteidigung nicht möglich sei, eine ergänzende Einvernahme des Zeugen zu erreichen. Allenfalls komme dies in Einzelfällen auf Initiative der Staatsanwaltschaft vor. Das Problem mit nachträglich auftretenden neuen Beweisen lasse sich allerdings dadurch entschärfen, indem die kontradiktorische Vernehmung erst gegen Ende des Ermittlungsverfahrens durchgeführt werde. Es bestehe in der Praxis der Gerichte auch die Tendenz, dies auf diese Weise handzuhaben.

Hiebei dürfe aber nicht übersehen werden, dass es Fälle gäbe, in denen eine späte kontradiktorische Vernehmung nicht möglich sei, etwa bei Verdunkelungsgefahr, oder es auch nicht im Interesse des Beschuldigten liege. Eine schnelle Vernehmung sei vor allem dann sinnvoll, wenn Untersuchungshaft angeordnet wurde, da der Beschuldigte möglichst schnell enthaftet werden solle.

²⁹⁹ OGH 03.11.2004, 13 Os 122/04; OGH 30.11.2000, 12 Os 46/00, JUS St/2999; OGH 08.08.1995, 14 Os 95/95, ÖJZ-LSK 1996/129.

Nach Ansicht von Mag. Stefan Koller vom LGS Graz seien die derzeitigen Möglichkeiten für eine ergänzende Zeugenvernehmung ausreichend. Die kontradiktorische Vernehmung sei insbesondere aus Sicht des Opferschutzes zu betrachten. Es solle ein Aufeinandertreffen des Opfers mit dem Beschuldigten vermieden werden. Darüber hinaus solle es sich nicht mehrmals die traumatisierenden Geschehnisse ins Gedächtnis rufen müssen. Auch die strengen Anforderungen an eine ergänzende Vernehmung durch den OGH seien gerechtfertigt. Andernfalls wäre jede Vernehmung zu wiederholen, da Verteidiger immer etwas fänden, was dem Zeugen noch vorzuhalten wäre.

DDr. Konrad Kmetec von der Staatsanwaltschaft Graz hält eine nochmalige Vernehmung eines Zeugen nach der derzeitigen Rechtslage für ausgeschlossen. Es sei auch keine Änderung wünschenswert, da eine Abwägung der Verteidigungsinteressen mit dem Opferschutz zu erfolgen habe. Geschickte Verteidiger würden immer Anknüpfungspunkte finden, um das Opfer erneut vernehmen zu lassen. Die Anforderungen des OGH in formaler Hinsicht an die Anträge seien deshalb nicht zu streng, da er eine Möglichkeit brauche, die Flut von Anträgen zu bewältigen.

6 Schlussbetrachtung

Die kontradiktorische Vernehmung ist ohne Zweifel eine wesentliche Bestimmung, um den Zeugen- und Opferschutz im österreichischen Strafprozess sicherzustellen. Der Regelungsbereich ist darauf fokussiert, insbesondere unmündige Opfer und Opfer von Sexualstraftaten vor einer sekundären Viktimisierung zu bewahren, da gerade diese Opfergruppen durch mehrmalige Konfrontation mit den Geschehnissen häufig psychisch überfordert sind. Im Zusammenspiel mit der Aussagebefreiung nach § 156 Abs 1 Z 2 StPO und der Verlesung des Vernehmungsprotokolls nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO bietet die kontradiktorische Vernehmung die Möglichkeit, dass das Opfer nur eine Aussage im gesamten Prozess machen muss. Somit wird das Risiko einer tiefgreifenden Schädigung durch ein anstrengendes Verfahren minimiert³⁰⁰. Zusätzlich kann die Belastung des Opfers mittels schonender Vernehmung gemäß § 165 Abs 3 StPO oder Betrauung eines Sachverständigen weiter reduziert werden³⁰¹.

Wie gezeigt wurde, bietet die aktuelle Rechtslage jedoch noch immer Anlass zu Diskussionen betreffend die Wahrung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten, obwohl die Erläuterungen zum StPÄG 1993 eine Schmälerung dieser Rechte trotz Einführung der kontradiktorischen Vernehmung nicht zulassen³⁰². Dass diese Problematik nicht bloß theoretischer Nature ist, zeigen die Ergebnisse der durchgeführten Befragung. Den Kernpunkt der Diskussion bildet die Tatsache, dass das Gesetz, von Ausnahmefällen abgesehen, keine notwendige Verteidigung für die kontradiktorische Vernehmung vorsieht, selbst bei Delikten, bei denen die Zuziehung eines Verteidigers zur Hauptverhandlung obligatorisch ist³⁰³.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die im Rahmen des Interviews vertretene Meinung, die Verteidigungsinteressen des Beschuldigten seien ohne Anwesenheit eines Anwalts nicht gefährdet, da der Richter die Wahrnehmung des Fragerechts im Rahmen seiner

³⁰⁰ ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 12; *Bruckmüller/Friedrich*, Getrennte Räume in Gerichtsgebäuden zum Schutz von Opfern einer Straftat, RZ 2008, 93 (95); *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 252 RN 17.

³⁰¹ *Eder-Rieder*, JSt 2008, 113 (115); *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 6; *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren 140; *Schmidt*, RZ 2006, 265; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 120; *S. Seiler*, Strafprozessreform 2004², 104.

³⁰² ErläutRV 924 BlgNR 18. GP 32.

³⁰³ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 165 RN 2; *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 RN 13; *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 139; OGH 27.06.2001, 13 Os 36/01, JUS St/3095 = JBl 2002, 129 = JUS St/3108; OGH 21.07.1999, 13 Os 96/99; OGH 21.09.2006, 12 Os 72/06i.

Anleitungspflicht gemäß § 6 Abs 2 StPO sicherstelle. Meines Erachtens kann der Richter trotz der bestehenden Manuduktionspflicht den Verteidiger nicht voll ersetzen. Er ist zwar nach § 6 Abs 2 StPO dazu verpflichtet, den Beschuldigten bei der kontradiktorischen Vernehmung hinsichtlich seiner Rechte zu belehren und ihn bei der Ausübung des Fragerechts zu unterstützen, jedoch liegt das Vorbringen von entlastenden Umständen dennoch beim Beschuldigten³⁰⁴. Das Gericht ist, ebenso wie die Kriminalpolizei und die Staatsanwaltschaft, zur Objektivität gemäß § 3 Abs 2 StPO verpflichtet und wird deshalb bei einer kontradiktorischen Vernehmung auch entlastende Umstände berücksichtigen³⁰⁵. Trotzdem wird nur ein Verteidiger eine vollwertige Unterstützung für den Beschuldigten darstellen, da er verpflichtet ist, parteilich zu agieren und jeden Entlastungsbeweis aufzugreifen (§ 57 Abs 1 StPO)³⁰⁶. Deshalb wird er viel hartnäckiger als ein Richter den Zeugen mit Widersprüchen und Fragen konfrontieren³⁰⁷.

Hier ist der Gesetzgeber gefordert, seine vor dem Strafprozessreformgesetz fallen gelassene Absicht, bei der kontradiktorischen Vernehmung eine generelle Verteidigerpflicht einzuführen, wieder aufzugreifen, um die Wahrung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten in diesem oft prozessentscheidenden Verfahrensstadium voll zu garantieren³⁰⁸.

³⁰⁴ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 6 RN 5.

³⁰⁵ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 3 RN 4f; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 32.

³⁰⁶ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹⁰ § 57 RN 2; *S. Seiler*, Strafprozessrecht¹⁰ 72.

³⁰⁷ *Schwaighofer*, AnwBl 2005, 456.

³⁰⁸ ErläutRV 294 BlgNR 22. GP 30; *Schwaighofer*, AnwBl 2005, 456.

Literaturverzeichnis

Lehrbücher und Monographien

Bertel, Christian/Venier, Andreas, Einführung in die neue StPO, 2. Auflage (2006).

Bertel, Christian/Venier, Andreas, Strafprozessrecht, 8.Auflage (2004).

Bertel, Christian/Venier, Andreas, Strafprozessrecht, 4. Auflage (2010).

Hoinkes-Wilflingseder, Barbara/Lambauer, Heimo, Musterakt Strafprozess (2008).

Pilnacek, Christian/Pleischl, Werner, Das neue Vorverfahren - Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz (2005).

Platzgummer, Winfried, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, 8. Auflage (1997).

Seiler, Stefan, Strafprozessrecht, 10. Auflage (2009).

Seiler, Stefan, Strafprozessreform 2004, 2. Auflage (2006).

Wessely, Wolfgang, Strafprozessrecht, 5. Auflage (2010).

Kommentare und Gesetzestexte mit Materialien

Bachner-Foregger, Helene (Hrsg.), Strafprozessordnung, 18. Auflage (2008).

Fabrizy, Ernst Eugen, Strafprozessordnung, 10. Auflage (2008).

Foregger, Egmont/Kodek, Gerhard (Hrsg.), Die österreichische Strafprozessordnung, 7. Auflage (1997).

Fuchs, Helmut/Ratz, Eckart (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung.

Pleischl, Werner/Soyer, Richard, Strafprozessordnung 1975 in der Fassung des Strafprozessreformgesetzes (2004).

Schwaighofer, Klaus, Die neue Strafprozessordnung (2008).

Aufsätze

Bart, Hans-Jörg, Kinder als Zeugen im Strafverfahren, insbesondere als Opfer sexuellen Missbrauchs, ÖJZ 1998, 818.

Bartl, Peter, Defizite des Grundrechtsschutzes im Strafverfahren, JSt 2007, 45.

Birkbauer, Alois, Anforderungen an eine kontradiktorische Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung. Zugleich eine Anmerkung zu OGH 11 Os 95/01 vom 2. 10. 2001, AnwBl 2002, 512.

Bruckmüller, Karin/ Friedrich, Ireen Christine, Getrennte Räume in Gerichtsgebäuden zum Schutz von Opfern einer Straftat, RZ 2008, 93.

Eder-Rieder, Maria, Die Stellung des Opfers im neuen Strafverfahren, JSt 2008, 113.

Eder-Rieder, Maria/Frank, Christel, Rechtsbelehrung durch den psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen gegenüber den zu befragenden bzw. zu untersuchenden Zeugen und Beschuldigten im Strafprozess, RZ 2000, 186.

Fuchs, Eva, Gerichtliche Stoffsammlung im Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2008, 102.

Fuchs, Helmut, Das Opfer im Strafrecht, StPG 26 (1998), 1.

Grafl/Gratz/Höpfel/Hovorka/Pilgram/Schroll/Soyer, Qualitätssicherung in der Strafrechtspflege - Ein Thesenpapier der Kriminalpolitischen Initiative, RZ 2007, 37.

Heissenberger, Georg, Die Beziehung eines Verteidigers zu den kriminalpolizeilichen Vernehmungen im Lichte des Strafprozessreformgesetzes, RZ 2007, 82.

Hinterhofer, Hubert, Videovernehmungen und deren Verwertbarkeit im österreichischen Strafprozess - Überlegungen de lege lata et ferenda, RZ 2000, 234.

Hübner, Eleonora, Das neue Instrumentarium gegen "OK" - (K)eine Chance gegen schwerste Delikte? RZ 1999, 85.

Jesionek, Udo, Das Verbrechensopfer im künftigen österreichischen Strafprozessrecht, in FS Burgstaller (2004), 235.

Jesionek, Udo, Opferschutz in Österreich im Lichte der aktuellen gesetzlichen Änderungen, ÖA 2006, 181.

Köck, Elisabeth, Wie kann man die Ergebnisse verdeckter Ermittler in die Hauptverhandlung eines Strafverfahrens einbringen?, RZ 2004, 189.

Künscher, Barbara, Prozessbegleitung minderjähriger Gewaltopfer in einem Kinderschutzzentrum, JSt 2003, 87.

Lässig, Rudolf, Das Rechtsschutzsystem der StPO und dessen Effektuierung durch den OGH, ÖJZ 2006, 406.

Machacek, Rudolf, Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Österreich, ÖJZ 1998, 553.

Nimmervoll, Rainer J., Zeugnishindernisse im neuen Strafverfahren, ÖJZ 2008, 583.

Ratz, Eckart, Beweisverbote und deren Garantie durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen (Teil 2), RZ 2005, 106.

Ratz, Eckart, Probleme der Aussageentschlagung bei möglicher Selbstbezeichnung, JBl 2000, 291.

Ratz, Eckart, Zweifelsfragen beim (eingeschränkten) Verlesungsverbot nach § 252 StPO, ÖJZ 2000, 550.

Schmidt, Alexander, Videokonferenztechnologie statt Rechtshilfe, RZ 2006, 265.

Schmoller, Neu geregelte Beweisverwertungsverbote im StPÄG1993, in *FS Platzgummer (1995)* 283.

Seeber, Priska, Privatbeteiligung im neuen Vorverfahren und im Verfahren gegen einen belangten Verband, in: *Soyer (Hrsg)*, Strafverteidigung - Steinige Wege, 123.

Schwaighofer, Klaus, Anmerkungen zu einigen Zeugen- und Opferschutzbestimmungen der StPO und ihre Umsetzung durch die Rechtsprechung, in *FS Jesionek (2002)* 499.

Schwaighofer, Klaus, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz beim Zeugenbeweis und seine Ausnahmen, ÖJZ 1996, 124.

Schwaighofer, Klaus, Die Wechselwirkungen zwischen Vorverfahren und Hauptverhandlung und die Rolle des Staatsanwalts im zukünftigen Vorverfahren in *Pilgermair (Hrsg.)*, Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) , 239.

Schwaighofer, Klaus, Materielle und formelle Probleme des Sexualstrafrechts, ÖJZ 2003, 528.

Schwaighofer, Klaus, Notwendige Verteidigung bei kontradiktorischen Vernehmungen? AnwBl 2005, 456.

Schwaighofer, Klaus, Zeugnisverweigerungsrechte und Beweisverwertungsverbote seit dem Strafprozessänderungsgesetz 1993, StPG 24 (1996), 35.

Schwaighofer, Klaus, Zur Verwendbarkeit kontradiktorischer Zeugenaussagen, ÖJZ 2006, 235.

Stockart-Bernkopf, Emanuel, Strafrechtsänderungsgesetz 2003, ÖA 2003, 167.

Stuefer, Alexia/Soyer, Richard, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 139.

Sonstige Literatur

Brockhaus, 20. Auflage (1997) Bd 12

Pistotnig, Andreas, Die kontradiktorische Vernehmung im Vorverfahren - Ein Rechtsvergleich mit dem amerikanischen Recht (2004), Univ Diss, Graz.

Judikaturverzeichnis

Judikatur des EGMR

EGMR U 24.11.1986, Unterpertinger gegen Österreich, Nr. 1/1985/87/134, EuGRZ 1987, 147.

EGMR U 20.11.1989, Kostovski gegen die Niederlande, Nr. 10/1988/154/208, ÖJZ 1990, 312.

EGMR U 27.09.1990, Windisch gegen Österreich, Nr. 25/1989/185/245, ÖJZ 1991, 25.

EGMR U 19.12.1990, Delta gegen Frankreich, Nr. 26/1989/186/246, ÖJZ 1991, 425.

EGMR U 26.04.1991, Asch gegen Österreich, Nr. 30/1990/221/283, ÖJZ 1991, 517.

EGMR U 25.06.1992, Lüdi gegen Schweiz, Nr. 17/1991/269/340, EuGRZ 1992, 300.

Österreichische Judikatur

OGH 11.12.1950, 3 Os 305/50, SSt 21/102 = EvBl 1951/128 (176).

OGH 16.06.1952, 5 Os 429/52.

OGH 26.06.1957, 5 Os 52/57, RZ 1957, 118.

OGH 13.12.1967, 10 Os 209/67, SSt 38/71 = EvBl 1968/337 S 527= RZ 1968, 91.

OGH 04.03.1980, 9 Os 159/79, EvBl 1980/150.

OGH 08.08.1990, 11 Os 86/90, ÖJZ NRsp 1990/224 = ÖJZ EvBl 1991/22.

OGH 06.06.1991, 15 Os 43/91-45/91, ÖJZ EvBl 1991/131 = JBl 1992, 401.

OGH 11.06.1992, 13 Os 25/92, 26/92, ÖJZ EvBl 1992/189.

OGH 21.10.1992, 13 Os 77/92, ÖJZ NRsp 1993/19 = ÖJZ EvBl 1993/48.

OGH 10.08.1994, 13 Os 118/94, ÖJZ EvBl 1994/181 = ÖJZ-LSK 1995/22 = RZ 1995/13 =
JUS St/1579 = SSSt 62/22.

OGH 15.12.1994, 15 Os 112/94, ÖJZ-LSK 1995/115/118/119 = JBl 1996, 268 = JUS St/1665
= JUS St/1673.

OGH 12.01.1995, 15 Os 179/94, ÖJZ-LSK 1995/153 = JBl 1996, 63 = JUS St/1702 = JUS
St/1698.

OGH 22.06.1995, 15 Os 79/95.

OGH 28.06.1995, 13 Os 70/95, ÖJZ-LSK 1996/22.

OGH 08.08.1995, 14 Os 95/95, ÖJZ-LSK 1996/129.

OGH 28.03.1996, 15 Os 42/96, ÖJZ-LSK 1996/232 = JUS St/2050.

OGH 11.06.1996, 14 Os 15/96, 16/96, ÖJZ EvBl 1996/119 = JBl 1997, 800 = JUS St/2120.

OGH 09.07.1996, 11 Os 66/96, ÖJZ EvBl 1996/127 = JUS St/2127.

OGH 06.08.1996, 14 Os 109/96, ÖJZ-LSK 1997/21 = JUS St/2165.

OGH 20.03.1997, 15 Os 21/97, ÖJZ EvBl 1997/155 = JUS St/2272.

OGH 29.04.1997, 11 Os 197/96, JUS St/2374 = RZ 1998/15 = SSSt 62/132.

OGH 13.05.1997, 14 Os 58/97, ÖJZ-LSK 1997/225 = JUS St/2322.

OGH 27.05.1997, 11 Os 9/97, ÖJZ-LSK 1997/250 = ÖJZ EvBl 1997/206 = JUS St/2407 = SSt 62/134.

OGH 09.07.1997, 13 Os 156/96.

OGH 19.02.1998, 15 Os 164/97, JUS St/2459 = JUS St/2463 = JUS St/2464 = SSt 63/5.

OGH 28.04.1998, 14 Os 166/97, JUS St/2505 = ÖJZ-LSK 1998/170.

OGH 02.07.1998, 12 Os 80/98, JUS St/2558 = ÖJZ EvBl 1999/9.

OGH 15.09.1998, 14 Os 100/98, JUS St/2589 = JUS St/2590 = ÖJZ EvBl 1999/45 = SSt 63/27.

OGH 02.12.1998, 14 Os 145/98, ÖJZ-LSK 1999/93 = ÖJZ-LSK 1999/94 = JUS St/2623 = JUS St/2624.

OGH 03.03.1999, 13 Os 34/99 = EvBl 1999, 183.

OGH 06.04.1999, 14 Os 17/99, ÖJZ-LSK 1999/178 = JUS St/2681 = ÖJZ EvBl 1999/164 = JBl 2000, 533.

OGH 18.05.1999, 11 Os 34/99, JUS St/2696 = ÖJZ-LSK 1999/209 = ÖJZ EvBl 1999/183.

OGH 21.07.1999, 13 Os 96/99.

OGH 21.09.1999, 14 Os 105/99, JUS St/2748.

OGH 21.10.1999, 11 Os 122/99, JUS St/2775 = ÖJZ-LSK 2000/39 = ÖJZ EvBl 2000/66, 273.

OGH 03.05.2000, 13 Os 20/00, ÖJZ-LSK 2000/212/213 = JUS St/2889 = JUS St/2890 = ÖJZ EvBl 2000/203, 852 = SSt 63/92.

OGH 10.08.2000, 15 Os 84/00, JUS St/2933 = ÖJZ EvBl 2001/15, 69.

OGH 11.10.2000, 13 Os 109/00, 13 Os 110/00, ÖJZ EvBl 2001/26, 107 = JUS St/2951 = JBl 2001, 738 = SSt 63/106.

OGH 30.11.2000, 12 Os 46/00, JUS St/2999.

OGH 02.10.2001, 11 Os 95/01, ÖJZ-LSK 2002/39/40 = ÖJZ EvBl 2002/49, 194 = RZ 2002/18, 141 = JUS St/3129 = AnwBl 2002, 512 (Birklbauer).

OGH 27.06.2001, 13 Os 36/01, JUS St/3095 = JBl 2002, 129 = JUS St/3108.

OGH 03.07.2001, 14 Os 75/01, JUS St/3101.

OGH 17.04.2002, 13 Os 13/02, RZ 2002, 169.

OGH 07.11.2002, 12 Os 91/02, JUS St/3302 = ÖJZ EvBl 2003/52, 234 = ÖJZ-LSK 2003/43 = SSt 64/71.

OGH 04.12.2002, 13 Os 121/02, JUS St/3341 = SSt 64/85.

OGH 12.11.2002, 14 Os 121/02, ÖJZ-LSK 2003/68/69 = JUS St/3337 = JUS St/3340 = SSt 64/78.

OGH 14.05.2003, 13 Os 46/03.

OGH 03.09.2003, 13 Os 39/03, JSt 2004/30, 96.

OGH 30.09.2003, 14 Os 94/03, JUS St/3516 = JUS St/3522 = SSt 2003/78.

OGH/Burgstaller (Anm-JBl) 18.02.2004, 13 Os 153/03, ÖJZ 2004/40, 637 (Hinterhofer) = ÖJZ EvBl 2004/142, 649 = ÖJZ-LSK 2004/141 = JUS St/3613 = JUS St/3614 = RZ 2004, 189 (Köck) = JBl 2004, 594 = JSt 2004/54, 169 = JAP 2004/2005/2, 8 (Tipold) = SSt 2004/12.

OGH 03.05.2004, 13 Os 50/04, JUS St/3622 = SSt 2004/32.

OGH 24.08.2004, 11 Os 39/04.

OGH 24.08.2004, 11 Os 76/04, JSt 2005/6, 31.

OGH 03.11.2004, 13 Os 122/04.

OGH 13.01.2005, 15 Os 146/04.

OGH 30.03.2005, 13 Os 8/05h, JUS St/3785 = SSt 2005/27.

OGH 10.01.2006, 11 Os 130/05k, ÖJZ-LSK 2006/68 = ÖJZ EvBl 2006/54, 293 = ZVR 2006/127, 379 = JUS St/3865 = SSt 2006/3.

OGH 23.08.2006, 13 Os 68/06h, JUS St/3946 = JSt 2006/53, 207 = RZ 2007/EÜ 48, 49 = RZ 2007/5, 75 = AnwBl 2008, 197 = SSt 2006/58.

OGH 21.09.2006, 12 Os 72/06i.

OGH 12.12.2006, 15 Os 69/06w, ÖJZ EvBl 2007/77, 421 = RZ 2007/EÜ 293/294/295/296, 177 = JBl 2007, 743 = SSt 2006/85 = JUS St/4002/4004/4005/4006.

OGH 22.01.2007, 15 Os 126/06b, 15 Os 127/06z, ÖJZ EvBl 2007/72, 379 = JSt 2007/25, 102 = RZ 2007/EÜ 289, 176 = RZ 2007/23, 259 = RZ 2007/23, 259 JUS St/3993 = SSt 2007/2.

OGH 08.08.2007, 15 Os 57/07g, ÖJZ EvBl 2008/7, 31 = JBl 2008, 267 = AnwBl 2008, 387 = RZ 2008/EÜ 223/224/225, 190 = JUS St/4094 = JUS St/4095 = JUS St/4096 = SSt 2007/55 = AnwBl 2009, 255.

OGH 20.01.2009 11 Os 183/08h.

OGH 20.01.2009, 11 Os 182/08m, 183/08h, ÖJZ EvBl-LS 2009/64, 381.

OGH 19.02.2009, 12 Os 178/08f.

OGH 06.10.2009, 14 Os 75/09z, 96/09p, 97/09k, ÖJZ EvBl 2009/162, 1073.

OGH 06.10.2009, 14 Os 75/09z, 96/09p, 97/09k, ÖJZ EvBl 2009/162, 1073.

OGH 04.03.2010, 13 Os 150/09x, ÖJZ EvBl 2010/63, 420.

Anhang

Ergebnisse des Interviews

1) Wie viele kontradiktorische Vernehmungen gibt es Ihrer Einschätzung nach durchschnittlich pro Jahr?

DDr. Konrad Kmetic: Schätzungsweise 300, da in meinem Referat ungefähr 10 Vernehmungen im Jahr anfallen und es 29 Referate gibt.

Mag. Stefan Koller: Schätzungsweise gibt es im Sprengel des LGS Graz 150 bis 200 kontradiktorische Vernehmungen im Jahr.

Dr. Gerald Ruhri: Kontradiktorische Vernehmungen sind relativ häufig, vor allem bei Sexualdelikten.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: In Wien gibt es schätzungsweise 70 bis 100 kontradiktorische Vernehmungen im Jahr.

2) Was sind Ihrer Meinung nach die wichtigsten Gründe, aus denen eine kontradiktorische Vernehmung durchgeführt wird?

DDr. Konrad Kmetic: Am wichtigsten sind Entschlagungsrechte bei Sexualdelikten und bei Angehörigenverhältnissen. Seltener kommt es zu kontradiktorischen Vernehmungen von ausländischen Zeugen. Eine kontradiktorische Beschuldigtenvernehmung wird praktisch nie durchgeführt.

Mag. Stefan Koller: Mögliche Entschlagungen im familiären Bereich und Entschlagungsrechte bei Sexualdelikten. Tatsächliche Gründe kommen selten vor, etwa bei Prostituierten, die sich nur kurze Zeit in Österreich aufhalten.

Dr. Gerald Ruhri: Kontradiktorische Vernehmungen werden häufig auf Verlangen aus Gründen des Opferschutzes durchgeführt. Tatsächliche Gründe kommen eher selten vor.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: Kontradiktorische Vernehmungen kommen häufig bei Sittlichkeitsdelikten und Sexualdelikten vor. Meist handelt es sich um ein Recht auf Aussagebefreiung.

3) Werden kontradiktorische Vernehmungen häufig unter Einsatz technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung räumlich getrennt durchgeführt? Wird dies von den Zeugen auch selbständig beantragt?

DDr. Konrad Kmetic: Es kommt regelmäßig zu einer schonenden Vernehmung, es ist der Standardfall. Die kontradiktorische Vernehmung wird von Amts wegen schonend durchgeführt.

Mag. Stefan Koller: Es kommen ausschließlich räumlich getrennt durchgeführte kontradiktorische Vernehmungen vor, da praktisch nur eine solche Vernehmung für die Hauptverhandlung nutzbar ist. In der Hauptverhandlung wird die Videoaufzeichnung der Vernehmung abgespielt. Die Vernehmung wird von Amts wegen schonend durchgeführt.

Dr. Gerald Ruhri: In 99% der Fälle, wenn es um den Opferschutz geht. Es gibt meist ein kurzes Vorgespräch mit dem Zeugen, in dem er meist eine abgetrennte Vernehmung verlangt.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: Ja, die kontradiktorische Vernehmung wird häufig räumlich getrennt durchgeführt. Dies wird eher von Amts wegen so gehandhabt, es wird aber auf Wünsche der Zeugen eingegangen.

4) Wird von Zeugen oder Opfern, die kontradiktorisch vernommen wurden, regelmäßig eine schriftliche Erklärung der Aussageverweigerung für die Hauptverhandlung schon bei der kontradiktorischen Vernehmung abgegeben?

DDr. Konrad Kmetic: Ja, der Zeuge wird vom Richter am Ende der Vernehmung danach gefragt. Die Erklärung wird protokolliert und vom Zeugen unterschrieben.

Mag. Stefan Koller: Es wird nahezu bei jeder Vernehmung eine solche Erklärung abgegeben. Der Zeuge wird vom Richter danach gefragt und die Erklärung wird in das Vernehmungsprotokoll aufgenommen.

Dr. Gerald Ruhri: Ja, der Richter fragt in der Regel danach. In das Vernehmungsprotokoll wird der Standardsatz: "Für den Fall einer Hauptverhandlung möchte ich nicht mehr als Zeuge aussagen." aufgenommen.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: Ja, der Zeuge wird vom Richter bei der Vernehmung gefragt, ob er im weiteren Verfahren die Aussage verweigern will.

5) Sind Beschuldigte bei der kontradiktorischen Vernehmung regelmäßig durch einen Anwalt vertreten? Ist dies auch außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fälle notwendiger Verteidigung für das gesamte Verfahren der Fall?

DDr. Konrad Kmetc: Ja, Beschuldigte erscheinen regelmäßig mit Anwalt, sie sind selten unvertreten. In den gesetzlich vorgesehenen Fällen sorgt das Gericht für die Einhaltung.

Mag. Stefan Koller: Beschuldigte sind zum Großteil vertreten. Das ist auch außerhalb des gesetzlich zwingenden Bereiches der Fall, da sie über die Bedeutung des Verteidigers und die Möglichkeit der Verfahrenshilfe belehrt werden.

Dr. Gerald Ruhri: Es besteht bei der kontradiktorischen Vernehmung keine zwingende Vertretung. Die Zahl der unvertretenen Beschuldigten ist für mich nicht einschätzbar. Meiner Ansicht nach ist aber in Fällen, in denen ein Verteidiger in der Hauptverhandlung obligatorisch ist, bei einer ohne Anwalt durchgeführten kontradiktorischen Vernehmung der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1a StPO diskutierbar, da die kontradiktorische Vernehmung einen vorweggenommenen Teil der Hauptverhandlung darstellt und der Beschuldigte nach dieser Bestimmung während der gesamten Hauptverhandlung durch einen Anwalt vertreten sein muss.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: Früher waren Beschuldigte häufig unvertreten, mittlerweile haben sie regelmäßig einen Anwalt.

6) Wie verhält sich ein durchschnittlicher Beschuldigter ohne Verteidiger bei einer kontradiktorischen Vernehmung eines Zeugen? Stellt er insbesondere von sich aus Fragen bzw. lässt er sie stellen?

DDr. Konrad Kmetic: Der Beschuldigte verhält sich im Wesentlichen gleich, als wenn er einen Verteidiger hat. Er wird vom Richter über sein Recht zur Fragestellung belehrt. Der Beschuldigte stellt durchaus von sich aus Fragen, die durchaus Sinn machen. Sie entsprechen zwar nicht den Fragen eines Anwalts, aber der Richter wahrt das Fragerecht durch seine Anleitungspflicht. Oft versucht der Beschuldigte auch zu argumentieren.

Mag. Stefan Koller: Der Beschuldigte verhält sich eher passiv. Seine Fragen sind meist irrelevant, da ein juristischer Laie andere Dinge für wichtig hält.

Dr. Gerald Ruhri: Der Beschuldigte erkennt die Tragweite der Vernehmung nicht. Er nimmt zuvor keine Akteneinsicht bzw. traut sich nicht, danach zu fragen. Er ist mit der Situation überfordert und stellt keine Fragen. In der Kanzlei wird vor jeder kontradiktorischen Vernehmung ein Katalog mit zu stellenden Fragen vorbereitet. Diese Fragen müssen während der Vernehmung laufend aktualisiert werden. Anschließend wird der Katalog mit dem ausdrücklichen Antrag auf Stellung der Fragen an den Richter weitergegeben.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: Der Beschuldigte stellt von sich aus keine Fragen an den Zeugen, er ist dazu nicht in der Lage. Er versucht, Erklärungen zur Zeugenaussage abzugeben bzw. sie zu kommentieren. Dies wird vom Richter mit dem Hinweis untersagt, dass es keine Frage darstellt.

7) Würden Sie eine generelle Verteidigerpflicht bei kontradiktorischen Vernehmungen, zumindest in den Fällen notwendiger Verteidigung in der Hauptverhandlung befürworten? (Bitte mit kurzer Begründung)

DDr. Konrad Kmetic: Es würde die Arbeit des Richters erleichtern, da er sich dann die Anleitung des Beschuldigten ersparen würde. Es ist jedoch nicht zu befürworten, eine generelle Verteidigungspflicht bei der kontradiktorischen Vernehmung einzuführen. Die Rechte des Beschuldigten sind ausreichend durch die Anleitung des Richters gewahrt. Zudem achtet der Richter bei seiner Fragestellung, die Aussage des Zeugen nach allen Richtungen

hin zu beleuchten. Er macht insbesondere Vorhalte und konfrontiert den Zeugen mit Beweisen. Außerdem ist auch die Staatsanwaltschaft zur Objektivität verpflichtet. Es besteht somit kein gravierendes Defizit für die unvertretene Partei. Allerdings ist bei Sexualdelikten die Beiziehung eines Verteidigers wichtig, wenn das Opfer der einzige Belastungszeuge ist.

Mag. Stefan Koller: Nein, da der Beschuldigte die Wichtigkeit der Situation selbst beurteilen kann und in der Lage ist, über die Beiziehung eines Verteidigers zu entscheiden. Da die Befragung vom Gericht sehr sorgfältig nach allen Richtungen durchgeführt wird, hat der unvertretene Beschuldigte keinen Nachteil.

Dr. Gerald Ruhri: Ja, da die notwendige Verteidigung bei der kontradiktorischen Vernehmung einen wesentlichen Punkt für die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten darstellt. Die kontradiktorische Vernehmung ist ein für den Ausgang des Verfahrens äußerst wichtiges Verfahrensstadium.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: Ja, da der Beschuldigte alleine unfähig ist, richtig bei der kontradiktorischen Vernehmung zu agieren. Eine gesetzliche Festschreibung wäre auch aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert.

8) Stellt Ihrer Meinung nach die Möglichkeit, bei Änderungen der Beweislage oder Hervorkommen neuer Tatsachen einen Antrag auf eine neuerliche Vernehmung eines Zeugen nach einer schon erfolgten kontradiktorischen Vernehmung zu stellen, für den Beschuldigten eine ausreichende Möglichkeit dar, seine Verteidigungs- und Fragerechte zu wahren? Ist dies insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen (z.B. Glaubhaftmachung der nunmehrigen Aussagebereitschaft des Zeugen), die die Rechtssprechung an einen solchen Antrag stellt, der Fall?

DDr. Konrad Kmetic: Ja, es ist keine Änderung nötig. Anwälte versuchen stets, das Opfer wieder in den Prozess zu bringen. Nach der aktuellen Rechtslage ist eine nochmalige Vernehmung aber ausgeschlossen. Es hat eine Abwägung mit dem Gedanken des Opferschutzes zu erfolgen. Ein geschickter Anwalt findet immer Änderungen oder Widersprüche in der Aussage des Zeugen. Die Anforderungen des OGH an den Antrag sind nicht zu streng, weil er formale Kriterien berücksichtigen muss, um die Antragsflut zu bewältigen.

Mag. Stefan Koller: Ja, da die Regelung aus Opferschutzsicht zu betrachten ist. Ein Aufeinandertreffen des Opfers mit dem Beschuldigten soll vermieden werden und es soll sich nicht mehrmals an die Traumatisierung erinnern müssen. Die strengen Voraussetzungen sind gerechtfertigt, da sonst jede Vernehmung wiederholt werden müsste.

Dr. Gerald Ruhri: Eine ergänzende Einvernahme des Zeugen ist nicht möglich. In Einzelfällen kommt es dazu, wenn die Staatsanwaltschaft es beantragt. Das Problem mit Neuerungen im Verfahren kann dadurch entschärft werden, dass die kontradiktorische Vernehmung als letzter Ermittlungsakt durchgeführt wird. Dies wird in der Praxis auch so gehandhabt. Allerdings ist es nicht immer möglich bzw. im Interesse des Beschuldigten, beispielsweise bei Verdunkelungsgefahr, oder wenn der Beschuldigte schnell enthaftet werden will.

Univ-Prof. Dr. Richard Soyer: Die derzeitige Regelung ist zu wenig. Es sollte eine gesetzliche Regelung geben, nach der eine nochmalige Vernehmung in bestimmten Fällen bei sonstiger Nichtigkeit stattfinden muss.