

1. Teil: Die kontradiktorische Vernehmung aus juristischer Sicht (Klaus Schwaighofer)

Inhaltsübersicht

	Rz
A. Einleitung – Allgemeines	1
1. Das Wesen der kontradiktorischen Vernehmung	1
2. Ziele und Zwecke der kontradiktorischen Vernehmung .	4
B. Gesetzliche Grundlagen	8
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	8
2. Europarechtliche Vorgaben	11
3. Einfachgesetzliche Bestimmungen der Strafprozess- ordnung	14
C. Geschichtliche Entwicklung der kontradiktorischen Vernehmung in Österreich	20
D. Die Zwecke der kontradiktorischen Vernehmung	33
1. Verbesserung der Wahrheitsfindung – Gefahr des Beweisverlustes	33
a) Alte, kranke, im Ausland lebende Zeugen und ähnliche Situationen	34
b) Angehörige	37
c) Andere aussagebefreite Personen (Opfer)	41
d) Beschuldigte	45
2. Gewährleistung der Verteidigungsrechte	48
3. Opferschutz	51
E. Die Voraussetzungen der kontradiktorischen Vernehmung im Einzelnen	55
1. Materielle Voraussetzungen einer kontradiktorischen Vernehmung	55
a) Besorgnis der Unmöglichkeit der Vernehmung in der Hauptverhandlung	55
b) Gründe für die Unmöglichkeit der Vernehmung in der Hauptverhandlung	56

c) „Zulässigkeit“ der kontradiktorischen Vernehmung ..	59
d) Schonende (abgesonderte) kontradiktorische Vernehmung (§ 165 Abs 3 und 4 StPO)	61
aa. Obligatorische schonende kontradiktorische Vernehmung von Amts wegen (§ 165 Abs 4 erster Halbsatz StPO)	63
bb. Obligatorische kontradiktorische Vernehmung auf Verlangen (§ 165 Abs 4 zweiter Halbsatz StPO)	66
2. Die Durchführung kontradiktorischer Vernehmungen ..	73
a) Kontradiktorische Vernehmung im Ermittlungsverfahren gem § 165 StPO	73
aa. Zuständigkeit des Gerichts auf Antrag der Staatsanwaltschaft	73
bb. Kontradiktorietät durch Beteiligung der Parteien	75
cc. Die teilnahmeberechtigten Personen	76
dd. Ton- oder Bildaufnahme	81
ee. Der Ablauf der kontradiktorischen Zeugenvernehmung	84
ff. Gelegenheit zur Beteiligung – Ausgestaltung des Fragerechts	100
gg. Beschränkung der Beteiligung (schonende abgesonderte Vernehmung)	109
hh. Ausübung des Fragerechts	119
ii. Schonende Vernehmung durch einen Sachverständigen	125
jj. Dolmetscher	131
b) Kontradiktorische Vernehmung in der Hauptverhandlung	136
F. Problembereiche und Fehlerquellen bei kontradiktorischen Vernehmungen	138
1. Beeinträchtigung der Wahrheitserforschung durch fehlende Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung	138
a) Unmittelbare Vernehmung – mittelbare Vernehmung	140
b) Aussagebefreiungsrecht	146
2. Technische Probleme bei der Aufzeichnung der Vernehmung und bei der Vorführung der Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung	147
3. Beeinträchtigung des Fragerechts durch frühe kontradiktorische Vernehmungen	148

4. Sonderprobleme abgesonderter kontradiktorischer Vernehmungen	151
a) Gestörte Gesprächsdynamik	151
b) Umformulierung/Veränderung von Fragen	153
5. (Un)Zulässigkeit ergänzender Vernehmungen in der Hauptverhandlung	154
6. Verteidigung bei kontradiktorischen Vernehmungen ...	164
G. Konsequenzen von Fehlern bei kontradiktorischen Vernehmungen	170
1. Unterbleiben der kontradiktorischen Vernehmung	170
a) trotz Gefahr des Beweisverlustes (§ 165 Abs 1 StPO)..	170
b) trotz zwingend vorgesehener kontradiktorischer Vernehmung (§ 165 Abs 4 StPO)	171
2. Mangelhafte Belehrung des Zeugen über das Recht auf kontradiktorische Vernehmung sowie über die Verwendbarkeit der Aufzeichnung und des Protokolls über die kontradiktorische Vernehmung	180
3. Durchführung einer kontradiktorischen Vernehmung trotz Vernehmungsverbots	182
4. Durchführung einer kontradiktorischen Vernehmung ohne Gefahr des Beweisverlusts	184
5. Kontradiktorische Vernehmung ohne (ausreichende) Gelegenheit zur Beteiligung	190
a) Geltendmachung von Fehlern bei der kontradiktorischen Vernehmung	190
b) Verlesungsvoraussetzungen nach § 252 Abs 1 Z 2a StPO	195
aa. Beteiligung des Verteidigers	195
bb. Keine ausreichende (angemessene) Gelegenheit zur Beteiligung	200
cc. Neue Fakten, neue Umstände	202
dd. Umformulierung, Veränderung und Nicht-Stellen von Fragen	206
H. Die Rechtslage in Deutschland und in der Schweiz	210
1. Deutschland	210
2. Schweiz	217
I. Rechtspolitische Vorschläge	226

A. Einleitung – Allgemeines

1. Das Wesen der kontradiktorischen Vernehmung

- 1 Normalerweise erfolgen Zeugenvernehmungen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft in Abwesenheit der Verfahrensbeteiligten (§ 160 StPO), wobei der Zeuge das Recht hat, eine Vertrauensperson beizuziehen (§ 160 Abs 2 StPO); nur in Ausnahmefällen – bei besonderem öffentlichen Interesse wegen der Bedeutung der Tat und der verdächtigen Person – ist auf Antrag der Staatsanwaltschaft auch eine richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren vorgesehen (§ 101 Abs 2 zweiter Satz StPO).
- 2 Die kontradiktorische Vernehmung gem § 165 StPO ist eine **besondere Form der Vernehmung**, zu der die **Verfahrensbeteiligten beigezogen** werden. Der Begriff stammt aus dem Lateinischen „*contradictio*“ (Widerspruch, Gegensatz, Widerrede) und bringt zum Ausdruck, dass sich Verfahrensparteien gegenüberstehen, die gegensätzliche Standpunkte vertreten:¹ Die Vernehmung obliegt gem § 104 Abs 1 StPO auch im Ermittlungsverfahren dem Gericht (Einzelrichter) als jene Stelle, bei der die Objektivität bestmöglich garantiert ist. Die sich gegenüberstehenden Parteien (Staatsanwaltschaft bzw Beschuldigter und sein Verteidiger) können die Vernehmung mitverfolgen und (allenfalls beschränkt) das Fragerecht ausüben.
- 3 Die kontradiktorische Vernehmung ist im 10. Abschnitt des 8. Hauptstücks der StPO (Ermittlungsmaßnahmen und Beweisaufnahme) geregelt. Es handelt sich also um eine Beweisaufnahme im **Ermittlungsverfahren**, die von der Idee her frühzeitig erfolgen soll, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der kontradiktorisch vernommene Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Verfügung stehen wird. Kontradiktorische Vernehmungen sind auch im „Zwischenverfahren“ (nach Einbrin-

1 Vgl auch *Nimmervoll*, Strafverfahren² Kap III Rz 523.

gung der Anklage, aber vor der Hauptverhandlung) denkbar.² Unmittelbare Vernehmungen von Zeugen und Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung sind schon von ihrer Natur her kontradiktorisch. Doch sind in der Hauptverhandlung die Regeln über die schonende kontradiktorische Vernehmung (unter beschränkter Beteiligung der Parteien) sinngemäß anzuwenden (§ 250 Abs 3 StPO).

2. Ziele und Zwecke der kontradiktorischen Vernehmung

Nach dem Wortlaut des Gesetzes liegt der vorrangige Zweck der kontradiktorischen Vernehmung³ in der **Wahrheitserforschung**. Denn die kontradiktorische Vernehmung setzt voraus, dass ein Zeuge (oder Mitbeschuldigter) voraussichtlich in der Hauptverhandlung nicht mehr als Zeuge für eine (unmittelbare) Vernehmung zur Verfügung stehen wird (§ 165 Abs 1). Durch eine frühzeitige kontradiktorische Vernehmung im Ermittlungsverfahren wird die Aussage „gesichert“ und kann so in das Beweisverfahren und in die Urteilsfindung einfließen. Dies war auch die ursprüngliche Intention der kontradiktorischen Vernehmung nach der Stammfassung der StPO.⁴ Durch das Nachfragen der Parteien können Unklarheiten beseitigt und die Glaubhaftigkeit von Aussagen überprüft werden.

Mit der Beiziehung der Parteien wird den Erfordernissen der EMRK entsprochen. Denn nach Art 6 Abs 3 lit d EMRK hat der Beschuldigte das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen. Dieses essentielle **Verteidigungsrecht** kann der Beschuldigte bzw sein Verteidiger zumindest eingeschränkt im Rahmen der kontradiktorischen Vernehmung ausüben (dazu näher Rz 48).

2 *Mayerhofer/Salzmann*, StPO⁶ § 165 Anm 1, Rz 19.

3 Siehe dazu *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 Rz 2 ff; *Lässig*, ÖJZ 2006, 407.

4 Siehe näher geschichtliche Entwicklung Rz 20 ff.

- 6 In den Vordergrund gerückt ist mittlerweile aber der **Opferschutzaspekt**: Die kontradiktorische Vernehmung wird in der Praxis – auch durch gesetzliche Vorgaben bedingt – vor allem eingesetzt, um schützenswerten Opfern strafbarer Handlungen (Zeugen) mehrmalige Vernehmungen und damit eine mögliche „sekundäre Viktimisierung“ (dazu Rz 53) zu ersparen. Die StPO hat den Kreis der besonders schutzbedürftigen Opfer in den letzten Jahren laufend erweitert (§ 66a StPO), sie verpflichtet die Gerichte in immer größerem Umfang zur Durchführung kontradiktorischer Vernehmungen (§ 165 Abs 4 StPO) und befreit diese Zeugen dann vor der Pflicht zu (weiteren) Aussagen (§ 156 Abs 1 Z 2 StPO). Die Aufzeichnung der Vernehmung kann in der Hauptverhandlung gem § 252 Abs 1 Z 2a StPO vorgeführt werden, das Opfer wird gar nicht mehr zur Hauptverhandlung geladen, wenn es bei der kontradiktorischen Vernehmung erklärt hat, sein Aussagebefreiungsrecht in Anspruch nehmen zu wollen.

Der Gesetzgeber hat die diffizile Aufgabe, einen Ausgleich zwischen diesen einander zuwiderlaufenden Interessen der Wahrheitsfindung, der Wahrung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und des Opferschutzes zu finden.⁵

- 7 Bei der (seltener vorkommenden) kontradiktorischen Vernehmung von **Mitbeschuldigten** entfällt dieser Opferschutzaspekt. Sie ist für Fälle gedacht, in denen es voraussichtlich zu einer Verfahrensausscheidung kommen wird und der (formal als Zeuge zu vernehmende) Mitbeschuldigte voraussichtlich sein Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO in Anspruch nehmen wird.⁶

Auch **anonyme Zeugen** (zB verdeckte Ermittler, denen durch Aufdeckung ihrer Identität eine ernste Gefahr droht: § 162 StPO) können (in der Hauptverhandlung) kontradiktorisch unter beschränkter Beteiligung der Parteien vernommen wer-

5 „Spannungsdreieck“: *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 Rz 2; siehe auch *Schwaighofer*, AnwBl 2005, 456; ähnlich *Lässig*, ÖJZ 2006, 406 f.

6 EBRV StPRefG 213; *Kirchbacher* in WK-StPO § 165 Rz 3.

den (§ 250 Abs 3 iVm § 165 StPO).⁷ Auf die Sonderproblematik gefährdeter Zeugen wird in dieser Arbeit jedoch nicht näher eingegangen.⁸

B. Gesetzliche Grundlagen

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Für die Zulässigkeit und Ausgestaltung der kontradiktorischen Vernehmung von besonderer Relevanz ist der Grundsatz des **fairen Verfahrens**, der in **Art 6 EMRK** festgelegt ist und in Österreich im Verfassungsrang steht. Zu einem fairen Verfahren gehört das Recht auf Verteidigung, und in dieser Hinsicht ist wiederum vor allem Art 6 Abs 3 lit d EMRK bedeutsam: das Recht des Beschuldigten, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Der Beschuldigte muss ausreichende und wirksame Gelegenheit haben, Fragen an Belastungszeugen zu stellen und die Aussagen zu bestreiten.⁹

Da die kontradiktorische Vernehmung eines Zeugen die Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung ersetzen soll, müssen die Verteidigungsrechte zumindest im Rahmen der kontradiktorischen Vernehmung gewährleistet werden. Allerdings beurteilt der EGMR in ständiger Rechtsprechung ein Strafverfahren immer in seiner Gesamtheit, ob es als fair iSd Art 6 EMRK anzusehen ist oder nicht. Die Unmöglichkeit der Befragung von Belastungszeugen bedeutet nicht per se und zwingend eine Verletzung des Art 6 EMRK. Auch wenn das Fragerecht nicht gewährt wurde, kann das Verfahren noch als fair angesehen wer-

⁷ *Kroschl* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO-Kommentar II § 250 Rz 19; *Hinterhofer*, Zeugenschutz 91; *Mayerhofer/Salzmann*, StPO⁶ § 165 Anm 2.

⁸ Dazu eingehend *Hinterhofer*, Zeugenschutz 33 ff, 68 ff.

⁹ Siehe insb EGMR 27.9.1990, 12489/86, *Windisch/Österreich* = ÖJZ 1991/2 (MRK); EGMR 20.11.1989, 10/1988/154/208, *Kostovski/Niederlande* = ÖJZ 1990/9 (MRK); vgl *Birklbauer*, AnwBl 2002, 516.

den, wenn die Verteidigungsrechte auf andere Weise ausreichend gewährt wurden, zB durch ergänzende Kontrollbeweise.¹⁰

In manchen Fällen kann das Fragerecht objektiv überhaupt nicht gewährt werden, zB wenn ein erst polizeilich vernommener Belastungszeuge plötzlich verstirbt. Weiters gibt es Fälle, in denen eine (kontradiktorische) Vernehmung zu schweren gesundheitlichen (psychischen) Nachteilen für die zu vernehmende Person führen könnte, sodass sie der Sache nach undurchführbar ist.¹¹

- 10** Bis zum Jahr 2011 vertrat der EGMR in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass ein Schuldspruch nicht allein auf eine belastende Aussage eines Zeugen gestützt werden darf, der nicht befragt werden konnte.¹² Seit dem Jahr 2011 gilt jedoch auch in diesem Fall das Fragerecht des Beschuldigten nicht mehr absolut: Sofern ausreichende andere kompensierende Faktoren gegeben sind, um insgesamt ein faires Verfahren zu gewährleisten, verletzt ein zentral auf diesen Belastungszeugen gestützter Schuldspruch Art 6 EMRK nicht.¹³ Kompensierende Faktoren sind beispielsweise die Überprüfung der Verlässlichkeit der Zeugenaussage durch andere Beweise. In den Fällen *Unterpertinger, Asch* und *Windisch* gegen Österreich sah der EGMR den Grundsatz des fairen Verfahrens jedoch verletzt, weil sich der Schuldspruch zentral auf belastende Aussagen anonymer Zeugen stützte, die nicht nur nicht befragt werden konnten, sondern deren

10 Siehe EGMR 26.4.1991, 12398/86, *Asch/Österreich* = EuGRZ 1992, 474; siehe weiter *Woblers* in *Donatsch* ua, Kommentar zur schwStPO² Art 147 Rz 12f mit zahlreichen Nachweisen aus der Rsp des EGMR; vgl auch OGH 11 Os 39/17w.

11 Siehe etwa 15 Os 139/18g; 14 Os 143/99, 14 Os 17/99 = EvBl 1999/164; *Schmoller* in WK-StPO § 13 Rz 12 mwN.

12 EGMR 23.4.1997, 21363/93 uam, *van Mechelen/Niederlande* Rz 55; EGMR 27.2.2001, 33354/96, *Lucà/Italien* Rz 40.

13 EGMR 15.12.2011, 26766/05 und 22228/06, *Al-Khawaja* und *Tabery*/Großbritannien, EGMR 6.12.2012, 25088/07, *Pesukic*/Schweiz.

Glaubwürdigkeit auf Grund der Anonymität auch nicht ansatzweise überprüft werden konnte.¹⁴

Das Fragerecht gilt also nicht absolut. Es kann beschränkt werden, soweit dies sachlich begründet, notwendig und verhältnismäßig ist. Dies gilt ganz besonders bei gefährdeten Zeugen.¹⁵

2. Europarechtliche Vorgaben

Auch Rechtsakte der EU haben maßgeblichen Einfluss auf die Regelungen, die bei einer kontradiktorischen Vernehmung zu beachten sind. Es geht einerseits um Rechtsakte, die die Verteidigungsrechte des Beschuldigten sichern sollen, andererseits um Rechtsakte, die dem Schutz von Opfern strafbarer Handlungen dienen: 11

Die **Richtlinie Rechtsbeistand**¹⁶ soll dem Beschuldigten zwecks Gewährleistung eines fairen Verfahrens mit entsprechenden **Verteidigungsmöglichkeiten** einen wirksamen Zugang zu seinem Rechtsbeistand und eine möglichst ungestörte Kommunikation sichern. Dazu gehört auch die Unterstützung des Beschuldigten bei der Ausübung des Fragerechts im Zuge (kontradiktorischer) Vernehmungen von Zeugen.¹⁷ 12

An **Rechtsakten der EU zum Schutz von Opfern** strafbarer Handlungen sind zu nennen: 13

14 EGMR 27.9.1990, 12489/86 *Windisch/Österreich* = ÖJZ 1991/2 (MRK).

15 EGMR 15.6.1992, 12433/86, *Lüdi/Schweiz*.

16 Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl L 2013/294, 1 vom 6.11.2013.

17 EBRV zum StPRÄG I 2016, 1058 BlgNR 25. GP 10f.

- die Richtlinie zur Entschädigung der Opfer von Straftaten aus dem Jahr 2004,¹⁸
- die Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des RB 2002/629/JI aus dem Jahr 2011,¹⁹
- die Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des RB 2004/68/JI aus dem Jahr 2011²⁰ sowie
- die Richtlinie über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten aus dem Jahr 2012;²¹ sie ersetzt den Rahmenbeschluss über die Stellung des Opfers im Strafverfahren aus dem Jahr 2001.²²

3. Einfachgesetzliche Bestimmungen der Strafprozessordnung

- 14** Die zentrale Bestimmung, in der die StPO die Voraussetzungen und das Verfahren bei kontradiktorischen Vernehmungen regelt, ist § 165 StPO. Ergänzend ist besonders § 61 Abs 1 Z 5a StPO hervorzuheben, der für die kontradiktorische Vernehmung Verteidigerzwang anordnet, wenn für die Hauptverhandlung notwendige Verteidigung bestünde. § 104 Abs 1 StPO ordnet für die kontradiktorische Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten die Zuständigkeit des Gerichts an; die Staatsanwaltschaft hat diese besondere gerichtliche Beweisaufnahme gem § 101 Abs 2 StPO zu beantragen.
- 15** Opfer gem § 65 Z 1 lit a StPO sind in der Hauptverhandlung auf ihren Antrag hin auf die in § 165 Abs 3 StPO beschriebene Art und Weise zu vernehmen. Besonders schutzbedürftige Opfer ha-

18 RL 2004/80/EG ABl L 2004/261, 15.

19 RL 2011/36/EU ABl L 2011/101, 1.

20 RL 2011/92/EU ABl L 2011/335, 1.

21 RL 2012/29/EU, ABl L 2012/315, 57.

22 RB 2001/220/JI, ABl L 2001/82, 1.