

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

3/2023
2. Jahrgang

S. 131-218

Inhalt

DAS SCHWEIGERECHT IM STRAFVERFAHREN – DER NEMO-TENETUR-GRUNDSATZ IN INTRADISZIPLINÄRER UND VERGLEICHENDER PERSPEKTIVE

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Das Schweigerecht im Strafverfahren – Der nemo-tenetur-Grundsatz in intradisziplinärer und vergleichender Perspektive

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg, Prof. Dr. Andreas Th. Müller, Basel

131

AUFSÄTZE

Strafprozessrecht

Nemo tenetur – Ein grundrechtlicher Aufriss

Von Prof. Dr. Christoph Bezemek, BA, LL.M. (Yale), Graz

132

Nemo-tenetur-Grundsatz und Menschenwürde: Zum Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit

Von Prof. Dr. Mathias Hong, Kehl

143

Der nemo-tenetur-Grundsatz als Ausfluss des Widerstandsrechts bei Thomas Hobbes

Von Assoz. Prof. PD Dr. Marie-Luisa Frick, Universität Innsbruck

146

Gehalt und Reichweite des Schweigerechts im Verbandsstrafrecht

Von Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Wien

151

Nemo tenetur se detegere – was gilt in Italien?

Ein Grundsatz im Wandel konkurrierender Interessen

Von Assoz. Prof. Dr. Margareth Helfer, Universität Innsbruck

156

Der nemo-tenetur-Grundsatz im US-amerikanischen Recht

Von Univ.-Prof. Dr. Verena Murschetz, LL.M. (UCLA), Innsbruck

164

Der nemo-tenetur-Grundsatz im schweizerischen Strafverfahrensrecht – für natürliche und juristische Personen

Von Dr. Lukas Staffler, LL.M. (London), Zürich, RA Oliver Jany, Zürich

169

Verbotener Zwang zur Selbstbelastung, Aussagefreiheit und angemessene Verteidigung aus der Sicht des österreichischen Strafprozessrechts

Von Prof. Dr. Andreas Venier, Universität Innsbruck

176

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

3/2023
2. Jahrgang

S. 131-218

Inhalt (Forts.)

AUFSÄTZE (Forts.)

Europäisches Strafrecht

- Die Richtlinie (EU) 2016/343 und der nemo-tenetur-Grundsatz im Unionsrecht
Von Prof. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale), Basel 180
- Viel Lärm um Nichts? Kritische Überlegungen zum Mehrwert der EU-Richtlinie über die
Unschuldsvermutung
Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg 189
- Zur rechtshilferechtlichen Dimension des Schweigerechts
Von Prof. Dr. Dominik Brodowski, Saarbrücken 197

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Die rätselhaften Debatten zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz – wieso gelingt es
so selten, die strafrechtliche Gesetzgebung zu begrenzen?
Zum 90. Geburtstag von Wolfgang Naucke am 8. Juni 2023
Von Prof. Dr. Monika Frommel, Kiel 203

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafanwendungsrecht

- BGH, Urt. v. 24.11.2022 – 3 StR 64/22
(Zum Begriff der Inlandstat)
(Wiss. Mit. Dennis Klein, Gießen) 211

Verbotener Zwang zur Selbstbelastung, Aussagefreiheit und angemessene Verteidigung aus der Sicht des österreichischen Strafprozessrechts

Von Prof. Dr. **Andreas Venier**, Universität Innsbruck

Der Beitrag befasst sich mit einigen vom Standpunkt des österreichischen Rechts besonders bedeutsamen Fragen rund um den nemo-tenetur-Grundsatz: die Vernehmung des Beschuldigten und der Beistand durch einen Verteidiger, das Beweisverbot wegen unzulässiger Einwirkung auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten sowie das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen bei Selbstbelastungsfahr.

I. Rechtlicher Hintergrund

Ein gesetzlich ausdrücklich anerkannter Verfahrensgrundsatz ist seit dem Strafprozessreformgesetz 2004¹ das Recht auf Verteidigung. § 7 öStPO umschreibt dieses Recht in zwei Absätzen:

Abs. 1: Der Beschuldigte hat das Recht, sich selbst zu verteidigen und in jeder Lage des Verfahrens den Beistand eines Verteidigers in Anspruch zu nehmen.

Abs. 2: Der Beschuldigte darf nicht gezwungen werden, sich selbst zu belasten. Es steht ihm jederzeit frei, auszusagen oder die Aussage zu verweigern. Er darf nicht durch Zwangsmittel, Drohungen oder Versprechungen zu Äußerungen genötigt oder bewogen werden.

Das Recht des Beschuldigten, sich zu verteidigen, entweder selbst oder durch einen Verteidiger (Abs. 1), und das Recht der Aussagefreiheit (Abs. 2 S. 2) sowie das an die Behörden gerichtete Verbot, den Beschuldigten zu einer Selbstbelastung oder auch nur zu einer Äußerung zu zwingen oder durch Versprechen zu verleiten (Abs. 2 S. 1 und S. 3), hängen untrennbar zusammen:² Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen und über sein Aussageverhalten frei entscheiden zu können, macht Verteidigung erst möglich, und Verteidigung ohne den Beistand eines Verteidigers ist häufig ineffektiv. Gerade der unerfahrene Beschuldigte hat dem Druck eines Polizeiverhörs wenig entgegenzusetzen. Die bohrenden Fragen des Vernehmenden, der einmal freundlich, einmal drohend auf die mildernde Wirkung eines Geständnisses und die angebliche Aussichtslosigkeit weiterer Verteidigung hinweist, schüchtern den Beschuldigten ein. Die Drohung mit Festnahme und Untersuchungshaft oder das Versprechen, sich beim Staatsanwalt für Milde und Freilassung einzusetzen, sind alte, aber wirksame Waffen, um einen Beschuldigten zum Reden zu bringen. Drohungen und Versprechungen zur Erlangung von Geständnissen sind freilich verboten, aber in Abwesenheit eines Verteidigers werden solche Verbote, vorsichtig gesagt, nicht immer eingehalten, und es besteht auch keine Gewähr, dass sie eingehalten werden. Die ungewohnte Sprache des Protokolls erschwert es dem Beschuldigten außerdem, fehlerhafte oder missverständliche Formulierungen zu erkennen. Und welcher Beschuldigte will schon einen energisch auftretenden Vernehmungsbeamten, der einem erklärt,

man könne seine Aussage später immer noch „zurückziehen“ oder „richtigstellen“, mit einer Protokollrüge „belästigen“? Der Verteidiger dagegen ist in der Lage, dem Beschuldigten in der belastenden Situation der Vernehmung psychisch und rechtlich beizustehen, ihn vor Übergriffen und anderen Rechtsverletzungen zu schützen, und er kann beim Vernehmungsorgan dafür eintreten, dass der Mandant die ihm zustehenden Rechte ungeschmälert und sinnvoll wahrnehmen kann. Der Verteidiger wird auch ohne Scheu die ihm notwendig scheinenden Änderungen des Protokolls verlangen und den Beschuldigten davon abhalten, ein fehlerhaftes oder missverständlich verfasstes Protokoll zu unterschreiben.

Das Recht auf Verteidigerbeistand schafft somit die Voraussetzung dafür, dass der Beschuldigte insbesondere das Recht auf freie Entscheidung über sein Aussageverhalten wahrnehmen und gegen Versuche der Strafverfolgungsorgane, es zu beschneiden oder auszuhebeln, wirksam schützen kann. Nach der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH)³ zum Anklagegrundsatz nach Art. 90 Abs. 2 des österreichischen Bundesverfassungs-Gesetzes (B-VG) darf der Beschuldigte nicht zum Objekt des Verfahrens gemacht werden, z.B. indem er durch physischen oder psychischen Zwang zu einem Geständnis der strafbaren Handlung gezwungen wird – dies wäre mit seiner Parteistellung nicht vereinbar. Auch wenn Art. 90 Abs. 2 B-VG ursprünglich nicht den Sinn haben mochte, den Beschuldigten mit Parteirechten auszustatten,⁴ so ist es doch zu begrüßen, dass der VfGH den Anklagegrundsatz mit der Parteistellung des Beschuldigten in Verbindung bringt und daraus zumindest das Recht ableitet, nicht zu selbstbelastenden Aussagen gezwungen zu werden. Mit der Parteistellung unvereinbar ist aber jede verbotene Vernehmungsmethode, die den Beschuldigten zu einer Aussage nötigt oder verleitet und ihm dadurch die Aussagefreiheit nimmt (§ 7 Abs. 2 öStPO); und zum Objekt des Verfahrens wird der Beschuldigte aber auch dann, wenn ihm das Ermittlungsorgan den Beistand eines Verteidigers (§ 7 Abs. 1 öStPO) verweigert und dadurch die wirksame Ausübung seiner Parteirechte erschwert oder gar verunmöglicht. Warum sollten die justiziellen Verfahrensgarantien der Bundesverfassung hinter den – in Österreich übrigens seit 1964⁵ im Verfassungsrang stehenden – Mindestgarantien der EMRK⁶ zurückstehen? Da der EGMR den nemo-tenetur-Grundsatz dem Kernbereich eines fairen Verfahrens zuordnet und

¹ BGBl. I 2004/19, in Kraft seit dem 1.1.2008.

² Murschetz, ÖJZ 2010, 650 (651).

³ Seiler, Strafprozessrecht, 19. Aufl. 2022, Rn. 397; VfSlg. 5235/1966, 5295/1966, 9950/1984, 11923/1988, 14988/1997, 18550/2008.

⁴ Kritisch zur Ableitung aus Art. 90 Abs. 2 B-VG: Wiederin, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 165. Lfg., Stand: Februar 2012, § 4 Rn. 12, 15 ff.

⁵ In den Verfassungsrang gehoben durch das BGBl. 1964/59.

⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 15; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 13. Aufl. 2022, Rn. 681, 959 ff., 971.

eine effektive Verteidigung für unverzichtbar erachtet,⁷ sollte dies auch auf ein zeitgemäßes, materielles Verständnis des Anklageprinzips durchgeschlagen.

Was § 7 öStPO dem Grunde nach postuliert, scheint jedoch in späteren strafprozessualen Bestimmungen zum Teil wieder in Frage gestellt. Die Problematik zeigt sich an drei Beispielen: den Regeln über die Vernehmung des Beschuldigten, der Ausgestaltung des Beweisverbots im Zusammenhang mit solchen Vernehmungen und dem Aussageverweigerungsrecht des Zeugen bei Selbstbelastungsgefahr.

II. Die Vernehmung des Beschuldigten und die Rolle des Verteidigers

Die Regeln über die Vernehmung des Beschuldigten finden sich in § 164 öStPO; sie gelten für richterliche, staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Vernehmungen, und zwar ohne Unterschied, ob das vernehmende Organ den Tatverdächtigen (§ 48 Abs. 1 Nr. 2 öStPO) zum Beschuldigten „erklärt“ oder ihn vorläufig nur formlos befragen will. Eine formlose Befragung („Erkundigung“ nach § 151 Nr. 1 öStPO) ist nichtig, wenn sie die Bestimmungen über die Vernehmung des Beschuldigten umgeht (§ 152 Abs. 1 öStPO). Eine Vernehmung setzt eine „förmliche Information“ über die Stellung und die Rechte des zu Vernehmenden voraus (§ 151 Nr. 2 öStPO). Das bedeutet im Fall des Beschuldigten, dass ihm vor Beginn der Befragung alle nach § 164 Abs. 1 öStPO vorgeschriebenen Informationen, die seine Rechtsstellung und seine Rechte betreffen, erteilt werden müssen.⁸ Diesem Informations- bzw. Belehrungsgebot kommt das Vernehmungsorgan nach, wenn es dem Beschuldigten in einer für ihn verständlichen Art und Weise (vgl. § 50 Abs. 2, § 171 Abs. 4 öStPO) mitteilt,⁹ welcher Tat er verdächtig ist, dass er sich zur Sache äußern kann, aber nicht muss, dass er sich zuvor mit einem Verteidiger beraten und ihn der Vernehmung beiziehen kann, ferner dass seine Aussage seiner Verteidigung dienen, ihn aber auch belasten kann. Diese Informationen sind für eine Vernehmung essentiell, ihr Fehlen macht aus einer Befragung eine formlose Erkundigung, die eine förmliche Vernehmung umgeht und Nichtigkeit zur Folge hat.¹⁰

⁷ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 6), § 24 Rn. 125, 138 mit zahlreichen Belegen aus der Rspr. des EGMR. Siehe auch *Bezemek*, ZfIStw 3/2023, 132, in dieser Ausgabe.

⁸ *Venier*, in: Bertel/Venier (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 153 Rn. 3, § 164 Rn. 1; *Urbanek*, in: Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess (Hrsg.), Linzer Kommentar zur Strafprozessordnung, 2020, § 164 Rn. 11; ähnlich *Seiler* (Fn. 3), Rn. 413.

⁹ Die Praxis begnügt sich zumeist mit einem Formblatt, das dem Beschuldigten zur Durchsicht vorgelegt wird.

¹⁰ *Schwaighofer*, in: Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess (Fn. 8), § 281 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 12; *Venier* (Fn. 8), § 153 Rn. 3. Abzulehnen ist die Auffassung, dass dieser Fall erst eintritt, wenn keine einzige der in § 164 Abs. 1 öStPO vorgeschriebenen Informationen erteilt wurde; vgl. aber *Michal-Kwapinski*, in: Fuchs/Ratz (Fn. 4), 362. Lfg., Stand: August 2022, § 166 Rn. 22.

Die Belehrung nach § 164 Abs. 1 öStPO will den Beschuldigten einerseits auf die Gefahr möglicher Selbstbelastung und, damit zusammenhängend, auf die Freiheit auszusagen oder zu schweigen, hinweisen; andererseits ihn auf das Recht aufmerksam machen, sich vorher mit einem Verteidiger zu besprechen, dessen Beistand häufig erst die sinnvolle Wahrnehmung dieser Freiheit ermöglicht. Komplementär dazu verfolgt § 164 Abs. 4 öStPO das Ziel, dem Beschuldigten diese Freiheit zu erhalten und unzulässige Einflussnahmen abzuwehren. In Ausführung der in § 7 Abs. 2 öStPO normierten Prinzipien dürfen daher weder Versprechungen oder Vorspiegelungen, z.B. es bestehe eine Aussagepflicht,¹¹ noch Drohungen oder Zwangsmittel angewendet werden, um den Beschuldigten zu einem Geständnis oder anderen Angaben zu bewegen. Die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten sowie sein Erinnerungsvermögen und seine Einsichtsfähigkeit dürfen „durch keinerlei Maßnahmen“ oder gar körperliche Eingriffe beeinträchtigt werden. Der Freiheit der Aussage dienen noch weitere, gleichfalls in Abs. 4 normierte Verbote. So dürfen die an den Beschuldigten gestellten Fragen nicht unbestimmt, mehrdeutig oder verfänglich sein. Fragen, mit denen dem Beschuldigten Umstände vorgehalten werden, die erst durch seine Antwort geklärt werden sollen (Suggestivfragen), dürfen nur gestellt werden, wenn es zum besseren Verständnis des Zusammenhangs erforderlich ist, d.h. wenn sonst nicht verständlich gefragt werden könnte.¹² Fragen, die eine vom Beschuldigten nicht zugestandene Tatsache als bereits zugestanden behandeln (Fangfragen), sind überhaupt unzulässig (ausdrücklich Abs. 4 S. 5). Der Beschuldigte darf durch die Art der Fragestellung nicht „hereingelegt“ werden, um von ihm die Antworten zu erhalten, die man sich erwartet.

Den Vernehmungsregeln des § 164 öStPO kommt demnach eine Schlüsselrolle bei der Umsetzung und Absicherung der in § 7 öStPO dargelegten Grundsätze zu. Allerdings ist das Gesetz nicht frei von Widersprüchen. Besonders unangenehm fällt in dieser Hinsicht § 164 Abs. 2 öStPO auf. Danach ist einerseits der Beschuldigte berechtigt, bei der Vernehmung einen Verteidiger beizuziehen, aber andererseits der Verteidiger nicht berechtigt, sich an der Vernehmung in irgendeiner Weise zu beteiligen oder sich über die Beantwortung einzelner Fragen mit dem Beschuldigten zu beraten; es droht ihm sonst der Ausschluss von der Vernehmung.¹³ Erst nach Abschluss der Vernehmung oder „nach thematisch zusammenhängenden Abschnitten“ soll der Verteidiger Fragen an den Beschuldigten richten und Erklärungen abgeben dürfen, also dann, wenn der Mandant schon ausgesagt und sich in wesentlichen Punkten – häufig zu seinem Nachteil – schon festgelegt hat. Hier bleibt das Gesetz hinter der Forderung der Richtlinie (EU) Rechtsbeistand¹⁴ nach „wirksamer

¹¹ *Haslwarter*, in: Fuchs/Ratz (Fn. 4), 360. Lfg., Stand: August 2022, § 7 Rn. 50.

¹² *Venier* (Fn. 8), § 161 Rn. 3.

¹³ Vgl. etwa *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens, 2017, Rn. 7.638.

¹⁴ Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem

Teilnahme“ des Verteidigers an der Befragung von Beschuldigten und Verdächtigen zurück;¹⁵ wie im Übrigen ein zum Schweigen verurteilter Verteidiger schwerlich als „Beistand“ i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gelten kann. Bei richtlinien- und grundrechtskonformer Auslegung muss sich der Verteidiger an der Vernehmung seines Mandanten angemessen beteiligen können.¹⁶ Das setzt jedenfalls voraus, dass der Verteidiger auf die Einhaltung der gesetzlichen Vernehmungsmethoden, insbesondere des § 164 Abs. 4 öStPO (verbotene Vernehmungsmethoden), pochen und dem Beschuldigten bei Regelverstößen raten darf, nicht weiter auszusagen. Diesen Ratschlag muss der Verteidiger aber auch losgelöst von Regelverstößen geben können, etwa weil er befürchtet, der Mandant könnte sich sonst durch Äußerungen selbst belasten. Merkwürdig ist auch, dass der österreichische Gesetzgeber es Beschuldigten und Verteidigern verbietet, sich zu einzelnen Fragen zu beraten. So wird der Verteidiger dem Beschuldigten bei heiklen Fragen wohl die Aussageverweigerung empfehlen, selbst auf die Gefahr hin, dass er von der Teilnahme an der weiteren Vernehmung ausgeschlossen wird, da er sich nach Meinung des Vernehmungsorgans an der Vernehmung „beteiligt“ habe, obwohl ihm dies „auf keine Weise“ gestattet sei (siehe § 164 Abs. 2 öStPO). Der Beschuldigte würde dadurch seinen Beistand für die weitere Vernehmung verlieren. Die Aussagefreiheit des Beschuldigten ist aber gerade dann besonders gefährdet, wenn die Vernehmung ohne Verteidiger abläuft und das Vernehmungsorgan ungestört Vernehmungsmethoden anwenden kann, die aus seiner Sicht größeren Erfolg versprechen als eine streng gesetzeskonforme Vorgangsweise.

III. Das Beweisverbot im Zusammenhang mit der Vernehmung des Beschuldigten

Das Strafprozessreformgesetz 2004¹⁷ schuf mit § 166 öStPO ein besonderes Beweisverbot für den Fall, dass Aussagen, die den Beschuldigten benachteiligen, unter Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Abs. 1 Nr. 1) oder sonst durch unerlaubte Einwirkung auf die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung oder durch unzulässige Vernehmungsmethoden, „soweit sie fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzen, gewonnen wurden und ihr Ausschluss zur Wiedergutmachung dieser Verletzung unerlässlich ist“ (Abs. 1 Nr. 2). Während demnach erfolgte oder unter Anwendung anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zustande gekommene Aussagen als Beweis zum Nachteil des Beschul-

digten generell nicht verwendet werden dürfen („absolutes Beweisverbot“¹⁸), sind Aussagen, die durch andere Einwirkungen auf die Freiheit des Willens oder andere unzulässige Methoden gewonnen wurden, nur dann nicht verwertbar, wenn sie fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzen und ihr Ausschluss zudem zur Wiedergutmachung dieser Verletzung unerlässlich ist. Hier stellen sich zwei Fragen: Wann verletzen solche Einwirkungen und Methoden fundamentale Verfahrensgrundsätze, und vor allem, wann ist der Ausschluss einer Aussage, die unter Verletzung eines solchen Grundsatzes zustande gekommen ist, zur Wiedergutmachung jemals nicht unerlässlich?

Fundamental sind jedenfalls das Recht auf angemessenes rechtliches Gehör (§ 6 öStPO) und das Recht auf Verteidigung (§ 7 öStPO).¹⁹ Fundamental sind aber auch die in Ausführung dieser Grundsätze ergangenen Bestimmungen, z.B. die nach § 164 öStPO vorgeschriebenen Informationen des Beschuldigten über seine Stellung und seine Rechte bei einer Vernehmung. Wenn der Beschuldigte über seine Rechte nicht Bescheid weiß, kann er sie auch nicht ausüben, z.B. nicht frei darüber entscheiden, ob er die Aussage ganz oder teilweise verweigern oder erst nach der Besprechung mit einem Verteidiger oder unter der Bedingung aussagen soll, dass der Verteidiger bei der Vernehmung Beistand leistet.²⁰ So beeinträchtigt das Fehlen dieser Informationen zumeist auch die Freiheit der Aussage, die durch § 7 Abs. 2 öStPO garantiert ist. Die Verletzung der Aussagefreiheit bewirkt ein Beweisverbot jedoch nur unter der Voraussetzung, dass dies „zur Wiedergutmachung“ unerlässlich i.S.v. unentbehrlich ist. Der Justizausschuss,²¹ dem sich die h.M. anschließt,²² will die Unerlässlichkeit durch eine Interessenabwägung feststellen. Demnach soll das Interesse an einer „zusätzlichen staatlichen Distanzierung (Schwere des Verfahrensfehlers)“ gegen „das Interesse an einem inhaltlich richtigen Urteil“ abgewogen werden. Es scheint, als könne ein unfaires, weil gegen fundamentale Rechtsgrundsätze verstoßendes, Verfahren nachträglich durch „Abwägung“ zu einem fairen gemacht werden. Von der Verletzung grundlegender Beweisgewinnungsregeln durch seine Organe kann sich der Staat aber glaubhaft nur „distanzieren“, wenn er das Beweisergebnis für unverwertbar erklärt.²³ Wenn der Staat, um das Beweisergebnis verwenden zu können, die Regelverletzung nachträglich durch eine Abwägung relativiert, distanziert er sich in Wahrheit gerade nicht vom Fehlverhalten seines Organs, ganz abgesehen da-

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. EU 2013 Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1.

¹⁵ Venier, in: Kert/Lehner (Hrsg.), Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext, Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag, 2018, S. 309 (320 f.).

¹⁶ Murschetz, ÖJZ 2010, 650 (653).

¹⁷ BGBl. I 2004/19.

¹⁸ Michel-Kwapinski (Fn. 10), § 166 Rn. 13.

¹⁹ Fabrizio/Kirchbacher, Kurzkomentar zur österreichischen Strafprozessordnung, 14. Aufl. 2022, § 166 Rn. 4; Dietrich/Höcher, in: Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess (Fn. 8), § 166 Rn. 15; Michel-Kwapinski (Fn. 10), § 166 Rn. 16.

²⁰ Venier (Fn. 8), § 166 Rn. 4.

²¹ Justizausschussbericht (JAB), 406 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 22. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 20.

²² Z.B. Schmoller, in: Fuchs/Ratz (Fn. 4), 242. Lfg., Stand: April 2016, § 3 Rn. 71, 71/8; Michel-Kwapinski (Fn. 10), § 166 Rn. 6, 19; ähnlich Hinterhofer/Oshidari (Fn. 13), Rn. 7.650.

²³ Ebenso Seiler (Fn. 3), Rn. 409.

von, dass unerlaubte Einwirkungen auf die Aussagefreiheit immer auch Gefahren für die Wahrheitsfindung mit sich bringen.²⁴

IV. Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen bei Selbstbelastungsgefahr

Ein Zeuge darf nach § 157 Abs. 1 öStPO die Aussage verweigern, wenn er sich sonst der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung (Nr. 1 Alt. 1) oder „im Zusammenhang mit einem gegen ihn geführten Strafverfahren“ der Gefahr aussetzen würde, sich über seine bisherige Aussage hinaus selbst zu belasten (Nr. 1 Alt. 2). Gemäß der zweiten Alternative müssen Tatverdächtige als Zeugen aussagen, wenn für sie keine Gefahr mehr besteht, sich in Bezug auf ein gegen sie selbst geführtes Verfahren „über ihre bisherige Aussage hinaus“ zu belasten. Diese Einschränkung geht zurück auf die Ansicht der Rechtsprechung, dass Tatbeteiligte oder Anschlussstäter (z.B. Drogenhändler und Drogenabnehmer), die in getrennten Verfahren verfolgt werden, im jeweils anderen Verfahren als Zeugen aussagen müssen, wenn und soweit sie im eigenen Verfahren schon ein (dort nicht widerrufenes) Geständnis abgelegt haben und sich darum nicht weiter belasten könnten.²⁵ Die Verpflichtung, eine Selbstbezeichnung wiederholen zu müssen, die der Tatverdächtige im eigenen Verfahren erhoben hat, begründe keine Gefahr mehr.²⁶ Eine Selbstbelastungsdrohung drohe erst recht nicht mehr, wenn der Tatverdächtige im eigenen Verfahren – diesfalls mit oder ohne Geständnis – rechtskräftig verurteilt worden sei.²⁷ Diese Position führt dazu, dass Tatverdächtige oder bereits Verurteilte wegen falscher Zeugenaussage (§ 288 Abs. 1 öStGB) verfolgt werden, wenn sie in anderen Verfahren als „Zeugen“ – der Wahrheit zuwider – weiter leugnen oder ein Geständnis widerrufen. An dieser Sichtweise hält der OGH bis heute fest, wobei er aber den Betroffenen zugesteht, dass sie nicht durch Beugemittel (Geldbuße, Beugehaft) zu einer Aussage über eigene Tatbeiträge gezwungen werden dürfen, weil dies – man lese und staune – dem Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 90 Abs. 2 B-VG, § 7 Abs. 2 öStPO widerspreche.²⁸ Aber der Zwang zur Selbstbelastung entsteht nicht erst durch die Anwendung eines Beugemittels, sondern bereits durch dessen ausdrückliche oder implizite Androhung. Schon im Befehl an den Tatverdächtigen, er habe auszusagen, schwingt die Drohung mit, den Befehl bei Nichtbefolgung mit Beugemitteln durchzusetzen, und in der Ermahnung, wahrheitsgemäß auszusagen, ist die Drohung enthalten, sonst strafrechtlich verfolgt zu werden. Im Übrigen schreibt das Gesetz seit BGBl. I 2014/71 vor, dass Verdächtige, auch wenn

nicht förmlich gegen sie ermittelt wird, wie Beschuldigte zu behandeln sind (§ 48 Abs. 2 öStPO); und einer Straftat verdächtig bleibt der Verdächtige auch in Verfahren, in denen es nicht um seine, sondern die Verfolgung eines Mit- oder Anschlussstäters geht.²⁹

V. Resümee

Der Beschuldigte hat das Recht, jederzeit frei darüber zu entscheiden, ob er aussagen oder schweigen will; er darf nicht durch Zwangsmittel, Drohungen oder Versprechungen zu Äußerungen genötigt oder bewogen werden. § 7 öStPO formuliert diese Grundsätze im Anschluss an das Recht auf Verteidigerbeistand, und zwar aus gutem Grund: Der Beistand eines Verteidigers ermöglicht dem Beschuldigten die wirksame Ausübung seiner Rechte und die Abwehr unzulässiger Eingriffe in seine Rechtsposition. Das zeigt sich besonders bei der Vernehmung durch Organe der Polizei (siehe I.). Das Gesetz verlangt demgemäß die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte bei der Vernehmung (§ 164 Abs. 1 öStPO). Der Beschuldigte hat unter anderem das Recht, den Verteidiger der Vernehmung beizuziehen, aber dieser darf sich an der Vernehmung „auf keine Weise beteiligen“, sich auch nicht über die Beantwortung einzelner Fragen mit dem Beschuldigten beraten (§ 164 Abs. 2 öStPO). Eine solche „Beiziehung“ des Verteidigers ist kein effektiver Beistand und darum aus grund- und europarechtlicher Sicht nicht ausreichend (siehe II.).

Das österreichische Recht statuiert ein Beweisverbot für Aussagen, die auf eine unzulässige Einwirkung auf die Willensentschließung oder Willensfreiheit oder auf verbotene Vernehmungsmethoden zurückgehen. Allerdings steht dieses Verbot unter dem Vorbehalt, dass fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind und der Ausschluss des Beweismittels „zur Wiedergutmachung dieser Verletzung unerlässlich ist“ (§ 166 Abs. 1 Nr. 2 öStPO). Dies ermöglicht nach h.M. eine Abwägung im Einzelfall auf der Grundlage sehr vager Kriterien. Das führt zu einer bedenklichen Relativierung des Beweisverbots (siehe III.).

Zeugen dürfen bei Selbstbelastungsgefahr die Aussage verweigern (§ 157 Abs. 1 öStPO). Nach der Judikatur gilt das Entschlagungsrecht für Verdächtige, die in einem anderen Verfahren als Zeugen auch über eigene Tatbeiträge befragt werden sollen, aber nur eingeschränkt: Der Verdächtige darf im eigenen Verfahren nicht schon gestanden haben; bei rechtskräftigem Schuldspruch im eigenen Verfahren muss er auch über bisher geleugnete Tatbeiträge wahrheitsgemäß aussagen. Der OGH verbietet nur die Anwendung von Beugemitteln, nimmt es aber hin, dass Verdächtige bzw. Verurteilte für unwahre Aussagen über eigene Tatbeiträge (z.B. wahrheitswidriges Leugnen) wegen falscher Beweisaussage bestraft werden. Diese Rechtsprechung steht im Widerspruch zum nomen-tenetur-Grundsatz und lässt zudem das Gebot (§ 48 Abs. 2 öStPO) außer Acht, dass Verdächtige auch in Verfahren, in denen nicht förmlich gegen sie ermittelt wird, bei Befragungen wie Beschuldigte zu behandeln sind (siehe IV.).

²⁴ *Venier* (Fn. 8), § 166 Rn. 3.

²⁵ OGH, Entsch. v. 12.7.1994 – 14 Os 82/94 = EvBl 1994/138; verteidigt von *Ratz*, JBl 2000, 291 (298 ff.), und geteilt von den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 25 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 22. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 203 f.

²⁶ So *Ratz*, JBl 2000, 291 (298).

²⁷ Nachweise in Fn. 25.

²⁸ OGH, Entsch. v. 24.5.2016 – 11 Os 51/16h.

²⁹ *Venier*, in: Dietrich/Glaser/Kert/Tipold (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Brandstetter, 2022, S. 405 (407 ff.).