

## Verbraucherrechte-Richtlinie

Selbstbindungsgesetz  
Die Feigenblatt-Doktrin

Verbraucher-Kreditvertrag  
Kontoführungsgebühren

Umstellung auf  
Namensaktien

Überholender  
Markenschutz?

Whistleblowing durch  
Betriebsrat

AMA-Gütesiegel/  
-Biozeichen

# Die Zulässigkeit von staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokollen im Zivilprozess

*Zunehmend ermittelt die Staatsanwaltschaft auch gegen diverse Vorstände und Mitarbeiter von Beratungsunternehmen wegen Verdachts auf Untreue, Betrug oder Marktmanipulation. Dabei stellt sich – insbesondere vor dem Hintergrund des § 281 a ZPO – die Frage, inwieweit ein geschädigter Anleger in einem solchen Ermittlungsverfahren aufgenommene Protokolle im Zivilprozess als Beweismittel verwenden kann.*

THOMAS KAINZ

## A. Einleitung

Die gegenständliche Problemstellung ergab sich in mehreren vom Autor vor dem HG Wien geführten Anlegerprozessen. Die geschädigten Kunden legten dort diverse Vernehmungsprotokolle aus einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren vor. Die Beklagtenseite sprach sich mit Berufung auf § 281 a ZPO gegen deren Verwendung aus. Der folgende Beitrag untersucht die prozessualen Möglichkeiten, ein solches Vernehmungsprotokoll im Zivilverfahren zu verwenden.

## B. Verwendung als Urkundenbeweis gem §§ 292 ff ZPO

Ein staatsanwaltschaftliches Vernehmungsprotokoll stellt eine öffentliche Urkunde iSd § 292 Abs 1 ZPO dar. Als solche kann das Protokoll grundsätzlich von jeder Partei im Zivilprozess vorgelegt und als Beweismittel verwendet werden. Gleichsam kann jede Partei die Beischaffung und Verwendung eines (konkreten) Aktenteils aus einem Ermittlungsverfahren beantragen. Die andere Partei vermag dies allgemein nicht zu verhindern. Auch eine Verwertung als Urkundenbeweis durch das Gericht ist jedenfalls möglich, zumal der Zivilprozessordnung Beweisverwertungsverbote fremd sind.<sup>1)</sup> Der Beweiswert des als öffentliche Urkunde vorgelegten Vernehmungsprotokolls ist jedoch im Vergleich zur Verwertung der darin enthaltenen Aussage nach § 281 a ZPO qualitativ niedriger. Aus der Qualität des Protokolls und Gerichtsakts als öffentliche Urkunde ergibt sich nämlich bloß der (volle) Beweis dessen, was im betreffenden Verfahren vorgekommen ist.<sup>2)</sup> Das bedeutet Folgendes: Eine Partei des Zivilverfahrens kann zwar ein staatsanwaltschaftliches Vernehmungsprotokoll

jederzeit als Urkunde vorlegen. Daraus ergibt sich jedoch nur, dass die StA bezeugt, dass der Beschuldigte bzw Zeuge vor ihr entsprechend einvernommen wurde. Einen unmittelbaren Zeugenbeweis des Vernommenen im Zivilprozess kann diese Urkunde nicht ersetzen. Möchte die Partei erreichen, dass das Gericht die in der Urkunde enthaltene Aussage des Vernommenen als mittelbaren Zeugenbeweis verwertet, so müssen – dazu sogleich – die Voraussetzungen des § 281 a ZPO erfüllt sein bzw muss der damals Aussagende erneut im Zivilprozess einvernommen werden.

## C. Verwertung der Aussage gem § 281 a ZPO

### 1. „Protokoll“ versus „Aussage“

§ 281 a ZPO bestimmt, dass ein in einem gerichtlichen Verfahren über streitige Tatsachen aufgenommenes Protokoll im Zivilprozess als Beweismittel verwendet und von einer neuerlichen Beweisaufnahme Abstand genommen werden kann, wenn die Parteien an diesem gerichtlichen Verfahren beteiligt waren und nicht eine von ihnen ausdrücklich das Gegenteil beantragt (Z 1 lit a) oder die an diesem Verfahren nicht beteiligten Parteien einer Verwendung ausdrücklich zustimmen (Z 2). Ebenso ist eine Verwendung dann zulässig, wenn die Parteien am Verfahren beteiligt waren und das Beweismittel nicht mehr zur Verfügung steht (Z 1 lit b).

Dr. Thomas Kainz, LL. M., ist Rechtsanwalt und Partner bei Kerres | Partners.

1) Vgl Rechberger in Fasching, ZPO III<sup>2</sup> Vor § 266 Rz 70 mwN.

2) Vgl OLG Wien 28. 5. 2010, 5 R 45/10i, E ist noch nicht rechtskräftig.

Das ist leicht verwirrend, haben wir doch eben gehört, dass ein Protokoll aus einem anderen Verfahren immer und uneingeschränkt als Urkundenbeweis gem §§ 292 ff ZPO verwendet werden kann. Die Lösung ist: § 281 a ZPO regelt in Wahrheit nicht die Frage der Zulässigkeit von Protokollen *per se*, sondern der darin enthaltenen „*Aussage*“ als Beweismittel.<sup>3)</sup> Diese Aussage kann die Aussage einer Partei ebenso sein wie die Aussage eines Zeugen oder eines Beschuldigten im Strafprozess. Auch das im Protokoll festgehaltene Ergebnis eines Augenscheins kann eine solche Aussage darstellen.<sup>4)</sup><sup>5)</sup> Ein Vorlageverbot von Protokollen ist einer Beschränkung des Urkundenbeweises nach §§ 292 ff ZPO möchte § 281 a ZPO sohin nicht statuieren. Die Verwendung des Wortes „*Protokoll*“ in § 281 a ZPO ist insofern irreführend.<sup>6)</sup> § 281 a ZPO spricht von Protokollen, die in einem „*gerichtlichen Verfahren*“ aufgenommen wurden. Regelt § 281 a ZPO damit überhaupt die Verwendung von Aussagen aus staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren?

## 2. Staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren als „gerichtliche Verfahren“ iSd § 281 a ZPO?

Für die Qualifikation des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens als gerichtliches Verfahren spricht zunächst, dass auch das Ermittlungsverfahren der StA gem § 1 Abs 2 StPO zum Strafverfahren gehört und das Strafverfahren sowohl in der Lehre<sup>7)</sup> wie auch in der Rsp<sup>8)</sup> zu den „gerichtlichen Verfahren“ iSd § 281 a ZPO zählt. Darüber hinaus ist auch der Zweck des im Jahr 1983 in die ZPO eingefügten § 281 a,<sup>9)</sup> nämlich die Erreichung einer Verfahrensbeschleunigung durch die ausnahmsweise Zulassung von mittelbaren Beweismitteln,<sup>10)</sup> ein Indiz für eine großzügige Verwendung von Protokollen jeder Art und damit eine weite Auslegung des Begriffs des „gerichtlichen Verfahrens“. In einer – noch nicht rechtskräftigen – E aus dem Jahr 2010 hat auch das OLG Wien das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren unter den Begriff des „gerichtlichen Verfahrens“ iSd § 281 a ZPO subsumiert.<sup>11)</sup>

## 3. Verwendung der Aussage mit Einverständnis der Gegenpartei

Waren beide Parteien des Zivilprozesses am staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren beteiligt,<sup>12)</sup> so kann die in dem Vernehmungsprotokoll enthaltene Aussage dann verwendet werden, wenn nicht eine Partei gem § 281 a Z 1 lit a ZPO ausdrücklich das Gegenteil beantragt. Sollten eine oder mehrere Parteien am Ermittlungsverfahren nicht beteiligt gewesen sein, so müssen diese einer Verwendung im Zivilprozess gem § 281 a Z 2 ZPO ausdrücklich zustimmen.

## 4. Verwendung der Aussage bei Verhinderung des Vernommenen

Auch ohne Einverständnis der Parteien kann die Aussage entsprechend § 281 a Z 1 lit b ZPO verwendet werden, nämlich dann, wenn der damals Vernom-

mene heute nicht mehr zur Verfügung steht. Das ist insb dann der Fall, wenn er zwischenzeitig verstorben oder unbekanntem Aufenthaltsort ist.

## 5. Verwendung bei neuerlicher Einvernahme des bereits Vernommenen

### a) Einhaltung der Voraussetzungen nur bei „Abstandnahme von neuerlicher Beweisaufnahme“

§ 281 a ZPO gebietet die Einhaltung seiner Z 1 und 2 dann, wenn von einer „*neuerlichen Beweisaufnahme Abstand genommen*“ wird. Damit wird in Wahrheit klargestellt, dass das Gericht nur dann entsprechend § 281 a Z 1 lit a bzw Z 2 ZPO das Einverständnis der Parteien einholen muss, wenn es einen in einem anderen gerichtlichen Verfahren unmittelbar aufgenommenen Beweis mittelbar anstelle einer neuerlichen unmittelbaren Beweisaufnahme verwenden möchte und das Beweismittel noch vorhanden<sup>13)</sup>

3) Das verdeutlicht auch das Wort „*hierüber*“ in § 281 a ZPO. Dieses stellt klar, dass es sich bei dem aufgenommenen Beweis eigentlich um den Inhalt des Protokolls – dh die Aussage selbst – handelt.

4) Vgl OLG Wien 29. 11. 2011, 1 R 164/11 m, E ist noch nicht rechtskräftig, sowie *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> § 281 a Rz 5.

5) Anm: Durch das in § 281 a ZPO erwähnte schriftliche Sachverständigen-gutachten wird auch die Verwertung des Beweismittels des Sachverständigen ausdrücklich unter Vorliegen der Voraussetzungen des § 281 a ZPO für zulässig erklärt.

6) Anm: Vor diesem Hintergrund erscheint eine Überarbeitung des Wortlauts dahingehend empfehlenswert, dass anstelle der Wendung „*das Protokoll hierüber oder ein schriftliches Sachverständigen-gutachten*“ das Wort „*dieser*“ gesetzt wird. Damit wird klargestellt, dass sich die Bestimmung auf die Verwendung der früheren „*Aussage*“ aus dem gerichtlichen Verfahren – nicht auf das Protokoll bzw Gutachten selbst – bezieht. In diesem Sinne sollte auch die Wendung „*und von einer neuerlichen Beweisaufnahme Abstand genommen werden*“ durch „*anstelle einer neuerlichen, unmittelbaren Beweisaufnahme*“ ersetzt werden. Bei dieser Gelegenheit wäre es auch sinnvoll, in einer Ergänzung jene Verfahren aufzuzählen, welche als gerichtliche Verfahren iSd § 281 a ZPO gelten. Dazu sogleich unten C.2. Insofern würde sich folgende neue Textierung anbieten: „(1) Ist über streitige Tatsachen bereits in einem gerichtlichen Verfahren ein Beweis aufgenommen worden, so kann dieser anstelle einer neuerlichen, unmittelbaren Beweisaufnahme als Beweismittel verwendet werden, wenn (...); (2) Als gerichtliche Verfahren im Sinne des Abs 1 gelten sämtliche Zivilverfahren (Zivilprozesse, Außerstreit-, Exekutions- und Insolvenzverfahren) sowie auch Strafverfahren (inklusive Verfahren vor der Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei).“

7) Siehe *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> § 281 a Rz 5 sowie *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO<sup>3</sup> § 281 a Rz 2.

8) LGZ Wien 24. 2. 2009, 42 R 659/06 g EFSlg 124.912.

9) RGBI 1895/113 idF BGBl 1983/135.

10) Bzw das Weichen der unmittelbaren Beweisaufnahme zugunsten der Prozessökonomie, vgl auch *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO<sup>3</sup> § 281 a Rz 1 und *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> § 281 a Rz 1.

11) OLG Wien 28. 5. 2010, 5 R 45/10 i. Anm: Das OLG Wien begründet seine Ansicht damit, dass auch das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren gemäß der StPO-Novelle 2007 dieselben rechtsstaatlichen Garantien wie ein gerichtliches Vorerhebungs- oder Voruntersuchungsverfahren vor der genannten Strafprozessrechtsnovelle bietet. Vollends überzeugt scheint das OLG Wien dabei jedoch nicht, wenn es davon spricht, dass das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren „*wohl auch*“ als gerichtliches Verfahren zu sehen ist.

12) Anm: „Beteiligt“ war der frühere Beschuldigte, Privatankläger oder Privatbeteiligte, nicht jedoch der Zeuge oder Sachverständige, s *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> § 281 a Rz 8 mwN.

13) Vgl § 281 a Z 1 lit b ZPO.

ist.<sup>14)</sup> Daraus folgt, dass die Aussage aus einem staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokoll grundsätzlich immer auch dann uneingeschränkt im Zivilprozess verwendet werden kann, wenn das Gericht den damals Vernommenen im Zivilprozess erneut vernimmt.<sup>15)</sup> Das Gericht gefährdet dabei mangels Abstandnahme von einer (neuerlichen) unmittelbaren Beweisaufnahme den Grundsatz der Unmittelbarkeit gerade nicht. Ein den Parteien in solch einer Situation gewährtes Zustimmungs- bzw. Widerspruchsrecht liefe dem Zweck des § 281 a ZPO zuwider.

Auch nach der Rsp müssen die Voraussetzungen des § 281 a ZPO nur in einem solchen Fall gewahrt sein, dass die Verwendung eines Gerichtsakts oder eines Protokolls aus einem Gerichtsakt dem erkennenden Zivilgericht einen unmittelbaren Beweis – durch Zeugen, Sachverständige, Augenschein oder Parteienvernehmung – ersparen, eine solche unmittelbare Beweisaufnahme also ersetzen soll.<sup>16)</sup> Eine Verwertung der Aussage ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 281 a ZPO ist lediglich ohne neuerliche Einvernahme des Zeugen unzulässig.<sup>17)</sup>

#### b) Situation bei Entschlagung

Ein Sonderfall tritt ein, wenn das Zivilgericht die neuerliche Beweisaufnahme zwar angeordnet hat, der damals Vernommene sich nunmehr im Zivilverfahren jedoch in zulässiger Weise der Aussage entschlägt.<sup>18)</sup> Gerade bei der Verwendung von staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokollen kann diese Situation entstehen, wenn sich der im Strafverfahren bereits Vernommene und im Zivilprozess erneut Geladene nunmehr auf die Gefahr der Zuziehung einer (weiteren) strafgerichtlichen Verfolgung beruft. Lässt das Gericht die Aussageverweigerung zu, so stellt sich die Frage, ob (trotzdem) eine unmittelbare Beweisaufnahme stattgefunden hat. Hat das Gericht bereits mit der Ladung des damals Vernommenen eine neuerliche (unmittelbare) Beweisaufnahme iSd § 281 a ZPO durchgeführt? Oder ist das Kriterium der neuerlichen Beweisaufnahme erst dann erfüllt, wenn der einst Vernommene auch im Zivilverfahren eine entsprechende Aussage getätigt hat? Wenn ja, zu welchen Themen muss er eine Aussage gemacht haben? Zu sämtlichen im Protokoll enthaltenen Punkten? Zu wenigstens einem? Oder reicht es, wenn er zumindest irgendeine (im Protokoll nicht enthaltene) Aussage macht, sodass sich das Gericht einen unmittelbaren persönlichen Eindruck von seiner Glaubwürdigkeit verschaffen kann?

Hierbei ist zu beachten, dass die Aussageverweigerungsgründe des § 321 ZPO ein Beweisaufnahmeverbot begründen.<sup>19)</sup> Eine berechtigte Verweigerung zu sämtlichen Fragen verhindert demnach eine (unmittelbare) Beweisaufnahme. Diese findet nicht schon dadurch statt, dass der Zeuge geladen wurde, sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von ihm machen und ihm Fragen stellen konnte.<sup>20)</sup> Anders ist dies zu beurteilen, wenn der Zeuge sich zumindest hinsichtlich einer Frage nicht (berechtigt) entschlägt. In diesem Fall gibt es eine – zumindest teilweise – unmittelbare Beweisaufnahme. Nach der Rsp stellt die Beantwortung einzelner Fragen dann keine „neuerliche“ Beweisaufnahme iSd § 281 a ZPO dar, wenn

sich der Zeuge gerade zu den Themen entschlägt, die Eingang in die Feststellungen des Urteils gefunden haben.<sup>21)</sup> Beantwortet der Zeuge im Zivilprozess sohin Fragen, so findet eine unmittelbare Beweisaufnahme statt. Eine „neuerliche“ Beweisaufnahme iSd § 281 a ZPO erfolgt jedoch erst dann, wenn der Zeuge zumindest eine unmittelbare Aussage zu einer für das Urteil relevanten Feststellung trifft. Im Ergebnis hat der Zeuge sohin wenigstens zu einem für die Beweisführung wesentlichen – weil im Vernehmungsprotokoll behandelten – Themenkomplex Stellung zu nehmen.

#### c) Sinnvolle Lockerung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

Möchte eine Partei die Aussage aus einem staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokoll verwenden und entschlägt sich der damals Vernommene zu den relevanten Themengebieten, müssen sohin die Voraussetzungen des § 281 a Z 1 oder 2 ZPO erfüllt sein. Indem der Zeuge die Aussage verweigert, steht der Verfügbarkeit des Beweismittels jedoch ein dauerndes Hindernis entgegen, sodass eine mittelbare Verwendung der Aussage aus dem Vernehmungsprotokoll in diesem Fall gem § 281 a Z 1 lit b ZPO möglich ist.<sup>22)</sup> Auch sehen es die Lehre und Rsp in gewissen Fällen für zulässig an, den Unmittelbarkeitsgrundsatz dort „vernünftig zu lockern“, wo ein ansonsten bei der beweisführenden Partei eintretender Beweisnotstand letztlich zu einer sachlich unrichtigen Entscheidung führen würde.<sup>23)</sup> Solange der damals im Ermittlungsverfahren Vernommene erneut geladen und befragt wird, kann eine Partei sohin die Aussage aus einem staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokoll im Zivilprozess jedenfalls verwenden. Selbst wenn der Beweisgegner nicht einverstanden ist und aufgrund einer Aussageverweigerung des Zeugen keine neuerliche Beweisaufnahme stattfinden kann, ist eine Verwendung gem § 281 a Z 1 lit b ZPO sowie aufgrund des sich ergebenden Beweisnotstands zulässig.

14) Dazu, dass die „Verwendung“ des fremden Beweismittels nicht zwingend mit der Abstandnahme von einer neuerlichen Beweisaufnahme einhergehen muss, s *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> § 281 a Rz 4.

15) Bzw kann das Zivilgericht das Ergebnis eines bereits aufgenommenen Augenscheins bzw ein erstelltes Gutachten jedenfalls immer dann uneingeschränkt verwenden, wenn der Augenschein bzw die Gutachtenserstellung im Zivilprozess wiederholt werden.

16) OLG Wien 29. 11. 2011, 1 R 164/11 m mwN auf *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> Vor § 266 Rz 106. Dieser E folgend OLG Wien 28. 12. 2011, 15 R 57/11 d. Vgl auch OLG Wien 28. 5. 2010, 5 R 45/10 i. E sind noch nicht rechtskräftig.

17) Vgl OLG Wien 6. 7. 2010, 2 R 45/10 t, E ist noch nicht rechtskräftig.

18) Vgl § 321 Abs 1 Z 1 und § 380 ZPO.

19) *Frauenberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> § 321 Rz 3.

20) So auch OLG Wien 28. 5. 2010, 5 R 45/10 i, E ist noch nicht rechtskräftig.

21) OLG Wien 28. 5. 2010, 5 R 45/10, E ist noch nicht rechtskräftig.

22) Vgl auch OLG Wien 28. 5. 2010, 5 R 45/10 i, E ist noch nicht rechtskräftig.

23) OLG Wien 28. 5. 2010, 5 R 45/10 i mwN auf *Fasching*, LB<sup>2</sup> Rz 672, E ist noch nicht rechtskräftig. Vgl in diesem Zusammenhang auch die Ablehnung von Beweisverwertungsverboten bei *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III<sup>2</sup> Vor § 266 Rz 70.

**Praxistipp**

Möchte eine Partei die Aussage eines im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren Vernommenen im Zivilprozess trotz Widerspruchs der Gegenseite verwenden, so sollte die Partei noch einmal die Einvernahme des Vernommenen beantragen.

**D. Ergebnis**

Eine Partei im Zivilverfahren hat zwei Möglichkeiten ein staatsanwaltschaftliches Vernehmungsprotokoll zu verwenden: Entweder über den allgemeinen Weg des Urkundenbeweises gem §§ 292 ff ZPO. In diesem Fall ist eine Vorlage jederzeit und uneingeschränkt möglich. Der Beweiswert des Protokolls ist dabei jedoch verhältnismäßig gering, da die Urkunde lediglich beweist, was die StA in Bezug auf die damalige Einvernahme schriftlich festgehalten hat. Der zweite Weg der Verwendung kann über § 281 a ZPO erfolgen. Die Vorlage ist hierbei zwar weniger erfolgversprechend, da sie die Gegenpartei jederzeit gem § 281 a Z 1 lit a oder Z 2 ZPO verhindern kann. Eine Ausnahme hiervon wäre nur dann gegeben, wenn das Beweismittel gem § 281 a Z 1 lit b ZPO nicht mehr zur Verfügung stünde, in etwa, weil der damals Vernommene zwischenzeitig verstorben oder unbekanntem Aufenthaltsort ist. Abhilfe gegen das gegnerische Vetorecht schafft jedoch ein Antrag auf neuerliche Einvernahme des damals Vernommenen, wo-

durch die in § 281 a ZPO erwähnte Abstandnahme von der Beweisaufnahme umgangen werden kann. Selbst wenn sich der Zeuge im Zivilprozess der Aussage entschlagen sollte, könnte das Zivilgericht aufgrund des dadurch entstehenden Ausfalls des Beweismittels gem § 281 a Z 1 lit b ZPO auf die damalige Aussage des Zeugen im Vernehmungsprotokoll zugreifen. Der Vorteil einer derartigen Vorgehensweise ist nicht zu übersehen: Während der Urkundenbeweis der Partei lediglich als Beweis dient, dass der Zeuge damals bei der StA einvernommen wurde, ermöglicht eine Verwertung der Aussage, dass die damals unmittelbar aufgenommene Aussage nunmehr auch im Zivilprozess als mittelbare Aussage verwendet wird und das Gericht seine Feststellungen darauf gründen kann, als ob der damals Vernommene die Aussage auch vor dem Zivilgericht selbst getätigt hätte.

## SCHLUSSTRICH

*Ein staatsanwaltschaftliches Vernehmungsprotokoll kann jederzeit als Urkundenbeweis gem §§ 292 ff ZPO verwendet werden, die darin enthaltene Aussage gem § 281 a ZPO nur mit Einverständnis der Gegenseite sowie bei Verhinderung oder neuerlicher Einvernahme des damals Vernommenen.*