

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf
Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer
Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
Martina Weixelbraun-Mohr
Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

November 2018

21

937 – 984

Aktuelles

Kompetenzflechtung Bund – Länder: der erste Schritt ➔ 937

Beiträge

Alles fließt. Gedanken zur „neuen“ Handlungsfähigkeit und ihren Erscheinungsformen

Peter Bydlinski ➔ 941

Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis
der StPO Eckart Ratz ➔ 951

Evidenzblatt

Internationale Gerichtsstandsvereinbarung: Autonomie und
Wirksamkeitsmangel Lukas Hussmann ➔ 959

Auch dem rein biologischen Vater kann ein Kontaktrecht
zum Kind zukommen Severin Kietaihl ➔ 963

Aktenkundige PrivatGA ➔ 975

Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis der StPO

Das Verfahren zur Bestellung und Führung von Sachverständigen wurde durch das StPÄG 2014 und das StRÄG 2015 grundlegend umgestaltet. In diesem Beitrag soll die Begrifflichkeit des Sachverständigenbeweises aufgezeigt und zu praktisch relevanten Fragen Stellung bezogen werden.¹⁾

Von Eckart Ratz

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Beweisthema, Beweismittel (SV) und Person des SV
- C. Aufnahme des SVBeweises durch das Gericht
- D. Bestellung bei Aufnahme des SVBeweises durch die StA
- E. Die Frist des § 126 Abs 5 erster Satz StPO
- F. Rechtliche Einordnung von Erklärungen des Beschuldigten nach § 126 StPO
- G. SVBeweisaufnahme durch die StA
- H. Einhaltung von § 126 Abs 5 StPO vermeidet strukturelle Befangenheit
- I. Verfahrensrüge gegen SVBeiziehung in der Hauptverhandlung
- J. Mehrere Beschuldigte (§ 48 Abs 2 StPO)
- K. § 222 Abs 3 StPO, Privatgutachter und besonderes Fachwissen der StrafverfolgungsBeh

A. Einleitung

Mit BGBl I 2014/71 hat der Gesetzgeber den unter dem Aspekt der Verfahrensfairness nach Art 6 Abs 3 lit d EMRK geäußerten grundrechtlichen Bedenken am Sachverständigenbeweis (SVBeweis) der StPO²⁾ vollständig Rechnung getragen. Das in § 126 Abs 5 StPO

geregelter Verfahren garantiert StA und Verteidigung gleiche Rechte, sodass gegen die Beiziehung bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesener Sachverständiger (SV) in der Hauptverhandlung unter dem Aspekt struktureller Befangenheit **keine grundrechtlichen Bedenken mehr** ins Treffen geführt werden können.³⁾

Im Zusammenhang mit der Neugestaltung geäußerte **Befürchtungen⁴⁾ haben sich nicht erfüllt**. Die Effizienz des SVBeweises hat nicht gelitten. Der Einzelrichter ist auf Kontrolle beschränkt – kein eigenständig agierender Untersuchungsrichter alten Stils. Dass von manchen weiterhin die Beiziehung von PrivatSV verlangt wird, ist als politisches Desiderat legitim, aus (grund-)rechtlicher Sicht nicht mehr. →

1) Eingehend und instruktiv zum SVBeweis *Hinterhofer*, WK-StPO §§ 126f.

2) Zuletzt mit subtiler Analyse von Bemühungen zweier OGH-Senate, § 126 Abs 4 dritter Satz StPO verfassungskonform auszulegen: *Świdorski*, Ist die Bestellung und die Führung des Sachverständigen im Strafverfahrensrecht verfassungsrechtlich unbedenklich? ÖJZ 2014, 956.

3) Höchst lesenswert: *Rebisant*, Waffengleichheit beim Sachverständigenbeweis: OGH, VfGH und StPÄG 2014, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 205, mit umfassender Aufarbeitung von Rsp und Schrifttum.

4) Vgl *Dietrich* in *Kert/Kodek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht Rz 21.14.

ÖJZ 2018/126

Art 6 Abs lit a, b und d EMRK; §§ 126, 222 Abs 3 StPO

OGH 23. 1. 2014, 12 Os 90/13 x; 28. 4. 2015, 11 Os 5/15 t; 12. 4. 2018, 15 Os 27/18 m; 25. 6. 2018, 17 Os 7/18 k, 13/18 t, 14/18 i

Beweisverbot; Befangenheit; Konnexität; Sachverständiger

B. Beweisthema, Beweismittel (SV) und Person des SV

Im Folgenden geht es um Ermittlungen der StA (§ 91 Abs 2 StPO), welche diese nach § 103 Abs 2 StPO „durch einen Sachverständigen durchführen lassen“ kann.⁵⁾ Dabei ist zwischen der **Initiative zum SVBeweis**, der **Bestimmung der Person des SV** und der **Aufnahme des SVBeweises** zu differenzieren.

In der Begrifflichkeit für Beweisaufnahmen kann ganz allgemein zwischen dem SV als Beweismittel zur Klärung eines bestimmten Beweisthemas und der Person des SV unterschieden werden. Um trotz unterschiedlicher Aufgaben von StA und Verteidigung im Ermittlungsverfahren iSd Art 6 Abs 3 lit d EMRK gleichen Zugang zur Person des SV zu gewährleisten, unterscheidet § 126 StPO dort zwischen Sachgebiet⁶⁾ und „Sachkunde“. Die Frage, in welches Sachgebiet ein Beweisthema fällt, gehört ebenso wie jene, ob dafür *irgendeine* Person mit besonderem Fachwissen erforderlich ist, zu der von § 126 Abs 1 erster Satz StPO angesprochenen Initiative zum SVBeweis und wird nach § 103 Abs 2 StPO entschieden.⁷⁾ Logisch nachgeordnet folgt die Auswahl der konkreten Person des SV in dem nach § 126 Abs 3 letzter Satz und Abs 5 StPO geregelten Verfahren. In diesem kann die (demnach nur vorläufig getroffene) Festlegung des Sachgebiets nachjustiert werden. Inhaltlich hat aber die **Beurteilung der Sachkunde nach Maßgabe des Sachgebiets** zu erfolgen.⁸⁾ Welcher *Personengruppe* besondere Sachkunde hinsichtlich des Sachgebiets zugeschrieben werden darf und wer aus dieser Gruppe gegenüber anderen Personen „besser qualifiziert“ ist, wird nach der vom befugten Organwalter festgelegten Sachverhaltsgrundlage rechtlich beurteilt,⁹⁾ in der Hauptverhandlung daher nach der vom Schöffengericht¹⁰⁾ zur rechtlichen Beurteilung dieser Frage herangezogenen Sachverhaltsgrundlage, ist also Sache seiner Beweiswürdigung und – aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO – nur einer Willkürkontrolle unterworfen.¹¹⁾ Ein hartes, mit Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO bewehrtes Recht auf Beiziehung eines weiteren SV kennt die StPO hingegen nach Maßgabe des § 127 Abs 3 StPO.

C. Aufnahme des SVBeweises durch das Gericht

Zwar kann die StA, anders als die Verteidigung, Beweisführung durch einen SV (auch bloß zur Erkundung) veranlassen, weil für sie insoweit § 103 Abs 2 StPO, für die Verteidigung hingegen § 55 StPO gilt. Tut die StA das aber, so ist die Verteidigung ihr in Betreff der veranlassenden SVBeweisführung vollkommen gleichgestellt, womit dieselben Bedingungen iSd Art 6 Abs 3 lit d MRK garantiert werden. In der Befugnis der StA, „selbst Ermittlungen durch[zuführen (§ 91 Abs 2) oder durch einen SV durchführen [zu] lassen“, liegt für sich allein kein Fairnessproblem.¹²⁾ Die (nur) der StA auferlegte Pflicht zur Klärung des Sachverhalts (§ 212 Z 2 und 3 StPO) bei der Aufklärung des Verdachts einer Straftat (§ 1 Abs 1, § 91 Abs 1 StPO) darf nicht mit – durch BGBl I 2014/71 garantiertem – gleichem Zugang zu den Personalbeweisen vermengt werden.¹³⁾

Durch das *Verlangen* nach „Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ *gestaltet* der **Beschuldigte den SVBeweis**. Tut er das nicht fristgerecht, verzichtet er (wirksam)¹⁴⁾ auf vollständig gleiche Rechte, womit die Befangenheit des (demnach von der StA zu führenden) SV in der Hauptverhandlung nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden kann, dass „er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist.“¹⁵⁾ Verlangt der Beschuldigte hingegen „die Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“, kommen alle Bestellungs- und Führungskompetenzen dem Gericht zu und die StA wird – in Betreff dieser Beweisaufnahme – sofort zur Partei, hat demnach nur noch dieselben Rechte wie die Verteidigung. Entscheidungen des Einzelrichters (§ 31 Abs 1 Z 1 StPO), auch bloß die Zulassung einzelner Aufträge an den SV, sind als Beschluss anfechtbar. StA und Beschuldigter können unter den gleichen Bedingungen Fragen an den SV richten oder die Ergänzung von Befund und Gutachten (GA) beantragen. Mangelhafte Begründung der Eignung, das Beweisthema zu klären, berechtigt nur dann zur Unterlassung der Beweisaufnahme, wenn der Antrag zur Verzögerung gestellt wurde.¹⁶⁾ Der Einzelrichter hat beide Teile über diese Frage in gleicher Weise anzuhören. Der Austausch der Parteien mit dem vom Gericht geführten SV hat – im Interesse der Waffengleichheit und um dessen Position als neutrale Beweisperson nicht zu unterlaufen – über das Gericht zu erfolgen. Dem Gericht steht es offen, mit dem von ihm geführten SV – etwa zur Wahrung des Beschleunigungsgebots oder der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit¹⁷⁾ im Zusammenhang mit dem GA-Auftrag – auch ohne die Parteien zu kommunizieren. Hält es aber die Beteiligung von StA oder Beschuldigtem an einem Gespräch mit dem SV über die weitere Vorgangsweise in Bezug auf den GA-Auftrag und darauf gerichtete Anträge für geboten, hat es – um den Zweck gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises nicht zu konterkarieren – dem jeweils anderen Teil Gelegenheit zu geben, an die-

5) Bei gerichtlichen Ermittlungen (§ 105 Abs 2 erster Satz [§ 108 a Abs 3 letzter Satz], § 150 Abs 1 zweiter Satz, § 174 Abs 1 dritter Satz, § 180 Abs 3 zweiter Satz, § 196 Abs 1 dritter Satz, § 357 Abs 2 zweiter Satz StPO) oder Beweisaufnahmen ergeben sich die angesprochenen grundrechtlichen Bedenken nicht. § 126 Abs 1 erster Satz StPO sieht SVBestellung vor, „wenn für Ermittlungen oder für Beweisaufnahmen besonderes Fachwissen erforderlich ist“. Ermittlungen sind nach § 91 Abs 2 StPO „entweder als Erkundigung oder als Beweisaufnahme durchzuführen.“

6) Vgl *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 214, der klar zwischen Fachgebiet und Auswahl der Person des SV differenziert.

7) Sei es aus eigenem Antrieb der StA, sei es auf Antrag (§ 126 Abs 1 erster Satz [§§ 55, 107 Abs 4] StPO).

8) Zur Methode und zur mangelnden Bindung der Vorentscheidung vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 4, Vor § 280 Rz 6/1.

9) Bei sich überschneidenden Fachgebieten stellt sich die Frage, ob die Person mit engerem, also speziellem Fokus, gegenüber der anderen besser qualifiziert ist.

10) Bzw Schwurgerichtshof.

11) RIS-Justiz RS0118977; mit der Frage struktureller Befangenheit hat das nichts zu tun.

12) Vgl *Wiederin*, WK-StPO § 6 Rz 12, 59, 79 f, 86.

13) Vgl *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, EMRK⁴ Art 6 Rz 45, 106 f; undifferenziert *Dietrich* in *Kert/Kodek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht Rz 21.15.

14) Vgl *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, EMRK⁴ Art 6 Rz 95.

15) Vgl § 126 Abs 4 dritter Satz idF vor BGBl I 2015/112.

16) § 104 Abs 1 StPO.

17) § 126 Abs 2 c StPO.

sem Gespräch teilzunehmen. All das hat der OGH grundlegend klargestellt.¹⁸⁾

*Rebisant*¹⁹⁾ hat auf die unterschiedlichen Befugnisse des Gerichts zu „Beweisaufnahmen“ und „Ermittlungen“ in § 104 Abs 2 und § 105 Abs 2 StPO hingewiesen und gemeint, dass StA und Beschuldigte die Beweise für ihre Aufnahme einzeln beantragen (Befund, GA, Fragen) müssten, weil das Gericht beim SVBeweis nur die beantragten Beweise aufzunehmen habe. Eine solche Beweisaufnahme entspreche jener bei besonderem öffentlichen Interesse nach § 101 Abs 2 StPO und unterscheide sich von Tatrekonstruktion und kontradiktorischer Vernehmung.²⁰⁾ Die **Befugnis zu eigenständiger Beweisaufnahme** sei wesentlich eingeschränkt. Ergeben sich im Rahmen der SVBeweisaufnahme „für die Beurteilung des Tatverdachts bedeutsame Umstände“ oder droht ein „Beweismittel für eine erhebliche Tatsache“ verloren zu gehen, erlaubt § 104 Abs 2 StPO dem Gericht aber durchaus auch „von Amts wegen [...] weitere Beweise selbst auf[zunehmen]“.

Nur der Beschuldigte darf gerichtliche SVBeweisaufnahme verlangen, „wobei“ zur Sicherstellung (gegenüber der StA) *für ihn* gleicher Rechte **die im § 104 Abs 1 erster Satz StPO angeordnete Modifikation des § 55 StPO** gilt.²¹⁾ Diese gilt demnach nur für StA und Beschuldigte, **nicht für Privatbeteiligte**. Mehr als „die Aufnahme von Beweisen nach § 55 zu beantragen“, gesteht § 67 Abs 6 Z 1 StPO Privatbeteiligten nicht zu.

D. Bestellung bei Aufnahme des SVBeweises durch die StA

Anstelle des Verlangens nach gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises kann der Beschuldigte aber auch **mit Bestellung und Führung von SV oder bloß mit der Führung, nicht aber mit der Bestellung²²⁾ durch die StA einverstanden** sein. Ist er bloß mit der Führung einverstanden, kann er sich gegen die Bestellung über Einspruch wegen Rechtsverletzung und Beschwerde nach Maßgabe von § 126 Abs 5 StPO zur Wehr setzen. Er kann also 14 Tage nach Zustellung der „Ausfertigung der Bestellung samt einer Information“ über die Beschuldigtenrechte durch die StA (§ 126 Abs 3 StPO) einen Enthebungsantrag stellen, gegebenenfalls ergänzt um den Vorschlag, „eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde [...] besser qualifizierte Person“ zu bestellen. Ein **subjektives Recht auf Enthebung ohne Rekurs auf Befangenheit oder Zweifel an der Sachkunde** wäre sachfremd und kann als dem Beschuldigten offenstehende Möglichkeit von **§ 126 Abs 5 erster Satz StPO nicht intendiert** sein. Wer ein aus Zusammenarbeit von Personen mit besonderem Fachwissen mit der StA abgeleitetes Abhängigkeitsverhältnis (als strukturelle Befangenheit) verhindern will, kann SVBestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme verlangen.

Gesonderter Einspruch wegen Rechtsverletzung wird von § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO nicht verlangt²³⁾, was *Rebisant* zutreffend anspricht. Die Vorschrift begnügt sich just deshalb mit einem Enthebungsantrag, weil – wie *Rebisant* betont – „der Antrag [...] des Beschuldigten einem solchen Einspruch ent-

spricht“.²⁴⁾ Anders ausgedrückt, ist im **Enthebungsantrag** für den Fall, dass die StA diesem nicht nachkommen will, ein (speziell geregelter) **Einspruch wegen Rechtsverletzung enthalten²⁵⁾**, dessen Begründung (§ 106 Abs 3 zweiter Satz StPO) überflüssig ist und bei dessen Erledigung § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO den Abs 4 und 5 des § 106 StPO als *lex specialis* vorgeht. Das entspricht auch der Position des JA, dem es nur darum ging, das Verfahren vor dem und über den Einspruch, von dem in der RV noch ausdrücklich die Rede war, zu beschleunigen.²⁶⁾ Folgerichtig braucht § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO in der Kompetenzbestimmung des § 31 Abs 1 StPO nicht erwähnt zu werden und es besteht keine Anordnungslücke zur Frage, „wie das Gericht mit der Vorlage zu verfahren hat“,²⁷⁾ weil § 107 StPO gilt. Ein (zwingend)²⁸⁾ mit dem Antrag verbundener **Vorschlag**, eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person zu bestellen, richtet sich als bloße Anregung an StA und Gericht gleichermaßen. **Gegenstand des Einspruchs ist er nicht²⁹⁾**, weil kein subjektives Recht auf Bestellung der vorgeschlagenen Person, ja nicht einmal auf Entscheidung darüber besteht.³⁰⁾

Rebisant hat zu Recht betont,³¹⁾ dass im Fall gerichtlicher Bestimmung der Person des SV aufgrund von Enthebungsantrag und Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 126 Abs 5 zweiter Satz StPO) die StA iSd § 126 Abs 3 erster Satz erster Fall StPO den SV bestellt, indem sie nach § 107 Abs 4 StPO den der Einspruchsentscheidung entsprechenden Rechtszustand herstellt.³²⁾ Soweit § 126 Abs 4 zweiter Satz StPO bei der Befugnis zur Amtsenthebung wegen Befangenheit oder Zweifeln an der Sachkunde auf „Bestellung durch das Gericht“ abstellt, meint die Vorschrift denn auch Bestellung „für gerichtliche Ermittlungen oder Beweisaufnahmen (§§ 104, 105)“.³³⁾ Einer Bestellung „für gerichtliche Ermittlungen oder Beweisaufnahmen (§§ 104, 105)“ oder – wie es § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO ausdrückt – „**im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme**“ steht solcherart die **Bestellung im Rahmen einer Beweisaufnahme durch die StA gegenüber. Wer den SVBeweis**

18) 17 Os 7/18k, 13/18t, 14/18i EvBl 2018/136.

19) *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 214; übereinstimmend: *Pilnacek/Stricker*, WK-StPO § 104 Rz 30/5, jeweils mwN.

20) §§ 150, 165 StPO.

21) Vgl 203 BlgNR 25. GP 3.

22) Gemeint ist nicht die Befugnis zur Bestellung, sondern die von der StA zum SV bestimmte Person.

23) Anders beim Einspruch gegen Missachtung der Norm.

24) *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 213.

25) Wie hier: *Pilnacek/Stricker*, WK-StPO § 104 Rz 30/1 ff; vgl auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO⁶¹ Einl Rz 118, Vor § 296 Rz 4.

26) 203 BlgNR 25. GP 3.

27) So aber – von seinem Standpunkt aus konsequent – *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 213.

28) Der Vorschlag zur Bestellung einer anderen nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierten Person ist daher nur eine Option im Rahmen des Enthebungsantrags, was § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO klarstellt, indem er von einem „Begehren auf Umbestellung“ spricht.

29) Anders noch die RV, die dem Beschuldigten insoweit Einspruch wegen Rechtsverletzung „unabhängig von den Einschränkungen des § 106 Abs 1 letzter Satz“ zugestehen wollte.

30) 17 Os 19/16x EvBl 2017/91.

31) *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 213f.

32) Zustellung und Information nach § 126 Abs 3 letzter Satz StPO entfallen, weil deren Zweck durch Zustellung der Entscheidung über den Einspruch weggefallen ist.

33) § 126 Abs 3 erster Satz zweiter Fall StPO.

aufnimmt, führt den SV.³⁴⁾ Auch Amtsenthebung nach § 127 Abs 5 erster Satz StPO steht – wie alle anderen Entscheidungen nach erfolgter Bestellung – demjenigen Organ (StA oder Gericht) zu, das den SVBeweis aufnimmt, maW den SV führt.

E. Die Frist des § 126 Abs 5 erster Satz StPO

Nimmt man § 126 Abs 5 erster Satz StPO wörtlich, hat der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren das Recht, binnen 14 Tagen einen Antrag auf Enthebung des bestellten SV zu stellen, und zwar ab

1. Zustellung (Abs 3) oder
2. Kenntnis eines Befangenheitsgrundes oder
3. Vorliegen begründeter Zweifel an der Sachkunde des SV.

Das Verlangen nach Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme dürfte er jederzeit stellen.

Dann aber hätte die Frist keinen Sinn.³⁵⁾ Für das Verlangen nach Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme gälte sie gar nicht und die Zustellung wäre für den Beginn des Fristenlaufs bedeutungslos, weil Befangenheit und Zweifel an der Sachkunde auch jederzeit später reklamiert werden könnten, mit der Maßgabe, dass dies innerhalb von 14 Tagen ab Kenntnis des Befangenheitsgrundes oder des Grundes von Zweifeln an der Sachkunde geschieht (und das trotz mangelnder Tauglichkeit³⁶⁾ subjektiver Kriterien für den Beginn des Laufes einer auf Effizienzgewinn abstellenden Frist). Für die von § 126 Abs 5 zweiter Satz verlangte „unverzügliche“ Vorlage bei Gericht käme es für die StA mithin auf einen höchst unklaren, maW vielfach erst aufzuklärenden Bezugspunkt, nämlich auf den Tag an, an welchem der Beschuldigte vom Befangenheitsgrund oder vom Vorliegen begründeter Zweifel tatsächlich Kenntnis erlangt hat, sodass der Gesetzesbefehl „unverzüglich“ idR durch die Pflicht, die Fristeinhaltung zu prüfen, konterkariert würde, die Vorlage daher gerade nicht unverzüglich zu erfolgen hätte.³⁷⁾ Davon ganz abgesehen, könnten auch noch nach erstatteter Expertise davon unabhängige Zweifel an der Sachkunde des SV mit Erfolg geltend gemacht werden, auch wenn die Expertise nach Maßgabe des § 127 Abs 3 StPO unbedenklich ist. Man stelle sich die – völlig verständlichen – Anstrengungen von Verteidigern angesichts dem Beschuldigten nachteiliger Schlüsse vor: Statt diese selbst in den Fokus zu rücken, ginge es stets erneut um die Person des SV.

Sinn macht die Frist nur just in Hinsicht auf den Bezugspunkt, der nach dem Vorgesagten als Beginn des Fristenlaufs weitgehend bedeutungslos wäre. Daher gilt: **Die 14-Tagesfrist des § 126 Abs 5 StPO ist nur im Verhältnis zur Verständigung (samt Information) nach § 126 Abs 3 StPO von Belang**, und zwar sowohl zur Verständigung durch die StA als auch zur Verständigung durch das Gericht (aufgrund eines Verlangens nach gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises).³⁸⁾

Sie ist **Fallfrist** für

- das Verlangen nach Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme und
- den Antrag auf Enthebung des SV wegen begründeter Zweifel an dessen Sachkunde, samt (etwai-

gem) Vorschlag, eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person zu bestellen;

bloße Mahnfrist hingegen für die Geltendmachung von Befangenheit.

Befangenheit nach § 47 Abs 1 Z 1 und 2 StPO wird von § 126 Abs 4 zweiter Satz StPO ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht und kann im Übrigen **unbefristet** geltend gemacht werden,³⁹⁾ nach der Rsp auch noch in der Hauptverhandlung. Die Nichtigkeitsanktion des § 126 Abs 4 zweiter Satz StPO hintanzuhalten, ist bei gerichtlicher Bestellung auf Verlangen iSd § 126 Abs 5 StPO Sache des Einzelrichters, bei von der StA geführten SV (SVBeweisaufnahme durch die StA) Sache der StA, selbst wenn die Bestellung nach Antrag und Einspruch wegen Rechtsverletzung iSd § 126 Abs 5 StPO in Bindung an die Gerichtsentscheidung vorgenommen wurde (§ 107 Abs 4 StPO).

Später auftretende Zweifel an der Sachkunde sind zwar von Amts wegen wahrzunehmen, werden, was den Beschuldigten angeht, hingegen abschließend von § 127 Abs 3 StPO erfasst.⁴⁰⁾ Geltendmachung von Mängeln iSd § 127 Abs 3 StPO ist im Ermittlungsverfahren nicht fristgebunden,⁴¹⁾ in der Hauptverhandlung bis zum Schluss der Verhandlung zulässig.⁴²⁾

Im Gegensatz zu Befangenheit besteht ein subjektives Recht auf Geltendmachung von Zweifeln an der Sachkunde also nur innerhalb der Fallfrist. Nur innerhalb dieser reklamierte Zweifel sind Gegenstand einer Entscheidung nach § 126 Abs 5 zweiter und dritter Satz StPO. Danach dem zur Führung des SV (SVBeweisaufnahme) befugten Organ (StA oder Gericht) zur Kenntnis gebrachte Umstände dieser Art verpflichten, ebenso wie eigene Wahrnehmungen des Organwalters, diesen zwar zu amtswegiger Prüfung in Richtung etwaiger Enthebung nach § 126 Abs 4 zweiter Satz StPO, verleihen Beschuldigten aber kein Recht auf Entscheidung darüber. Nach Ablauf der Fallfrist erfolgte Mitteilungen von Beschuldigten dazu sind demnach bloß Anregungen, die jedermann machen kann.⁴³⁾

34) Vgl 17 Os 7/18k, 13/18t, 14/18i EvBl 2018/136; Świdorski, ÖJZ 2014, passim; Pilnacek/Stricker, WK-StPO § 104 Rz 30/3.

35) Für ein (weitgehend) wörtliches Verständnis der Vorschrift (und trotzdem Fristenbindung bzgl des Verlangens nach gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises) jedoch Nimmervoll, Strafverfahren² Kap III Rz 229, 231.

36) Wenn nicht unvermeidbar, weil objektive Anknüpfungskriterien fehlen, wie zB im Fall des § 364 StPO.

37) Bei gerichtlich geführten SV könnte bei Fristversäumnis der Antrag als unzulässig zurückgewiesen werden.

38) Wie hier: Pilnacek/Stricker, WK-StPO § 104 Rz 30/3 f.

39) Bei durch die StA geführten SV hilft Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 2 StPO; vgl auch den Einführungserslass zum StPAG 2014, BMJ-S 578.028/0021-IV 3/2014.

40) Übereinstimmend: Fabrizy, StPO¹³ § 126 Rz 16, unter Berufung auf JME 12. 12. 2014, BMJ-S 578.028/0021-IV 3/2014 27 f; vgl auch RIS-Justiz RS0126626: Eine auf mangelnde Sachkunde des SV gegründete Einwendung gegen diesen ist nach Erstattung von Befund und GA zufolge der Spezialregelung des § 127 Abs 3 erster Satz StPO nicht mehr zulässig (RIS-Justiz RS0126626 geht es nicht um Einwände im Ermittlungsverfahren [vgl § 126 StPO idF vor BGBl I 2014/71], wie überhaupt über „Einwendungen“ vor „Erstattung von Befund und GA“ nichts ausgesagt wird).

41) § 106 Abs 1 Z 2 StPO.

42) § 257 erster Satz StPO.

43) Vgl aber Dietrich in Kier/Wess, Handbuch Strafverteidigung Rz 5.42.

F. Rechtliche Einordnung von Erklärungen des Beschuldigten nach § 126 StPO

§ 126 Abs 5 zweiter Satz StPO unterscheidet zwischen Antrag auf Enthebung und Verlangen nach gerichtlicher Beweisaufnahme. Der **Übergang der Befugnis** zu Bestellung und Führung ist daher **Rechtsfolge des Verlangens**, eine Entscheidung darüber also nicht vorgesehen.⁴⁴⁾ Zu entscheiden hat das Gericht nach Übergang der Befugnis zu Bestellung und Führung aber über Antrag und Vorschlag aufgrund seiner eigenen Bestellung (§ 126 Abs 5 letzter Satz StPO).⁴⁵⁾

Der Enthebungsantrag kann durch einen **Vorschlag** hinsichtlich der Bestimmung der Person des SV (vgl. § 126 Abs 2 StPO) ergänzt werden, der bloß eine Anregung ermöglicht, aber **kein subjektives Recht** auf Bestimmung der vorgeschlagenen Person zum SV verleiht.⁴⁶⁾ 17 Os 19/16x⁴⁷⁾ hat darüber hinaus klargestellt, dass der Beschuldigte nicht einmal ein subjektives Recht auf Entscheidung über seinen Vorschlag einer besser qualifizierten Person und demnach keinen⁴⁸⁾ Anspruch auf Begründung hat, weshalb diese nicht zum SV bestellt wurde.

Dagegen hat der Beschuldigte bei bekannt gegebener Befangenheit oder (innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung [§ 126 Abs 3 StPO] begründeten) Zweifeln an der Sachkunde ein Recht auf Enthebung. Mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrt ist dieses Recht allerdings nur bei Vorliegen eines Befangenheitsgrundes nach § 47 Abs 1 Z 1 oder 2 StPO (§ 126 Abs 4 zweiter Satz, § 281 Abs 1 Z 2 StPO). In Betreff der Sachkunde greift auch § 281 Abs 1 Z 4 StPO nicht, weil § 127 Abs 3 StPO eine spezielle Regelung trifft. Danach kommt es für die Pflicht des erkennenden Gerichts auf Beiziehung eines weiteren SV auf in Befund oder GA manifest gewordene, nicht bloß abstrakt „begründete Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen“ an.⁴⁹⁾

G. SVBeweisaufnahme durch die StA

Einem Bericht der Tageszeitung „Die Presse“ zufolge⁵⁰⁾ waren zwei Anträge auf Beweisaufnahme durch einen von der WKStA geführten SV über ein Jahr unerledigt geblieben und der Beschuldigte über die Gründe dafür nicht ins Bild gesetzt worden. Nach *Ruhri* sei das „nur möglich, weil § 55 StPO keine Frist nennt, binnen derer Beweisanträge zu erledigen sind.“ Das OLG Wien habe schließlich klargestellt, dass der StA „kein Ermessen darüber zu[komme], ob sie einen Beweisantrag des Beschuldigten zur Kenntnis nimmt oder nicht“. Die Entscheidung darüber habe vielmehr „möglichst zeitnah“ zu erfolgen; im konkreten Fall seien drei Monate „noch tolerierbar“, acht Monate aber jedenfalls unverhältnismäßig und daher gesetzwidrig.⁵¹⁾ *Pilnacek/Pleischl*⁵²⁾ zufolge sei der Antrag indes „unverzüglich zu prüfen“; und weiter: „Der StA müsste auch dann gleich reagieren, wenn er beim Einlangen des Beweisantrages noch gar nicht abschätzen kann, ob das Beweismittel zur Entlastung des Beschuldigten beitragen kann. Denn dann ist der Beweisantrag momentan nicht geeignet, die Nebel zu lichten – und daher zurückzuweisen, meinen manche Strafrechtsexperten. Der Antrag kann ja später noch einmal eingebracht werden.“ Demgegenüber wird *Schmol-*

ler mit der Auffassung zitiert: „In Ausnahmefällen kann die Beurteilung eines Beweisantrags von einer noch ausstehenden anderen Beweisaufnahme abhängen – etwa von der Einvernahme eines Zeugen oder der Herbeischaffung einer Urkunde.“ Hier wäre es aus seiner Sicht durchaus angebracht, dem StA für seine Entscheidung ein wenig Zeit zu geben: Reagierte er sofort, müsste er dem Beweisantrag stattgeben, weil ja derzeit noch nicht feststeht, ob der Beweis geeignet ist. Das macht aus *Schmollers* Sicht keinen Sinn: „Um in einem solchen Fall den Aufwand einer überflüssigen Beweisaufnahme zu vermeiden, erscheint es zulässig, mit der Entscheidung über den Beweisantrag noch die kurz bevorstehende andere Beweisaufnahme abzuwarten.“ *Schmoller*: „Es darf höchstens um Wochen, nicht um Monate gehen.““

Für irgendein Zuwarten, auch eines, das *Schmoller* für vertretbar hält, fehlt indes eine gesetzliche Grundlage. Um eine Art „Verhältnismäßigkeitsprüfung“, wie bei Zwangseingriffen, geht es ohnehin nicht. Stattdessen besteht nach **§ 55 Abs 4 zweiter Satz StPO** ein **Rechtsanspruch auf Erledigung, und zwar unabhängig von einer allfälligen Rechtspflicht zur Beweisaufnahme nach § 55 Abs 3 zweiter Satz StPO**; also auch dann, wenn die StA von ihrem Ermessen Gebrauch macht, den Antrag ungeachtet seiner (nach § 55 Abs 2 StPO zu beurteilenden) Berechtigung, der Hauptverhandlung vorzubehalten (§ 55 Abs 3 erster Satz StPO). Demnach kann auch umgehend Einspruch nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO mit der Begründung erhoben werden, die StA habe den Beweis weder aufgenommen noch eine Begründung für dessen Nichtaufnahme gegeben. Ein solcher Einspruch richtet sich nicht gegen eine Ermessensentscheidung der StA,⁵³⁾ macht vielmehr eine Rechtsverletzung geltend.

Was die Pflicht zur Entscheidung anlangt, gilt für die StA nichts anderes als bei in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträgen, über die **umgehend zu entscheiden** ist, und zwar **nach dem jeweiligen Kenntnisstand des entscheidungsbefugten Organwalters**.⁵⁴⁾ Ist nach dem Antragsvorbringen nicht klar, dass das Beweismittel zur Klärung des Beweisthemas tauglich ist, ist der Antrag nach § 55 Abs 2 erster Satz

44) Treffend *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 214; *Pilnacek/Stricker*, WK-StPO § 104 Rz 30/4; aM *Fabrizy*, StPO¹³ § 126 Rz 14, *Dietrich in Kert/Kodek*, HB Wirtschaftsstrafrecht Rz 21.14f (zwischen Antrag und Verlangen erneut nicht differenzierend, im Ergebnis wie hier aber *ders in Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung Rz 5.40).

45) Vgl. *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 214.

46) Ebenso *Rebisant*, Zur systematischen Auslegung der Strafprozessordnung, in *Lewisich/Nordmeyer*, Liber Amicorum Eckart Ratz 119 (130), *Pilnacek/Stricker*, WK-StPO § 104 Rz 30/3.

47) EvBl 2017/91.

48) Die von 17 Os 19/16x verwendete Formulierung, wonach der Beschuldigte angesichts mangelnder Entscheidungspflicht auch „keinen grundrechtlich abgesicherten (Art 6 Abs 1 MRK) Anspruch auf Begründung“ habe, bedeutet nicht, dass ein solcher Anspruch einfachgesetzlich bestünde.

49) Im Hauptverfahren besteht kein Recht auf Beiziehung eines sachkundigeren SV (§ 126 Abs 5 erster Satz StPO e contrario). Stattdessen besteht nur das Recht auf Beiziehung eines weiteren SV nach Maßgabe von § 127 Abs 3 StPO. Sind Befund und GA idS mängelfrei, können davor geäußerte Zweifel an der Sachkunde ohnehin als widerlegt gelten. Siehe auch Punkt B.

50) „Die Presse“ 16. 8. 2018, „Staatsanwälte können nicht einfach nichts tun.“

51) OLG Wien 18 Bs 146/18 d.

52) *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren.

53) § 106 Abs 1 dritter Satz StPO.

54) § 238 StPO; RIS-Justiz RS0118977; RS0118016.

StPO zurückzuweisen und gerade nicht zuzuwarten, bis sich der Erkenntnisstand lichtet. Das ist aus Verteidigersicht vollends unproblematisch, weil ein aus bestimmten Gründen abgelehnter Antrag jederzeit erneut eingebracht werden kann, wenn diese Umstände weggefallen sind. Die Ablehnung entfaltet insoweit keine Bindungswirkung.⁵⁵⁾

Ein Verfahren zu führen und keine Kenntnis zu haben, auf deren Grundlage über die Berechtigung eines Beweisantrags – umgehend – entschieden werden könnte, hat also keine gesetzliche Grundlage. Vielmehr muss die StA zügig ermitteln,⁵⁶⁾ also stets wissen, wo sie steht. Von diesem Standpunkt aus kann stets beurteilt werden, ob – gerade jetzt – der Beweisantrag zu bewilligen ist oder nicht. Der Hauptverhandlung vorbehalten darf die StA hingegen durchaus. Dann muss sie nur begründen, warum die Verbote des § 55 Abs 3 zweiter Satz StPO nicht greifen. Auf diese müsste sich ein Einspruchswerber aber idR berufen. Beruft er sich nicht darauf, kann das Verkennen einer solchen Verbotslage der StA idR nicht zum Vorwurf gemacht werden. Es gilt nichts anderes als für die Begründung des von § 281 Abs 3 StPO verlangten Einflusses.⁵⁷⁾

Bei gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises gilt § 104 Abs 1 erster Satz StPO, demnach § 55 StPO mit der Maßgabe, „dass mangelhafte Begründung der Eignung, das Beweisthema zu klären, zur Unterlassung der Beweisaufnahme nur berechtigt, wenn der Antrag zur Verzögerung gestellt wurde.“ § 55 Abs 4 zweiter Satz StPO richtet sich indes nur an die StA, nicht an das Gericht. Wird die Tauglichkeit des Beweismittels zur Klärung des Beweisthemas nicht begründet, liegt aber im Zweifel⁵⁸⁾ ein zur Verzögerung gestellter Antrag vor, der – jedenfalls vorläufig – zur Unterlassung der Beweisaufnahme berechtigt.

Aus dem – grundsätzlichen –⁵⁹⁾ Fehlen eines Anspruchs von Verfahrensbeteiligten auf „Anwesenheit und Mitwirkung bei der Vorbereitung“ des SV-GA⁶⁰⁾ folgt übrigens nicht, dass eine solche Erlaubnis gesetzswidrig wäre.⁶¹⁾

H. Einhaltung von § 126 Abs 5 StPO vermeidet strukturelle Befangenheit

Gründe objektiver Befangenheit von SV aufgrund ihrer Tätigkeit (hier: im Ermittlungsverfahren) sind von § 126 Abs 4 erster Satz StPO erfasst, dessen Verletzung erfolgsversprechend aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO gerügt werden kann. § 126 Abs 4 dritter Satz StPO meint strukturelle Befangenheit allein aufgrund von Bestellung und Führung, betrifft mithin einen Unterfall im Übrigen von § 126 Abs 4 erster Satz StPO geregelter Befangenheit. Das StRÄG 2015 (BGBl I 2015/112) hat durch die Streichung der Worte „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO den Eindruck erweckt, als könnte ungeachtet der grundlegenden Änderung des gesetzlichen Umfelds durch BGBl I 2014/71 Befangenheit eines nach diesen Regeln tätig gewordenen SV im Hauptverfahren nun doch „bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig geworden ist“. Beabsichtigt war das ganz offensichtlich nicht. Ausweislich der EBRV StRÄG 2015⁶²⁾ ging es dem Gesetzgeber viel-

mehr um die Klarstellung, dass – ganz allgemein – Gründe objektiver Befangenheit auch gegen SV des Ermittlungsverfahrens geltend gemacht werden dürfen.⁶³⁾ Die Rsp des OGH hatte das nie in Zweifel gezogen.⁶⁴⁾ Demnach hat die Streichung der Worte „Sachverständigen oder“ im § 126 Abs 4 dritter Satz StPO nichts an dessen Inhalt geändert. Weiterhin kann die **Befangenheit eines SV im Hauptverfahren „nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist.“**⁶⁵⁾ Nach wie vor ist iS des JAB StRÄG 2014⁶⁶⁾ sichergestellt, dass die Zulässigkeit der Beiziehung bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesener SV „keiner Relativierung nach Maßgabe der von 12 Os 90/13 x und 11 Os 51/13 d angestellten Überlegungen mehr zugänglich ist.“ Und klar ist auch, dass die Begriffe Richter, StA, Privatankläger, Privatbeteiligte, Beschuldigte, Verteidiger, Vertreter und Organ der Kriminalpolizei nicht durch den Inhalt der Tätigkeit, sondern durch die formale Stellung bestimmt werden, sodass das Vorbringen, die von der StA zum SV bestellte Person habe „als Organ der Ermittlungsbehörden“ fungiert, aus § 281 Abs 1 Z 3 StPO unbeachtlich ist.⁶⁷⁾ Mit den Worten von 15 Os 27/18 m⁶⁸⁾ gilt demnach: „Wurde ein Gutachten bereits im Geltungszeitraum des § 126 Abs 5 StPO idF BGBl I 2014/71 eingeholt, stand es dem Angeklagten im Ermittlungsverfahren offen, eine Bestellung des SV im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme zu verlangen. Wurde derartige nicht begehrt, kann die ‚strukturelle‘ Befangenheit des SV im Hauptverfahren im Hinblick auf den dadurch (der Sache nach) abgegebenen Grundrechtsverzicht nicht mehr geltend gemacht werden.“

Wurde indes, weil zB vorerst gegen unbekannte Täter ermittelt wurde, das Verfahren nach § 126 Abs 5 StPO nicht eingehalten, gilt dies nicht. Ob erneute Beiziehung gegen den Antrag des Beschwerdeführers über dessen Verfahrensrüge (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) zur Urteilsaufhebung führt, hängt dann von einer Abwägung im Einzelfall ab. Der EGMR kann dabei auf seine Spruchformel zurückgreifen, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit als fair angesehen werden konnte, der OGH rekurriert auf die vagen Vorgaben von § 126 Abs 4 erster Satz StPO⁶⁹⁾ und Erwägungen, welche der VfGH bei der Aufhebung von § 126 Abs 4 dritter

55) § 35 Abs 2 zweiter Fall; vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 303, 316.

56) § 9 Abs 1 zweiter Satz StPO.

57) 14 Os 33/18 m; 14 Os 33/11 a; 11 Os 148/07 k; 11 Os 101/04.

58) Der sog „Zweifelsgrundsatz“ (Art 6 Abs 2 EMRK) spielt hier keine Rolle und steht der Ablehnung nicht entgegen.

59) Zum Augenschein s § 149 Abs 2 StPO.

60) RIS-Justiz RS0097242; RS0096652.

61) So aber Nimmervoll, Das Strafverfahren² Kap III Rz 210.

62) 689 BlgNR 25. GP 50.

63) Vgl die explizite Bezugnahme der ErläutRV auf § 126 Abs 4 erster Satz StPO.

64) Vgl bereits 15 Os 42/92 JBl 1994, 345; insoweit übereinstimmend: 17 Os 25/14 a EvBl 2014/136; 11 Os 26/14 d EvBl-LS 2014/182; 13 Os 43/14 v; 14 Os 145/14 a.

65) Ebenso Rebisart, Liber Amicorum Eckart Ratz 132.

66) 203 BlgNR 25. GP 3.

67) 13 Os 142/14 b EvBl-LS 2016/72; verfehlt Dietrich in Kier/Wess, HB Strafverteidigung Rz 5.52.

68) EvBl-LS 2018/138.

69) Anders noch 12 Os 90/13 x EvBl 2014/48, wo die Befangenheit in § 126 Abs 4 zweiter Satz (§ 47 Abs 1 Z 2) StPO verortet worden war; übersehen von Nimmervoll, Strafverfahren² Kap III Rz 238.

Satz StPO vor BGBl I 2014/71 angestellt hatte.⁷⁰⁾ Der durch BGBl I 2014/71 geschehenen grundlegenden Umgestaltung des SVBeweises ging es just darum, diese Unwägbarkeiten zu vermeiden und Planungssicherheit für das Hauptverfahren zu gewährleisten.⁷¹⁾

I. Verfahrensrüge gegen SVBeiziehung in der Hauptverhandlung

Wird der von der StA bestellte SV im Ermittlungsverfahren ausgetauscht oder aus anderen Gründen in der Hauptverhandlung nicht durch Vernehmung beigezogen,⁷²⁾ ist dessen GA ohne Einverständnis des Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht zu verlesen (der SV maW auch nicht mittelbar beizuziehen).⁷³⁾

Exemplarisch auch in der Begrifflichkeit hat 11 Os 5/15 t⁷⁴⁾ die Kriterien für eine erfolgreiche Prüfung von SVBeiziehung in der Hauptverhandlung unter Berufung auf die stRsp⁷⁵⁾ folgendermaßen auf den Punkt gebracht: Das **Vorkommen eines Beweismittels kann** – abgesehen von hier nicht relevanten Fällen des § 281 Abs 1 Z 2 und 3 StPO – **nur nach rechtzeitiger Antragstellung** an das Schöffengericht, die Beweisaufnahme zu unterlassen, erfolgversprechend aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO gerügt werden. **Rechtzeitig ist ein solcher Antrag nur, wenn er vor Beginn der Beweisaufnahme gestellt wird**, es sei denn, der Antragsteller wäre daran gehindert gewesen. **Im Fall der Beiziehung eines SV⁷⁶⁾ zur Hauptverhandlung besteht die Beweisaufnahme – außer dem Fall des § 252 Abs 1 StPO – in dessen Vernehmung.**⁷⁷⁾ Ein erst nach Beginn der Befragung des SV gestellter, auf den Anschein von Befangenheit gestützter Enthebungsantrag könnte daher die (weitere) Beweisaufnahme nur dann hindern, wenn er nicht früher hätte erhoben werden können.

Beigezogen wird ein SV in der Hauptverhandlung also durch seine Vernehmung oder durch Verlesung des schriftlichen GA mit der Intention, den SV just dadurch beizuziehen, nicht aber – wie im Ermittlungsverfahren stets – bereits durch einen Auftrag zur Erstellung von Befund oder GA. Mangelhaft und damit nichtig iSd § 126 Abs 4 zweiter Satz StPO sind Befund und GA eines SV ab Kenntnis des Befangenheitsgrundes auf Seiten des zur Enthebung verpflichteten Organwalters (Spruchkörpers). Da auch durch (als Vernehmungersatz erfolgende) Verlesung von Befund und GA eines im Ermittlungsverfahren bestellten SV (§ 252 Abs 1 StPO) dieser – nun vom Gericht – beigezogen wird, bewirkt die Verlesung ab Kenntnis der Befangenheit auf Seiten des zur Enthebung verpflichteten Organwalters (Spruchkörpers) Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 3 StPO. Betraf der Verfahrensmangel bereits das Ermittlungsverfahren, kommt stattdessen – bei Kenntnis auch des zur Enthebung verpflichteten Organwalters (Spruchkörpers) von der Befangenheit zusätzlich – Rüge aus Z 2 des § 281 Abs 1 StPO in Betracht.⁷⁸⁾ Für sonstige Befangenheit nach § 126 Abs 4 erster Satz StPO ist – aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO – Kenntnis des Schöffengerichts⁷⁹⁾ von Gründen für Zweifel iSd § 47 Abs 1 Z 3 StPO ausschlaggebend.⁸⁰⁾

Zu Recht betonen *Danek/Mann*,⁸¹⁾ dass die von § 126 Abs 3 letzter Satz StPO verlangte **Zustellung ei-**

ner Ausfertigung der SVBestellung an den Beschuldigten („samt einer Information über seine [im Hauptverfahren allerdings nicht bestehenden] Rechte nach Abs 5“) **nur auf das Ermittlungsverfahren zielt**. Selbst die „Bestellung“ für das Hauptverfahren geschieht **formlos** – auch durch bloße Ladung.⁸²⁾ Denn die mit § 126 Abs 3 StPO normierte Verpflichtung (auch bloß) zur Zustellung der Bestellung an den Beschuldigten ist just auf die – nur für das Ermittlungsverfahren geltenden – Rechte des § 126 Abs 5 StPO bezogen⁸³⁾ und wurde denn auch zugleich mit StRÄG 2014 eingeführt. Man sieht das unmittelbar daran, dass die StA als Beteiligte des Hauptverfahrens nicht erwähnt wird.

Eine andere, durch die Neuregelung der SVBestellung im Ermittlungsverfahren aber nicht berührte Sache ist die Sicherstellung des Grundrechts auf wirksame Vorbereitung der Verteidigung nach Art 6 Abs 3 lit a und b EMRK.⁸⁴⁾ Zur Art und Weise der Sicherstellung *dieses* Grundrechts stellt die StPO Vorschriften aber nicht auf und überlässt sie dem zur Verfahrensleitung befugten Organ. Der Angeklagte kann erforderlichenfalls unter der Sanktion des § 281 Abs 1 Z 4 StPO die Vertagung der Hauptverhandlung beantragen. Man denke an einen erstmals in der Hauptverhandlung gestellten Antrag oder Entschluss des Vorsitzenden⁸⁵⁾ auf Beweisaufnahme durch einen SV. Hier entscheiden Vorsitzender oder Schöffengericht,⁸⁶⁾ und die Entscheidung ist iSd § 238 Abs 3 StPO zu verkünden, tunlichst sofort, jedenfalls aber vor Schluss der Verhandlung.

In den Befund eines SV aufgenommene und solcherart in der Hauptverhandlung vorgekommene Aussagen, welche dem SV gegenüber (nicht im Rahmen

70) Vgl 13 Os 43/14 v; 11 Os 51/15 g; 14 Os 145/14 a; 15 Os 147/14 b; s auch RIS-Justiz RS0130055; RS0130056; instruktiv *Rebisant*, Jahrbuch 2015, 211 f.

71) Eingehend *Ratz*, Zur grundrechtskonformen Lösung der Sachverständigenfrage im Strafprozess, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 229, worauf der JAB StRÄG 2014 ausdrücklich verweist.

72) §§ 248 f StPO.

73) § 252 Abs 1 Z 4, § 281 Abs 1 Z 3 StPO.

74) EvBl 2015/129.

75) RIS-Justiz RS0113618.

76) Zum Begriff „beiziehen“ vgl auch § 127 Abs 3 erster Satz StPO.

77) RIS-Justiz RS0115712 (T 7).

78) Dagegen wird bei der Verlesung des von einem Dolmetscher übersetzten Schriftstücks dieser nicht erneut beigezogen (bestellt), so dass insoweit – Kenntnis von der Befangenheit auf Seiten des zur Enthebung verpflichteten Organwalters des Ermittlungsverfahrens vorausgesetzt – allein § 281 Abs 1 Z 2 StPO schlagend wird. Gleiches gilt für die Verlesung des Protokolls über eine kontradiktorische Vernehmung durch einen SV (§ 165 Abs 3 StPO), dessen spezielle Befangenheit von der Nichtigkeitsdrohung ebenfalls erfasst ist.

79) Bzw des Schwurgerichtshofs.

80) Vgl RIS-Justiz RS0118977.

81) *Danek/Mann*, WK-StPO § 221 Rz 23/3; vgl demgegenüber *Nimmervoll*, Strafverfahren² Kap III Rz 228, der zudem in Rz 234 bei seinem Verweis auf „§ 210 Abs 3“ mangelnde Geltung des § 126 Abs 5 StPO im Hauptverfahren übersieht.

82) *AM Danek/Mann*, WK-StPO § 221 Rz 23/3 und *Nimmervoll*, Strafverfahren² Kap III Rz 228, jedoch ohne praktische Konsequenzen.

83) Weil sich das Grundrechtsproblem des Art 6 Abs 3 lit d EMRK, dem BGBl I 2014/71 abhelfen wollte, bei Einhaltung der Vorschrift im Ermittlungsverfahren nicht mehr stellt.

84) Vgl auch § 249 Abs 3 StPO; zudem besteht eine (grundrechtliche Gewährleistungs-)Pflicht, das Wesen der Strafverfolgung nicht zu unterlaufen (vgl § 281 Abs 1 Z 4 StPO).

85) § 232 Abs 2 StPO; zur Entscheidungsbefugnis des Schwurgerichtshofs s § 309 Abs 2 StPO.

86) Oder Schwurgerichtshof (§ 238 Abs 1 [§ 302 Abs 1, § 309 Abs 2] StPO).

einer Befragung durch Kriminalpolizei oder StA) direkt oder indirekt (zB in Form einer ihm überlassenen Krankengeschichte) getätigt wurden, **unterliegen** nach 11 Os 26/09 h⁸⁷⁾ **keiner Einschränkung durch § 252 Abs 1 StPO**. Die Einhaltung des Fragerechts (Art 6 Abs 3 lit d EMRK) ist aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO garantiert. Der Angeklagte kann sich daher unter dieser Nichtigkeitssanktion gegen die Verlesung zur Wehr setzen.⁸⁸⁾

Für **nicht durch Verteidiger vertretene Beschuldigte** wird mit Bezug auf das Verlangen nach gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises die Rsp bei Ladung zu kontradiktorischer Vernehmung schlagend.⁸⁹⁾ Wurde der Beschuldigte nicht mit dem nötigen Nachdruck auf die Sinnhaftigkeit von (fristgerechter) Konsultation eines Verteidigers zur Beurteilung von gerichtlicher SVBeweisaufnahme anstelle von Führung des SV durch die StA belehrt, kann der Antrag auf Beiziehung eines weiteren SV in der Hauptverhandlung zu erfolgreicher Anfechtung nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO führen.⁹⁰⁾

J. Mehrere Beschuldigte (§ 48 Abs 2 StPO)

Die StPO spricht, wenn sie nicht das Verhältnis mehrerer Beschuldigter oder Angeklagter zueinander regelt,⁹¹⁾ vom Beschuldigten oder Angeklagten in der Einzahl, sodass klarzustellen ist, dass die in **§ 126 Abs 5 erster Satz StPO normierten Möglichkeiten jedem Beschuldigten je gesondert** zustehen. Vom Schutzzweck der Norm her kann kein Zweifel bestehen, dass bei nach § 26 StPO gemeinsam geführten Ermittlungsverfahren in Betreff ein und desselben Sachgebiets nur einheitliches Vorgehen in Betracht kommt, um den Zweck der Neuregelung, die der Grundrechtsverheißung des Art 6 Abs 3 lit d EMRK an der Wurzel genügen will, nicht zu unterlaufen. Das Verlangen auch nur eines Beschuldigten nach gerichtlicher Beweisaufnahme schlägt daher ebenso auf alle durch wie bloß eine Gerichtsentscheidung zur SVBestellung durch die StA.⁹²⁾ Sollte sich ungeachtet der Verpflichtung zu gemeinsamer Führung des Ermittlungsverfahrens ausnahmsweise die Frage von gemeinsamer Hauptverhandlung auch gegen im Ermittlungsverfahren noch nicht beteiligt gewesene Angeklagte stellen, hätte demnach das Recht auf nach § 126 StPO bestellte und geführte SV dem Prinzip des § 37 StPO vorzugehen; kein Angeklagter könnte also aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO erfolgreich Missachtung des § 37 StPO rügen, ebenso wenig die StA.⁹³⁾

Wenn umgekehrt einer von mehreren Angeklagten nur in Betreff der ihm angelasteten Tat(en) Gründe des § 127 Abs 3 StPO geltend macht, hat er zwar nach Maßgabe des § 127 Abs 3 StPO das Recht auf Beiziehung eines weiteren SV, kann aber die Vorführung des mangelhaften Befunds oder GA und damit dessen Berücksichtigung im Urteil nicht verhindern. Vielmehr besteht auch bei auf § 127 Abs 3 StPO gegründeter Beiziehung eines weiteren SV die Verpflichtung, sich im Urteil mit allen (Vor-)GA in der Hauptverhandlung beigezogener SV auseinanderzusetzen.⁹⁴⁾ Setzt sich der beigezogene weitere SV mit dem VorGA auseinander, kann sich das Urteil dessen Schlüsse zu eigen ma-

chen, ohne solcherart isD § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO mangelhaft zu sein.

K. § 222 Abs 3 StPO, Privatgutachter und besonderes Fachwissen der StrafverfolgungsBeh

Bloß zum Akt genommene, in der Hauptverhandlung indes nicht rechtsförmig vorgekommene Beweismittel dürfen im Urteil nicht verwertet werden. Sie können allerdings nicht nur Anstoß für Beweisanträge geben, deren Abweisung aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO geprüft werden kann, sondern auch das Gericht dazu veranlassen, in Befolgung des sog Amtsaufklärungsgrundsatzes⁹⁵⁾ dieses oder ein dadurch veranlassenes Beweismittel in der Hauptverhandlung vorkommen zu lassen. § 254 Abs 2 StPO räumt dem Vorsitzenden sogar ausdrücklich die Befugnis ein, (aus seiner Sicht⁹⁶⁾ erforderlich scheinende „neue Sachverständige zu bestellen“.

Die Schlüsse eines Privatgutachters können also das ErstG⁹⁷⁾ zu amtswegiger Beweisaufnahme veranlassen. Eine solche oder gegenteilig gefasste Verfügung aber bedeutet Ermessensausübung und unterliegt keiner Rechtskontrolle. Genug daran, dass der „Privatgutachter“ nach § 249 Abs 3 StPO – aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO mit Nichtigkeit bewehrt – das GA des beigezogenen SV durch sachgerechte Fragen kontrollieren kann. Dagegen kommt die Gegenäußerung (§ 222 Abs 3, § 244 Abs 3 StPO) nicht als Beweismittel – und damit erörterungsbedürftig – nach § 13 Abs 3, § 258 Abs 1 StPO in der Hauptverhandlung vor. Da nicht Beweismittel, bezieht sich auch § 252 Abs 2 StPO darauf nicht.⁹⁸⁾

Werden private GA verlesen, kommt nur deren Befund rechtsförmig – und damit erörterungsbedürftig – nach § 13 Abs 3, § 258 Abs 1 StPO in der Hauptverhandlung vor, Schlussfolgerungen nur, soweit sie (just aufgrund des PrivatGA) als gerichtsnotorisch akzeptiert werden. Um als GA vorzukommen, bedarf es sonst nämlich einer Verlesung nach § 252 Abs 1 StPO, die – soweit hier von Interesse – nur im Einverständnis von Ankläger und Angeklagtem (§ 252 Abs 1 Z 4 StPO) zulässig ist.⁹⁹⁾ Gleiches gilt übrigens für in der Hauptverhandlung nicht beigezogene, bloß im Ermitt-

87) EvBl 2006/140.
 88) Lässig, Das Rechtsschutzsystem der StPO und dessen Effektivierung durch den OGH, ÖJZ 2006, 406 (409); iGlS Wiederin, WK-StPO § 6 Rz 79.
 89) 13 Os 150/09x EvBl 2010/63; vgl auch Meyer-Ladewig/Harrendorff/König, EMRK⁴ Art 6 Rz 95.
 90) Vgl Punkt H.
 91) § 49 Z 10, § 89 Abs 3, § 157 Abs 2, § 166 Abs 1, § 170 Abs 1 Z 3, § 173 Abs 2 Z 2, § 248 Abs 3, § 250 Abs 1, § 252 Abs 1, § 290 Abs 1, § 428 StPO.
 92) § 126 Abs 3 erster Satz erster Fall, § 107 Abs 4 (§ 126 Abs 5 zweiter Satz StPO).
 93) Vgl Ratz, Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren, ÖJZ 2018, 351 (354f).
 94) 14 Os 55/18x.
 95) § 3 StPO.
 96) § 232 Abs 2 StPO; das Schöffengericht entscheidet nur aufgrund von Anträgen, nicht auf Begehren von Beisitzer oder Schöffen; anders im Verfahren vor dem Geschworenengericht, wo § 308 Abs 1, § 309 StPO gelten.
 97) Einzelrichter, Vorsitzende des Schöffengerichts oder Schwurgerichtshof.
 98) 11 Os 26/16g EvBl-LS 2016/164; undifferenziert dagegen Dietrich in Kier/Wess, Handbuch Strafverteidigung Rz 5.62.
 99) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 200, 228, 351–351/3, 480; zum SVBeweis s auch Rz 171, 174, 199–203, 346f, 370–373.

lungsverfahren bestellte SV.¹⁰⁰⁾ Die in § 126 Abs 1 erster Satz StPO genannten „Organe“, besonderen Einrichtungen und bei „Strafverfolgungsbehörden“ „dauernd angestellten Personen“ sind weder Zeugen noch SV iS der StPO, sodass das bedingte Verlesungsverbot des § 252 Abs 1 StPO weder für den Bericht über deren sinnliche Wahrnehmungen noch deren Schlussfolgerungen greift. Ihre Befunde sind Ge-

genstand von Verlesung nach § 252 Abs 2 StPO, Schlussfolgerungen (zB im alltäglichen Fall einer Bewertung von Stoffen als Suchtgift durch Bedienstete eines kriminaltechnischen Labors der Kriminalpolizei) nur, soweit sie als gerichtsnotorisch akzeptiert werden.

100) Vgl 11 Os 75/17 i EvBl 2018/129.

→ In Kürze

Im Ermittlungsverfahren ist zwischen Initiative zum Sachverständigenbeweis, Bestimmung der Person des Sachverständigen und Aufnahme des Sachverständigenbeweises zu unterscheiden. Die Frist von 14 Tagen ab Zustellung der Information über die erfolgte Sachverständigenbestellung ist Fallfrist für das Verlangen nach Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme und den unter dem Aspekt der Sachkunde gestellten Antrag auf Enthebung samt etwaigem Vorschlag, eine besser qualifizierte Person zum Sachverständigen zu bestellen, bloße Mahnfrist jedoch für Befangenhait. Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme ist *Rechtsfolge* eines darauf gerichteten Verlangens. Im Enthebungsantrag ist ein speziell geregelter Einspruch wegen Rechtsverletzung für den Fall enthalten, dass die StA dem Antrag keine Folge geben will. Der Vorschlag, eine besser qualifizierte Person zu bestellen, ist als bloße Anregung nicht Gegenstand des Einspruchs. Beschuldigte sind über die Erledigung beantragter Beweisaufnahmen durch die den Sachverständigen führende StA umgehend zu verständigen. Bei Aufnahme des Sachverständigenbeweises durch das Gericht gelten für StA und Beschuldigte dieselben Rechte. Bei mehreren Beschuldigten schlägt das Verlangen auch nur eines Beschuldigten nach gerichtlicher Be-

weisaufnahme ebenso auf alle durch wie eine Gerichtsentscheidung zur Sachverständigenbestellung durch die StA. Gegen Unterlassung des in § 126 Abs 3 und 5 StPO geregelten Verfahrens hilft Antrag auf Nichtbeiziehung in der Hauptverhandlung. Angeklagte haben kein Recht auf Beiziehung von Privatgutachtern als Sachverständige. Wird ein solcher gleichwohl als Sachverständiger beigezogen, ist sein GA erörterungspflichtig iSd § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Eckart Ratz, Präsident des OGH iR, ist Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien, Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO sowie Redakteur des EvBl der ÖJZ.
E-Mail: eckart.ratz@gmail.com

Vom selben Autor erschienen:

Rechtsmittel gegen Urteile (2015); Begrifflichkeiten und Strukturelemente des Straf(prozess)rechts im Lichte der Rechtsprechung des OGH, in *Lewisich* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 119; Spannungsfelder innerhalb und im Verhältnis zur Gerichtsbarkeit, ZVG 2017, 10; Der OGH als Hüter der Grundrechte in Strafsachen, in *Kert/Lehner* (Hrsg), FS Höpfel (2018) 229.

