

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

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

September 2015

18

817 – 864

Aktuelles

BVG über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden ➔ 817

Beiträge

Deliktsunfähige als Solidarschuldner?

Bianca Merz und David Gumhold ➔ 821

Verfahrensfehler im Verwaltungsverfahren: die fehlerhafte Kundmachung der mündlichen Verhandlung *Florian Berl* ➔ 831

Was gilt mit Inkrafttreten des StRÄG 2015 für Sachverständige im Strafprozess? *Eckart Ratz* ➔ 835

Evidenzblatt

„Effektive“ Staatsangehörigkeit eines Kindes *Bea Verschraegen* ➔ 840

Begünstigte aus einer Stiftung können auf Unwirksamkeit einer Änderung klagen *Ulrike Frauenberger-Pfeiler* ➔ 842

„Altfälle“ von SVBestellung ➔ 851

VfGH

Entscheidungen des VfGH – März-Session 2015
Helmut Hörtenhuber und Stefanie Dörnhöfer ➔ 858

Was gilt mit Inkrafttreten des StRÄG 2015 für Sachverständige im Strafprozess?

Das StRÄG 2015 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 (§ 104 Abs 1, § 126 Abs 3 und 5 StPO) durch BGBl I 2014/71 Befangenheit eines nach diesen Regeln tätig gewordenen Sachverständigen im Hauptverfahren nun „**bloß** mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig geworden ist“. Die nachstehenden Hinweise sollen den in ÖJZ 2015, 23 erschienenen Praxisleitfaden an VfGH 10. 3. 2015 (G 180/2014 ua)¹⁾ und das StRÄG 2015 anpassen.

Von Eckart Ratz

Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeines
- B. Rechtslage nach dem StPÄG 2014



1) Siehe Entscheidungen der VfGH-März-Session 2015, ÖJZ 2015, 859 (in diesem Heft).

ÖJZ 2015/110

§ 104 Abs 1,
§ 126 StPO;
Art 6 Abs 3 lit d
EMRK

VfGH 10. 3. 2015,
G 180/2014 ua;
OGH 26. 11. 1992,
15 Os 42/92;
OGH 23. 1. 2014,
12 Os 90/13 x

Befangenheit;
Privatgutachten;
Privatsachverständige;

- Sachverständige
- C. Privatgutachten und Gutachten von Einrichtungen nach § 126 Abs 1 StPO
 - D. Gründe „objektiver Befangenheit“ im Hauptverfahren
 - E. Verhinderung des „Beiziehens“ von Sachverständigen im Hauptverfahren
 - F. Der Ausspruch des VfGH, dass § 126 Abs 4 dritter Satz StPO „verfassungswidrig war“
 - G. Änderung der Rechtslage durch StRÄG 2015?

A. Allgemeines

Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert Angeklagten jedenfalls das Recht, „Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken“. Art 6 Abs 3 lit d EMRK vermittelt daher zwei voneinander zu unterscheidende Aspekte, einerseits das **Frage-recht** gegenüber Belastungszeugen (**1. Fall**), andererseits das Recht, „die **Ladung und Vernehmung** der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken“ (**2. Fall**).²⁾ Einigkeit bestand darüber, dass die StPO die erste Anforderung erfüllt – auch angesichts der Möglichkeit, zur Befragung des Sachverständigen in der Hauptverhandlung eine „Person mit besonderem Fachwissen“ beizuziehen.³⁾ Die Uneinigkeit zur zweiten Anforderung konnte mit BGBl I 2014/71 (StPÄG 2014) als beseitigt gelten.⁴⁾

B. Rechtslage nach dem StPÄG 2014⁵⁾

Seit dem StPÄG 2014 darf zwar die Staatsanwaltschaft, anders als die Verteidigung, Beweisführung durch einen Sachverständigen auch bloß zur Erkundung veranlassen, weil für sie insoweit bloß § 103 Abs 2 StPO, für die Verteidigung hingegen § 55 StPO gilt.⁶⁾ Tut die Staatsanwaltschaft das aber, so ist die Verteidigung ihr in Betreff der veranlassten Beweisführung durch Sachverständige vollkommen gleichgestellt, womit dieselben Bedingungen iSd Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert werden. Sachverständigenbeweisführung im Ermittlungsverfahren zu irgendeinem Thema kann die Verteidigung mithin bloß nach Maßgabe der Voraussetzungen nach § 55 StPO – und bloß bei der Staatsanwaltschaft – verlangen. Will die Staatsanwaltschaft einem solchen Begehren entsprechen oder von sich aus – in diesem Fall ohne Blick auf § 55 StPO (§ 103 Abs 2 StPO) – Beweisaufnahme durch Sachverständige veranlassen, geht sie nach § 126 Abs 3 StPO vor, woran eine Reihe von Verteidigungsrechten geknüpft ist.

Die Verteidigung kann **mit Bestellung und Führung** von Sachverständigen **oder bloß mit der Führung, nicht aber mit der Bestellung einverstanden** sein. Ist sie bloß mit der Führung einverstanden, kann sie sich gegen die Bestellung über Einspruch wegen Rechtsverletzung und Beschwerde nach Maßgabe von § 126 Abs 5 StPO zur Wehr setzen. Sie kann also 14 Tage nach Zustellung der „Ausfertigung der Bestellung samt einer Information über die Beschuldigtenrechte“ durch die Staatsanwaltschaft (§ 126 Abs 3 StPO) einen Enthebungsantrag stellen, gegebenenfalls ergänzt um den Vorschlag, „eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde (Abs 2) bes-

ser qualifizierte Person“ zu bestellen, und sich dann, wenn die Staatsanwaltschaft dem nicht nachkommt, mit Einspruch wegen Rechtsverletzung an das Gericht wenden (§ 106 Abs 1 Z 1 StPO), gegen dessen Entscheidung ihr Beschwerde zusteht.

Anstelle von Bestellung oder auch bloß Führung (§ 103 Abs 2 StPO) des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren **durch die Staatsanwaltschaft** (mit der Konsequenz, zum Verlangen nach Austausch ausschließlich aufgrund dieses Umstands nicht mehr berechtigt zu sein) **steht es der Verteidigung zu, die gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises zu verlangen, in welchem Fall alle Bestellungs- und Führungskompetenzen dem Gericht zukommen und die Staatsanwaltschaft** – in Betreff dieser Beweisaufnahme (§ 104 StPO) – **sofort zur Partei wird, demnach nur noch dieselben Rechte wie die Verteidigung hat** (§ 104 Abs 1 iVm § 55 StPO). Die sonst gegenüber der Staatsanwaltschaft (als Leiterin des Ermittlungsverfahrens) bestehenden Rechte stehen nun gegenüber dem Ermittlungsrichter zu. Seine Entscheidungen (auch bloß die Zulassung einzelner Aufträge an den Sachverständigen betreffend) sind als Beschlüsse anfechtbar.⁷⁾

Der Ermittlungsrichter ist nicht gehindert, die von der Staatsanwaltschaft bestellte Person erneut (nun gerichtlich) zum Sachverständigen zu bestellen. Gegen nicht sachgerechtes Vorgehen steht Beschwerde an das OLG zu. Was die Führung auf Verlangen nach gerichtlicher Beweisaufnahme vom Gericht bestellter Sachverständiger anlangt, gelten für Staatsanwaltschaft und Verteidigung dieselben Kriterien. Was immer sie im Bereich der Sachkunde des Sachverständigen von ihm an Befundaufnahmen oder gutachterlichen Schlussfolgerungen haben wollen, bekommen sie – und zwar beide Teile gleichermaßen – grundsätzlich ungeprüft. Nur darf das jeweilige Begehren nicht zur Verzögerung gestellt worden sein. Der Ermittlungsrichter wird gut daran tun, jeweils beide Teile über diese Frage in gleicher Weise anzuhören.

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 Staatsanwaltschaft als auch zur Verständigung durch das Gericht (aufgrund eines Verlangens nach gerichtlicher Aufnahme des Sachverständigenbeweises).⁸⁾ **Später auftretende Zweifel an**

2) Zur Rsp des EGMR s EGMR 4. 4. 2013, 30. 465/06, C. B. gg Österreich, Rz 42; EGMR 25. 7. 2013, 11082/06 und 13772/05, Khodorkovskiy und Lebedev gg Russland, Rz 729–734, insb Rz 730.

3) § 249 Abs 3 StPO.

4) Vgl *Rebisant/Singer*, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ZWF 2015, 150 (154), und *Schwaighofer*, JBl 2015, 201 (Entscheidungs-Anm).

5) Aus *Ratz*, Der neue Sachverständigenbeweis nach dem StPÄG 2014, ÖJZ 2015, 23.

6) *Schwaighofer*, aaO 79, hält Verlangen nach gerichtlicher Beweisaufnahme und diese selbst nicht auseinander und übersieht daher, dass die Verzögerungsregel des § 104 Abs 1 StPO erst nach verlängerter gerichtlicher Beweisaufnahme greift. Zu seinem – dem JAB widersprechenden – Hinweis zu angeblicher Weitergeltung der Überlegungen von 12 Os 90/13x zwecks Relativierung des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO s *Ratz*, Zur grundrechtskonformen Lösung der Sachverständigenfrage im Strafprozess, Jahrbuch für Wirtschaftsstrafrecht 2014, 229.

7) Ausdrücklich iSd der JAB StPÄG 2014.

8) Indem ein Vorschlag, eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person zu bestellen, spätestens 14 Tage

der Sachkunde werden – teleologisch betrachtet – durch § 127 Abs 3 StPO abschließend erfasst und sind ohnehin von Amts wegen wahrzunehmen; deren Geltendmachung im Ermittlungsverfahren ist nicht fristgebunden.⁹⁾ Später auftretende Zweifel an der Unbefangenheit des Sachverständigen sind ebenfalls von Amts wegen wahrzunehmen, Vernachlässigung der Pflicht zu amtswegigem Vorgehen teils sogar Gegenstand ausdrücklicher Nichtigkeit.¹⁰⁾ Auch für deren Geltendmachung ist die Frist des § 126 Abs 5 StPO bedeutungslos.¹¹⁾

Für nicht durch einen Verteidiger vertretene Beschuldigte wird beim Verlangen nach gerichtlicher Aufnahme des Sachverständigenbeweises die Rechtsprechung hinsichtlich der Ladung zu kontradiktorischer Vernehmung schlagend (13 Os 150/09 x EvBl 2010/63). Wurde der Beschuldigte nicht mit dem nötigen Nachdruck auf die Sinnhaftigkeit von (fristgerechter) Konsultation eines Verteidigers zur Beurteilung dieser Frage belehrt, kann der Antrag auf Beiziehung eines weiteren Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu erfolgreicher Anfechtung aus dem Grund des § 281 Abs 1 Z 4 StPO führen.

C. Privatgutachten und Gutachten von Einrichtungen nach § 126 Abs 1 StPO

Dass trotz der Neuregelung des § 222 Abs 3 StPO Privatgutachten weiterhin nur die vor BGBl I 2014/71 bereits anerkannte Bedeutung haben, wurde – implizit – gerade jüngst von OGH 3. 3. 2015, 14 Os 149/14 i EvBl 2015/91, bekräftigt. Demnach hat sich durch die mit dem StPÄG 2014 BGBl I 2014/71 erfolgte Neuregelung des Sachverständigenbeweises – samt Klarstellung, dass ein Gutachten, auf welches sich die Gegenäußerung (§ 244 Abs 3 StPO) der Verteidigung beruft, Aktenbestandteil wird – an der rechtlichen Einstufung von Privatgutachten nichts geändert.

Die Beiziehung eines Privatgutachters ist dem Gesetz fremd. Denn die Auswahl der Sachverständigen kommt für die Hauptverhandlung ausschließlich dem Gericht zu (§ 126 Abs 3 erster Satz StPO). Wird ein Privatgutachten zum Akt genommen, kann nur dessen Befund zu erheblichen Bedenken iSd § 281 Abs 1 Z 5 a StPO Anlass geben. Da nämlich das Ziehen von Schlüssen in der Hauptverhandlung gerichtlich beigezogenen Gutachtern vorbehalten ist, das Verfahrensrecht solcherart nur diese als Sachverständige begreift, sind vernommene Privatgutachter nichts anderes als Zeugen. Die Rechtsprechung zum sogenannten Privatsachverständigen erfuhr durch die seit 1. 1. 2008 geltende Gesetzeslage keine Änderung, womit auch weiterhin das Gutachten eines solchen nicht als Beweismittel taugt.

Die Schlüsse eines Privatgutachtens können zwar das Erstgericht bei Ausübung seines Beweiswürdigungsermessens zur Wahrnehmung des Amtsaufklärungsgrundsatzes veranlassen. Ob das Erstgericht sich aber dazu entschließt, ist Sache freier Beweiswürdigung 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 Gutachten des beigezogenen Sachverständigen durch sachgerechte Fragen in Frage stellen 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. Nach § 222 Abs 3 StPO oder auf andere Weise dem Gericht zur Kenntnis gelangte Privatgutachten brauchen daher nicht iSd § 252 Abs 2 StPO verlesen zu werden. Geschieht es doch, kommt 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 Privatgutachtens) als gerichtsnotorisch akzeptiert werden.

Die in § 126 Abs 1 erster Satz StPO genannten „Organe“, besonderen Einrichtungen und bei „Strafverfolgungsbehörden“ „dauernd angestellten Personen“ sind weder Zeugen noch Sachverständige iSd 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 Gegenstand 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 (just aufgrund des Berichts) gerichtsnotorisch akzeptiert werden.¹²⁾

D. Gründe „objektiver Befangenheit“ im Hauptverfahren

Klarzustellen ist, dass Gründe objektiver Befangenheit von Sachverständigen aufgrund ihrer Tätigkeit (hier: im Ermittlungsverfahren) von § 126 Abs 4 erster Satz StPO erfasst sind. Dessen Verletzung kann – unbestritten – erfolgsversprechend aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO gerügt werden.¹³⁾ § 126 Abs 4 dritter Satz StPO meint demgegenüber strukturelle Befangenheit allein aufgrund von Bestellung und Führung.¹⁴⁾ § 126 Abs 4 dritter Satz StPO regelt mithin einen Unterfall im Übrigen von § 126 Abs 4 erster Satz StPO geregelter Befangenheit; anders ausgedrückt, geht der dritte dem ersten Satz des § 126 Abs 4 StPO vor.

Wurde – aus welchen Gründen immer – das Verfahren nach § 126 Abs 5 StPO nicht eingehalten (auch weil der Verdächtige unbekannt war), wäre § 126 Abs 4 dritter Satz StPO mit Bezug auf Sachverständige

nach Zustellung der Verständigung nach § 126 Abs 3 StPO erfolgen muss, kann er auch vor einer solchen Verständigung gemacht werden.

9) § 106 Abs 1 Z 2 StPO.

10) Die Nichtigkeitssanktion des § 126 Abs 4 zweiter Satz StPO hintanzuhalten, ist bei gerichtlicher Bestellung auf Verlangen iSd § 126 Abs 5 StPO Sache des Ermittlungsrichters, bei von der Staatsanwaltschaft geführten Sachverständigen, selbst wenn die Bestellung aufgrund von Intervention der Verteidigung iSd § 126 Abs 5 StPO (nach Einspruch wegen Rechtsverletzung) letztlich vom Gericht vorgenommen wurde, Sache der Staatsanwaltschaft. Zur Nichtigkeit im Einzelnen s Ratz, WK-StPO § 281 Rz 200.

11) § 106 Abs 1 Z 2 StPO; vgl auch den Einführungserlass zum StPÄG 2014, BMJ-S 578.028/0021-IV 3/2014.

12) Siehe Ratz, WK-StPO § 281 Rz 351/2, 463.

13) RIS-Justiz RS0115712; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 370–372; übersehen von Wess/Rohregger, VfGH zur Doppelverwendung des Sachverständigen im Strafverfahren, ZWF 2015, 112 (117).

14) Siehe Ratz, Brauchen wir Privatsachverständige im Strafverfahren? in FS Fuchs 377 (389 ff).

nicht schlagend geworden, wirksamer Grundrechtsverzicht wäre ausgeschieden.¹⁵⁾ Die Vorschrift sollte – nach Maßgabe des mit BGBl I 2014/71 verfolgten Ziels, den Sachverständigenbeweis just unter dem Aspekt von Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK grundrechtskonform zu machen – nur iS der Grundrechtssicherungen des § 126 Abs 5 StPO beigezogene Sachverständige gegen Ablehnung unter Berufung auf dieses Grundrecht sichern.

Ohne Ausgleich (durch Beiziehen eines von der Verteidigung namhaft gemachten Experten als Sachverständigen) ist grundrechtskonformes Beiziehen des ohne die Kautelen des § 126 Abs 5 StPO tätig gewordenen Sachverständigen¹⁶⁾ nur anfechtungssicher, wenn die Ablehnung des Antrags auf Nichtbeiziehung „auf die Entscheidung keinen dem Angeklagten nachteiligen Einfluss üben konnte“.¹⁷⁾ Die Regel gilt ganz allgemein für Beweisverbote, für die das Gesetz keine besonderen Regeln aufstellt, wie das in den Fällen mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrter Vorschriften der Fall ist.

E. Verhinderung des „Beiziehens“ von Sachverständigen im Hauptverfahren

15 Os 52/14 g, 53/14 d EvBl-LS 2015/79, hat gerade jüngst zur Verhinderung des Beiziehens¹⁸⁾ von Sachverständigen im Hauptverfahren Stellung genommen und die ständige Rechtsprechung des OGH zu Beweisverboten bestätigt.¹⁹⁾ Das Vorkommen eines Beweismittels kann demnach – abgesehen von den (hier nicht relevanten) Fällen des § 281 Abs 1 Z 2 und 3 StPO – nur im Fall rechtzeitiger Antragstellung an das Schöffengericht, die Beweisaufnahme zu unterlassen, aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO gerügt werden. Rechtzeitig ist dieser Antrag nur, wenn er vor Beginn der Beweisaufnahme gestellt wird, es sei denn, der Antragsteller wäre daran gehindert gewesen. IdS kann auch die – außer im Fall des § 252 Abs 1 StPO – in dessen Vernehmung bestehende Beiziehung eines Sachverständigen zur Hauptverhandlung durch das Vorbringen von Befangenheitsgründen verhindert werden, auch wenn dieser bereits ein schriftliches Gutachten abgegeben hat. Ein erst nach deren Beginn gestellter, (nur) auf bereits vor dessen Beiziehung bekannte Umstände gestützter Erhebungsantrag kann somit kein Hindernis für die (weitere) Beweisaufnahme bewirken.

Ein nach unwidersprochener Vorführung eines Beweismittels gestellter Antrag, das erkennende Gericht wolle das verfahrensfehlerfrei vorgeführte Beweismittel bei der Beweiswürdigung übergehen, dringt, wenn sich der Antragsteller nicht (bereits) rechtzeitig gegen die Vorführung des als verboten reklamierten Beweismittels zur Wehr gesetzt hat, obwohl er dazu rechtlich wie tatsächlich in der Lage gewesen wäre, nicht durch. Selbst eine auf die Behauptung eines entsprechenden Beweisverwertungsverbots gestützte Anfechtung des Urteils aus § 281 Abs 1 Z 5 oder Z 5 a StPO könnte nur dann Erfolg haben, wenn der Beschwerdeführer an der Geltendmachung des korrespondierenden Beweiserhebungsverbots als Verfahrensmangel gehindert gewesen wäre.

F. Der Ausspruch des VfGH, dass § 126 Abs 4 dritter Satz StPO „verfassungswidrig war“

Der VfGH hat in Stattgebung eines Normprüfungsantrags des 11. Senats am 10. 3. 2015 (G 180/2014 ua) festgestellt, dass § 126 Abs 4 dritter Satz StPO²⁰⁾ wegen der darin liegenden Verneinung eines Verteidigungsrechts auf Ablehnung für das Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft bestellter Sachverständiger vor Beiziehung in der Hauptverhandlung (§ 43 Abs 1 Z 3 StPO) gegen Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK verstieß und damit verfassungswidrig war.

Da § 126 StPO durch BGBl I 2014/71 bereits davor grundrechtskonform umgestaltet wurde,²¹⁾ betrifft die Entscheidung des VfGH nur Fälle, in denen Sachverständige nach den bis 31. 12. 2014 geltenden Regeln bestellt wurden. Für solche Fälle hat der VfGH die sogenannte Anlassfallwirkung ausgedehnt und angeordnet, dass „die verfassungswidrige Wortfolge [...] auch in den beim OGH anhängigen Rechtssachen nicht mehr anzuwenden“ ist (Art 140 Abs 7 B-VG).

Der VfGH hat nur im Zeitpunkt seiner Entscheidung (10. 3. 2015) „beim OGH anhängige Rechtssachen“ und nicht auch andere „Altfälle“ im eben definierten Sinn gemeint.²²⁾ Eine Begründung für die Sachlichkeit dieser Einschränkung teilt er nicht mit (vgl EGMR 28. 11. 2013, 7.345/12, *Glien gg Deutschland*, Rz 101, wonach nur **notwendige** Übergangsbedingungen grundrechtlich unbedenklich sind). Hätte der VfGH nach dem 10. 3. 2015 beim OGH anhängig gewordene „Altfälle“ mitbedacht, wären zwangsläufig auch jene erfasst, in denen das **erkennende** Gericht über (bei ihm) geltend gemachte strukturelle Befangenheit im dargelegten Sinn zu entscheiden hat, weil Nichtanwendung durch das erkennende Gericht schon deshalb nicht mit Erfolg als Verfahrensmangel geltend gemacht werden könnte.

G. Änderung der Rechtslage durch StRÄG 2015?

Der Justizausschuss (203 BlgNR 25. GP 3) hatte zur grundlegenden Umgestaltung der Rahmenbedingungen des Sachverständigenbeweises im Ermittlungsverfahren

15) Vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 370.

16) § 13 Abs 3, § 258 Abs 1 StPO: Durch Beiziehen des Sachverständigen in der Hauptverhandlung, sei es durch dessen Vernehmung, sei es durch Verlesung seines Gutachtens.

17) Dann nämlich kommt strikte Anwendung des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO (idF vor StRÄG 2015; dazu gleich unten) gar nicht ins Spiel. Das wäre just der Algorithmus, der ganz allgemein unter dem Aspekt der Spruchformel des EGMR (to a decisive extent) vom Autor in WK-StPO § 281 Rz 71–73 (vgl auch aaO Rz 740) vorgeschlagen wurde. Unter diesen Voraussetzungen wäre das Vorgehen Österreichs insgesamt EMRK-vertragskonform und eine vor dem EGMR dagegen geführte Beschwerde müsste erfolglos sein.

18) Zum Begriff s *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 200.

19) 15 Os 52/14 g, 53/14 d stellt zudem klar: Eine Rüge aufgrund struktureller Befangenheit eines Sachverständigen infolge Bestellung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren spricht – entgegen 12 Os 90/13 x – nicht Befangenheit nach § 47 Abs 1 Z 2 StPO, vielmehr nach § 47 Abs 1 Z 3 StPO an, steht doch weder eine vormalige Tätigkeit des Sachverständigen als Organ der Kriminalpolizei, als Staatsanwalt oder Richter, vielmehr Vorbefastheit aufgrund seiner Sachverständigentätigkeit im Auftrag der Staatsanwaltschaft als einer (nunmehrigen) Beteiligten des Verfahrens in Rede.

20) Nach Maßgabe des vor dem 1. 1. 2015 geltenden gesetzlichen Umfelds.

21) Vgl *Schwaighofer*, JBl 2015, 201 (EntscheidungsAnm).

22) Vgl Rz 45: „Wie dem VfGH bekannt wurde, sind beim OGH weitere Verfahren anhängig [...]“

durch BGBl I 2014/1 betont, er wolle damit „dem Beschuldigten **ganz is des durch Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantierten Rechts**, die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken [...], das Recht einräumen, die Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme beantragen zu können“. Und weiter: „Durch diese vorgeschlagene Änderung wäre auch **sichergestellt, dass die Vorschrift des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO keiner Relativierung nach Maßgabe der von 12 Os 90/13x und 11 Os 51/13d angestellten Überlegungen mehr zugänglich ist.**“²³⁾ Der Justizausschuss war also der Auffassung, dass § 126 Abs 4 dritter Satz StPO im vor BGBl I 2014/71 geltenden gesetzlichen Umfeld **verfassungsrechtlich bedenklich war**, nach Maßgabe der mit BGBl I 2014/71 neu geregelten § 104 Abs 1, § 126 Abs 3 und 5 StPO aber **nicht mehr ist.**²⁴⁾

Trotzdem hat das StRÄG 2015 – ohne dass die beabsichtigte Streichung einem Begutachtungsverfahren unterzogen wurde – die Worte „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO gestrichen; ausweislich der ErläutRV (689 BlgNR 25. GP 50) allein, um klarzustellen, dass Gründe objektiver Befangenheit auch gegen Sachverständige des Ermittlungsverfahrens geltend gemacht werden dürfen (vgl die explizite Bezugnahme der ErläutRV auf § 126 Abs 4 erster Satz StPO). Der OGH hatte das nie in Zweifel gezogen,²⁵⁾ sprach doch § 126 Abs 4 dritter Satz StPO den Spezialfall von Sachverständigenbefangenheit „**bloß**“ aufgrund seiner Tätigkeit im Ermittlungsverfahren an, ohne das Recht in Frage zu stellen, objektive Sachverständigenbefangenheit nach § 126 Abs 4 erster Satz StPO geltend zu machen.

Als bewusste Willensentscheidung ist die Streichung der Worte „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO nicht nachvollziehbar.²⁶⁾ Mehr noch: Sie beschwört unbewusst erneut die von *Schmoller*²⁷⁾ aufgezeigte und mit zum Anlass für die Neuregelung durch BGBl I 2014/71 genommene Gefahr mangelnder Planbarkeit des Sachverständigenbeweises:²⁸⁾ Erkundungsbeweisführung als solche stellt nämlich schon deshalb keine objektive Befangenheit dar, weil sie im Stadium des Ermittlungsverfahrens kaum zu vermeiden ist.²⁹⁾ In der Entscheidung des VfGH ist denn auch nur von **Erkundungsbeweisführung „im Auftrag der Staatsanwaltschaft“** die Rede,³⁰⁾ die vor BGBl I 2014/71 ua dadurch grundrechtswidrig bevorzugt war.³¹⁾

Der Gesetzgeber ist allerdings ganz offensichtlich bei seiner Meinung geblieben, dass angesichts der von BGBl I 2014/71 eingeführten Regeln Sachverständigenbefangenheit „**bloß**“ aufgrund seiner Tätigkeit im Ermittlungsverfahren nicht geltend gemacht werden kann. Die Streichung der Worte „Sachverständigen oder“ sollte nichts daran ändern. So hatte sich denn auch die Forderung des Wahrnehmungsberichts des Rechtsanwaltskammertags 2014/15, 10, der möglicherweise Anlass für die – aus den GMat nicht nachvollziehbare – Streichung der beiden Worte war, nur auf die Rechtslage vor BGBl I 2014/71 bezogen. Immerhin bewirkt die Streichung den teilweisen Entfall der – unter dem Aspekt grundrechtlicher Unabdingbarkeit – unsachlichen Differenzierung der Anlassfallwirkung (Art 140 Abs 7 B-VG) bei „Altfällen“ (also nach der Rechtslage vor BGBl I 2014/71 im Ermittlungsverfahren tätigen Sachverständigen) nach Maßgabe von Beschwerdeanhängigkeit beim OGH vor und nach dem 10. 3. 2015.³²⁾ Sie bietet allerdings keinen Maßstab für eine Lösung der „Altfälle“ und ist solcherart bloß Ausdruck beklagenswert unbeholfener Gesetzestechnik bei gleichzeitig fehlendem Regelungswillen.

Auf den Punkt gebracht gilt nur, aber immerhin: Der dritte Satz des § 126 Abs 4 StPO ist auf diejenigen Sachverständigen nicht anzuwenden, welche nicht nach den durch BGBl I 2014/71 geänderten Bestimmungen tätig wurden. „Altfälle“, auf welche der VfGH die Anlassfallwirkung nicht erstreckt hatte, werden – aufgrund des Anfechtungskalküls der Nichtigkeitsbeschwerde – nur erfasst, soweit die Streichung bereits im Zeitpunkt der aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO kritisierten prozessleitenden Verfügung³³⁾ in Geltung stand.

23) Hervorhebungen durch den Autor.

24) Aus dem Hinweis zu 14 Os 145/14a EvBl 2015/122, in diesem Heft.

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

26) Treffend die Methodenkritik von *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 154.

27) *Schmoller*, JBl 2014, 336 (Anm zu 12 Os 90/13x).

28) Vgl auch insoweit *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 154.

29) Just idS § 104 Abs 1 erster Satz StPO idF BGBl I 2014/71.

30) § 103 Abs 2 StPO; Hervorhebung durch den Autor.

31) Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK.

32) Siehe oben Punkt F.

33) Zur Rechtsnatur derartiger „Beschlüsse“ vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 303.

→ In Kürze

Der Sachverständigenbeweis der StPO ist nach der Neuregelung durch BGBl I 2014/71 grundrechtlich ausgewogen und unbedenklich. Daher ändert die Streichung der Worte „Sachverständigen oder“ durch das StRÄG 2015 nichts am Inhalt des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO. Sie ist bloß Ausdruck beklagenswert unbeholfener Gesetzestechnik bei gleichzeitig fehlendem Regelungswillen des Gesetzgebers.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Eckart Ratz ist Präsident des OGH und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien. Er ist

Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO und Redakteur des EvBl der ÖJZ.

E-Mail: eckart.ratz@justiz.gv.at

Vom selben Autor erschienen:

Der neue Sachverständigenbeweis nach dem StPÄG 2014, ÖJZ 2015, 23.

Literatur:

Rebisant/Singer, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ZWF 2015, 150; *Wess/Rohregger*, VfGH zur Doppelverwendung des Sachverständigen im Strafverfahren, ZWF 2015, 112; *Ratz*, Zur grundrechtskonformen Lösung der Sachverständigenfrage im Strafprozess, Jahrbuch für Wirtschaftsstrafrecht 2014, 229; *ders*, Brauchen wir Privatsachverständige im Strafverfahren? in FS Fuchs 377.



→ Literatur-Tipp



Ratz, Rechtsmittel gegen Urteile (2015)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at