

HAUPTVERBAND DER GERICHTSSACHVERSTÄNDIGEN

1010 Wien, Doblhoffgasse 3/5 +43(1)405 45 46 406 32 67 Fax 406 11 56
ZVR-Zahl 301537258 hauptverband@gerichts-sv.at www.gerichts-sv.at



An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 20.8.2007

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Strafgesetzbuch und das Jugendgerichtsgesetz 1988 geändert werden (Strafprozessreformbegleitgesetz I)

Bezug: BMJ-L590.004/0001-II 3/2007

Sehr geehrte Damen und Herren !

Der Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs erstattet zu dem oben genannten Gesetzesentwurf nachstehende

Stellungnahme:

Der vorliegende Entwurf soll nach den Erläuterungen der **Anpassung einzelner Gesetze** (insbesondere der StPO) an die mit dem Strafprozessreformgesetz (BGBl I 2004/19), geschaffene **neue Systematik des einheitlichen Ermittlungsverfahrens** dienen. Dieses **Ziel ist einleuchtend** und gesetzestechnisch notwendig. Nähere Befassung mit dem Inhalt des Entwurfs zeigt allerdings, dass über diese Notwendigkeit hinaus in das Gesetzesvorhaben auch einige **Änderungen des soeben erst geregelten Ermittlungsverfahrens** eingeflossen sind, für die die Bezeichnung „Begleitgesetz“ nicht mehr gerechtfertigt ist, weil damit **wesentliche Prinzipien des Sachverständigenbeweises** berührt werden.

Dazu im Einzelnen:

Zu § 124 Abs 3 - Molekulargenetik statt Gerichtsmedizin

Nach dem ersten Satz des geltenden § 124 Abs 3 ist mit der molekulargenetischen Untersuchung ein **Sachverständiger aus dem Fachgebiet der Gerichtlichen Medizin** zu beauftragen. Die vorgeschlagene Fassung sieht dagegen die Bestellung eines Sachverständigen aus dem **Fachgebiet der Forensischen Molekularbiologie** vor. Den Erläuterungen ist dazu bloß zu entnehmen, dass die Anpassung bloß der **Berichtigung von Zitatfehlern bzw. der richtigen Begriffsbildung** diene.

Dazu ist zu bemerken, dass im Fachgebiet **03.01 Menschliche Erbbiologie (forensische Molekularbiologie)**, insbesondere **molekulargenetische Untersuchungen** österreichweit lediglich **7 Sachverständige** in der Gerichtssachverständigenliste eingetragen sind, während es für das Fachgebiet **02.07 Gerichtsmedizin** bundesweit **38 Eintragungen** gibt. Die Vornahme **molekularbiologischer Untersuchungen** ist **nicht auf das Fachgebiet 03.01 beschränkt**, sondern gehört auch zum **Zertifizierungsumfang des Fachgebiets 02.07**, was etwa dadurch illustriert wird, dass es im Österreichischen **DNA-Zentrallabor in Innsbruck**, das die Mehrzahl derartiger Untersuchungen in Österreich vornimmt, **keinen** allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten **Sachverständigen** für das Fachgebiet der **forensischen Molekularbiologie** gibt und dass die **Laborleiterin des DNA-Zentrallabors Wien**, das eine große Zahl derartiger Untersuchungen in Ost-Österreich vornimmt, für **forensische Molekularbiologie zertifiziert** ist, während der **stellvertretende Laborleiter Sachverständiger für Gerichtsmedizin** ist.

Letztlich wurde diese Sicht auch im Rahmen der Diskussion um die **Reform der Fachgruppen- und Fachgebietseinteilung** bestätigt. In dem in Vorbereitung befindlichen **Nomenklatur-Erlass 2007 Teil II** wird daher das Fachgebiet 02.07 den erklärenden **Klammerzusatz „(inkl. Erbbiologie, forensische Molekularbiologie)“** erhalten, um deutlich zu machen, dass **DNA-Gutachten auch von Gerichtsmedizinern** erstellt werden können.

Da eine **gesetzliche Einschränkung der Wahlfreiheit** des den Sachverständigenbeweis anordnenden Organs **grundsätzlich problematisch** ist, regen wir an, die **Wahlmöglichkeit sachgerecht zu erweitern**, indem § 124 Abs 3 Satz 1 wie folgt formuliert wird:

§ 124. (3) Mit der molekulargenetischen Untersuchung ist ein Sachverständiger aus dem Fachgebiet der Forensischen Molekularbiologie oder der Gerichtsmedizin zu beauftragen.

§ 128 Abs 1 – Leichenbeschau (derzeitige Fassung)

Hier haben sich **Bedenken gegen die derzeitige Fassung** des Gesetzes ergeben, nach der die **Kriminalpolizei**, sofern nicht ein natürlicher Tod feststeht, **erforderlichenfalls** einen **Arzt** beizuziehen und grundsätzlich am Ort der Auffindung die äußere Beschaffenheit der Leiche zu besichtigen, der Staatsanwaltschaft über das Ergebnis der

Leichenbeschau zu berichten und dafür zu sorgen hat, dass die Leiche für den Fall der Obduktion zur Verfügung steht.

Der Gesetzestext lässt durch Verwendung des Wortes „**erforderlichenfalls**“ die Auslegung zu, dass die **Besichtigung der äußeren Beschaffenheit der Leiche** auch durch eine **Person** vorgenommen werden kann, die **nicht Arzt** ist. Dies steht im **Widerspruch zu § 123 Abs 5**, der anordnet, dass jede körperliche Untersuchung von einem **Arzt** vorzunehmen ist. Weiters entsteht das Problem, dass die **körperliche Untersuchung einer Leiche** möglicherweise dem **Ärztevorbehalt** (§ 2 ÄrzteG) unterliegt. Dass auch Leichen Gegenstand von Tätigkeiten sein können, die ausdrücklich Ärzten vorbehalten sind, ergibt sich ja aus § 2 Abs 2 Z 8 ÄrzteG, der ausdrücklich **Leichenöffnungen** erwähnt.

Schließlich betont § 1 der Verordnung für die Vornahme der gerichtlichen Totenbeschau (RGGI 1855/26), dass die **gerichtliche Totenbeschau**, weil von ihr sehr häufig Ehre, Freiheit, Eigentum (und Leben) der einer strafbaren Handlung beschuldigten Person und die Sicherheit der Gerechtigkeitspflege abhängen, **von der größten Wichtigkeit ist**, sodass es auch die unerlässliche Pflicht der zur Vornahme derselben berufenen **Sachverständigen** ist, hierbei mit der gewissenhaftesten Genauigkeit vorzugehen. Daraus ist jedenfalls abzuleiten, dass eine solche **Beschau nicht von Laien vorgenommen werden darf**. Das ergibt sich auch aus § 6, der sogar die **ärztliche Qualifikation** näher regelt und nur **ausnahmsweise „andere ärztliche Sachverständige“** zur Beschau zulässt und grundsätzlich auch eine **Beeidigung** fordert. Die vorgeschlagene Regelung würde damit auch ein **schwieriges Derogationsproblem** aufwerfen, weil die Regel der **lex posterior** zur Anwendung der **StPO**, die Regel der **lex specialis** aber wohl zur Anwendung der genannten **Verordnung**, die im Gesetzesrang steht, führen würde.

Vor allem sprechen aber **gewichtige sachliche Gründe** gegen die Untersuchung von Leichen durch medizinische Laien, die ja über **keine gerichtsmedizinische Ausbildung** verfügen und daher wohl **kaum den Sachverhalt fachgerecht ermitteln** und noch weniger **fachkundige Schlüsse** aus den gemachten Wahrnehmungen ziehen können. Es ist daher zu vermuten, dass es ohnehin **nicht im Sinn des Gesetzgebers** lag, Derartiges zu ermöglichen. Dafür spricht auch die **Aussage in den Materialien** (RV S.178), dass die **Bestimmungen der §§ 127 ff StPO im Wesentlichen unverändert** in das neue Recht **übernommen werden**.

Wir regen daher an, **§ 128 Abs 1 eindeutig zu formulieren**:

§ 128. (1) Sofern nicht ein natürlicher Tod feststeht, hat die Kriminalpolizei einen Arzt beizuziehen. Dieser hat grundsätzlich am Ort der Auffindung die äußere Beschaffenheit der Leiche zu besichtigen. Die Kriminalpolizei hat der Staatsanwaltschaft über das Ergebnis der Leichenbeschau zu berichten (§ 100 Abs. 2 Z 2) und dafür zu sorgen, dass die Leiche für den Fall der Obduktion zur Verfügung steht.

§ 128 Abs 2 – Art der Bestellung gerichtsmedizinischer Sachverständiger

Der vorgeschlagene zweite Satz des § 128 Abs 2 sieht vor, dass die **Obduktion** von der Staatsanwaltschaft anzuordnen ist, die mit der Durchführung eine **Universitätseinheit für**

Gerichtliche Medizin oder einen **Sachverständigen** aus dem **Fachgebiet der gerichtlichen Medizin**, der kein Angehöriger einer solchen Einheit ist, **zu beauftragen hat**.

Zum Verständnis der folgenden Ausführungen ist festzuhalten, dass die **derzeitige Fassung** dieser Gesetzesstelle anordnet, dass die Staatsanwaltschaft den **Leiter eines Instituts für Gerichtliche Medizin einer Universität** mit der Durchführung der Obduktion **zu beauftragen hat**. Eine ähnliche Konstruktion war im Entwurf zur StPO-Novelle 2005 vorgesehen.

Bemerkt wird, dass die vorgeschlagene **Änderung** in der mitübermittelten **Synopse nicht aufscheint**, sodass sie sich nur demjenigen erschließt, der den Entwurf selbst genau studiert.

Derartige Regelungen verstoßen aus mehreren Gründen **gegen fundamentale Prinzipien des Sachverständigenrechts**:

1. Es ist unbestritten, dass die **Auswahl** des für ein konkretes Verfahren zu bestellenden **Sachverständigen ausschließlich Sache des Gerichts (der Staatsanwaltschaft)** ist. Dies hängt mit der **verfahrensrechtlichen Stellung** des Sachverständigen als **Hilfsorgan des Auftraggebers** zusammen, der wegen dessen **fehlenden Sachkunde**, der nur **bedingten Überprüfbarkeit** gutachtlicher Aussagen und der damit verbundenen **besonderen Vertrauensstellung** bedeutendes Gewicht zukommt. Die Prozessordnungen lassen daher mit gutem Grund weder eine **Einigung der Parteien** auf einen bestimmten Gutachter noch irgendeine **sonstige Bindung des Richters** in der Auswahl der Person des Sachverständigen zu. Wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses sind in der Regel auch **nur natürliche Personen** zu Sachverständigen zu bestellen. Die Bestellung juristischer Personen ist nur **in Einzelfällen gesetzlich angeordnet**.

Mit der vorgeschlagenen Möglichkeit der Bestellung einer Universitätseinheit für gerichtliche Medizin würde dieses **Prinzip verlassen**, weil in diesem Fall Befund und Gutachten nicht von der **vom Staatsanwalt ausgewählten Person**, sondern von einer der **Organisationseinheit** angehörenden und damit vom **Leiter dieser Einheit** bestimmten und daher **staatsanwaltschaftlicher Auswahl und Kontrolle entzogenen** Person erstattet würden. Es kann aber nicht hingenommen werden, dass die **Auswahl und Bestellung** des konkreten Experten **nicht von dem für die Verfahrensführung zuständigen Organ** vorgenommen wird.

Dieselben Bedenken bestehen natürlich auch gegen die **derzeitige Regelung**, weil es dadurch ermöglicht, ja meist wohl zum Regelfall gemacht würde, dass Befund und Gutachten nicht von der **ausgewählten Person**, sondern von einer von dieser bestimmten und daher **staatsanwaltschaftlicher Kontrolle entzogenen** weiteren Person erstattet würden.

2. Da den genannten **Organisationseinheiten** nach dem Universitätsgesetz 2002 **keine Rechtspersönlichkeit** zukommt, würde mit der Erteilung des Gerichtsauftrages an eine Universitätseinheit für gerichtliche Medizin (die genau genommen rechtlich gar nicht denkbar ist) die jeweilige **Universität zum Gutachter**. Befund und Gutachten würden aber

nicht von dieser, sondern vom jeweils hierzu bestimmten (unselbständigen) **Mitarbeiter** erstattet. Dass **jemand anderer** als der bestellte Sachverständige **Befund und Gutachten völlig selbständig erstattet**, ist aber auch nach den **Standesprinzipien der Sachverständigen** undenkbar: Gerade wegen der besonderen Vertrauensstellung, die Richter oder Staatsanwalt und bestellten Sachverständigen verbindet, ist eine **völlige Substitution** der gesamten Gutachtertätigkeit an einen Dritten ausgeschlossen. So sieht auch **Punkt 2.6 der Landesregeln** (veröffentlicht in SV 1992/2, 16), denen nach Auffassung des Bundesministeriums für Justiz **allgemeine Gültigkeit** zukommt (Erlass vom 25.2.1993, JMZ 11.856/38 -- I 6/93, SV 1993/2, 32), vor, dass der Sachverständige den ihm erteilten Auftrag unter seiner persönlichen Verantwortung auszuführen hat. Die Heranziehung von seiner Aufsicht unterstehenden **Hilfskräften** ist zwar zulässig, doch ist die **bloße Sanktionierung** der unkontrollierten, selbständigen Arbeit von anderen Personen durch Unterfertigung als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger **unstatthaft**. Die vorgeschlagene Bestimmung würde aber eine derartige **bloße Sanktionierung** im Regelfall zur Folge haben.

Auch die **derzeitige Regelung** begegnet diesen **Einwänden**.

3. Die Bestimmung verstößt auch gegen das im Sachverständigen- und Dolmetschergesetz (SDG) grundlegende **System der Zertifizierung** und gegen das damit verfolgte zentrale Anliegen der **Qualitätssicherung**. Sie verlangt nämlich gar nicht, dass der konkret bestimmte Mitarbeiter, der Befund und Gutachten erstattet, **gerichtlich zertifiziert** ist. Damit setzt sie sich auch in **Widerspruch zu § 126 Abs 2**, der vorsieht, dass als **Sachverständige** vor allem **Personen** zu bestellen sind, die in eine **Sachverständigenliste eingetragen** sind – was übrigens bei einer **Organisationseinheit niemals der Fall** ist, weil **nur natürliche Personen zertifiziert** werden können.

Die **derzeitige Regelung** wirft **dieselben Probleme** auf.

4. Der Gesetzesvorschlag regelt schließlich auch die Frage der **Verantwortlichkeit des Sachverständigen** nicht. Nach allgemeinen Grundsätzen wird wohl der Rechtsträger, also die Universität, haften. Ob auch den **bestellten Mitarbeiter** eine **Haftung für Vermögensschäden** trifft, ist fraglich. Damit wird auch das seit der SDG-Novelle 1998 eingeführte **Prinzip der Haftpflichtversicherung** durchkreuzt, weil zwar der tatsächlich tätige Gutachter – wenn er zertifiziert ist - über eine solche verfügen muss (§ 2 Abs 2 Z 1 lit i SDG), die **Universität** hingegen nicht. Infolge der **eigenen Rechtsfähigkeit** ist eine **Haftung des Bundes ausgeschlossen**, sodass auch ein gewisses Insolvenzrisiko besteht.

Die **derzeitige Regelung** wirft **dieselben Probleme** auf. Zusätzlich könnte sich eine grundsätzlich denkbare Versicherung des nicht zertifizierten Institutsleiters von der **Risikoabgrenzung** her als schwierig und vor allem teuer erweisen.

5. Die vorgesehene Bestimmung lässt überdies **zentrale Fragen des Sachverständigenbeweises ungelöst**: Wie sind **Ausgeschlossenheit und Befangenheit** zu handhaben? Wer ist dazu berufen, Befund und Gutachten in der mündlichen Verhandlung zu **erläutern oder zu ergänzen**? Ergänzt oder erläutert – was ja

wohl allein sinnvoll wäre – der Autor sein Gutachten, wem steht dann der **Gebührenanspruch** zu? Was geschieht, wenn ein Staatsanwalt nicht die **Organisationseinheit** selbst, sondern einen ihrer **Angehörigen zum Sachverständigen** bestellt? Ist dieser nach dem Wortlaut des Gesetzes **von eigenverantwortlicher Gutachterarbeit ausgeschlossen**, obwohl er gerichtlich zertifiziert ist?

All dies gilt auch für die **bestehende Regelung**.

Es wird nicht verkannt, dass nach den Materialien mit der vorgeschlagenen Regelung **Empfehlungen des Rechnungshofs** gefolgt werden soll. Nach Ansicht der Gerichtssachverständigen rechtfertigt dies aber keinesfalls die hier aufgezeigten **Verstöße gegen wesentliche Prinzipien des Sachverständigenbeweises**. Es kann auch nicht Aufgabe der **Verfahrensgesetze** sein, **Konflikte in justizfernen Bereichen zu lösen**. Weiters darf darauf verwiesen werden, dass etwa die **Sachverständigen des Departments für Gerichtsmedizin** und die **Medizinische Universität Wien** mit dem „**Wiener Modell**“ eine Vereinbarung getroffen haben, die offenbar die allseitigen Interessen zu wahren imstande ist.

Wir möchten nachdrücklich darauf hinweisen, dass die **angestrebten Ziele** nicht nur für gerichtsmedizinische Gutachten, sondern **für alle Gerichtsgutachten gelten**. Sachgerechte Gestaltung des Verfahrensrechts und der internen Organisation der Gerichte muss daher ganz allgemein auf die Verfolgung dieser Ziele gerichtet sein. Dazu weisen wir darauf hin, dass derzeit im Rahmen der **Verfahrensautomation Justiz (VJ)** erhebliche Anstrengungen unternommen werden, um genau diese Ziele zu fördern: So ist schon die Einrichtung der **elektronischen Sachverständigen- und Dolmetscherliste** mit dem Ziel erfolgt, den rechtsprechenden Organen eine **zeitgemäße und wirkungsvolle Auswahl** des konkret zu bestellenden Sachverständigen zu ermöglichen. In der Verfahrensautomation selbst soll durch die **Einführung eigener Schritte** eine Erfassung dahin ermöglicht werden, wie **lange** sich ein **Akt beim Sachverständigen** befindet und **wie viele Akten** konkret der jeweilige Sachverständige zu behandeln hat. Eine Auswertung dieser Daten soll den Entscheidungsorganen wiederum im Intranet bei den jeweiligen Sachverständigen angezeigt werden, sodass sie diese Kriterien bei der Auswahl der Person des Sachverständigen berücksichtigen können.

Nach Auffassung der Sachverständigen sind solche im Bereich der Justiz stattfindenden Prozesse wesentlich besser geeignet, die vom Rechnungshof aufgezeigten Ziele zu verwirklichen. Der eingeschlagene Weg sollte daher weiter beschritten werden. Für den Bereich der Gerichtsmedizin könnte dies etwa bedeuten, dass im **Intranet der Justiz** nicht nur die bereits genannten Daten, sondern etwa bei den institutsangehörigen Sachverständigen auch die für sie **geltenden Dienstpläne** ausgewiesen würden.

Es zeigt sich daher, dass auch unter **Berücksichtigung der Kritik des Rechnungshofes** sachgerechte Ergebnisse erzielt werden können, ohne dass eine überaus **problematische Regelung** wie die vorgeschlagene erforderlich ist.

Vorgeschlagen wird folgende Textierung:

§ 128. (2) Eine Obduktion ist zulässig, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Tod einer Person durch eine Straftat verursacht worden ist. Sie ist von der

Staatsanwaltschaft anzuordnen, die mit der Durchführung einen oder nötigenfalls zwei Sachverständige für Gerichtliche Medizin zu beauftragen hat.

Die übrigen vorgeschlagenen Änderungen begeben keinen Bedenken.

Aus Anlass der Auseinandersetzung mit dem Entwurf wird zu § 221 Abs 1 darauf hingewiesen, dass hier die **nicht mehr gebräuchliche Bezeichnung „Dolmetsch“** verwendet wird, während das Gesetz sonst (siehe §§ 221 Abs 2, 271 Abs 1 Z 3, 393 Abs2) den Ausdruck **„Dolmetscher“** verwendet, der im Übrigen auch der **Terminologie des SDG und des GebAG** entspricht.

Diese Stellungnahme wird auch **im elektronischen Weg** dem **Präsidium des Nationalrats** übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen



HR Dr. Alexander Schmidt
Rechtskonsulent



DI Dr. Matthias Rant
Präsident