

Dipl.-Jur. Szymon Świdorski, MLE
Doktorand am Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schenkenstraße 4
1010 Wien

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 20. Mai 2014

Sehr geehrte Damen und Herren,

bezugnehmend auf die Einladung zur Stellungnahme vom 7. Mai 2014 möchte ich zu dem Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014 punktuell Stellung nehmen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Szymon Świdorski

Ist die Bestellung und die Führung des Sachverständigen im geltenden Strafverfahrensrecht verfassungsrechtlich unbedenklich?

Eine Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2014

A. Einleitung¹

Im Tätigkeitsbericht für das Jahr 2011 hat die Vollversammlung des OGH den Gesetzgeber aufgefordert, „die Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese im Ermittlungsverfahren dem Gericht zu übertragen.“² Damit regte die Vollversammlung des OGH die Änderung von § 126 Abs 3 StPO in der geltenden Fassung an, wonach Sachverständige für das Ermittlungsverfahren grds von der StA bestellt werden. Die Notwendigkeit dieser Gesetzesänderung begründete die Vollversammlung des OGH damit, dass ein „durch Wechsel der Staatsanwaltschaft nach Anklageerhebung in die Rolle einer Verfahrensbeteiligten offensichtliche[s] Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 3 lit d EMRK“ entsteht und wies dabei darauf hin, dass „Einwände (§ 126 Abs 3 dritter Satz StPO) nur aufgrund ständiger Zusammenarbeit bestimmter Sachverständiger mit der Staatsanwaltschaft ... nicht erfolgsversprechend [sind], weil darin auch Routine und Bewährung zum Ausdruck kommen. Von der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige sollen aber, wie sich aus dem Hinweis des § 126 Abs 2c StPO auf die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ergibt, nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht bloß wegen der in der Bestellung durch eine nachmalige Verfahrensbeteiligte zum Ausdruck kommenden Schiefelage durch andere ersetzt werden. Vorsitzende werden daher – insbesondere bei größeren Verfahren – kaum einen anderen Sachverständigen zur Hauptverhandlung beziehen.“³

Der Begutachtungsentwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2014 folgt der Anregung der Vollversammlung des OGH nicht, da aus der Sicht des Entwurfs die oben skizzierte Problematik durch die Rechtsprechung des OGH mittlerweile klargestellt wurde, weshalb „der Entwurf [sich] nicht zu einer revolutionären Änderung veranlasst [sieht].“⁴ Als klarstellende Rechtsprechung des OGH zitiert der Entwurf ausführlich die jüngsten Erk des

¹ Dieser Beitrag wurde durch das Abschlussstipendium 2014 der Universität Wien gefördert.

² Tätigkeitsbericht 2011 des OGH, 1 Präs. 1001-1158/12y, 45; Tätigkeitsbericht 2012 des OGH, 28.

³ Tätigkeitsbericht 2011 des OGH, 45.

⁴ Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, 38/ME 25. GP Erläut 14.

12. Strafsenats (OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x⁵) und 11. Strafsenats (OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d⁶).⁷

Dem Problem der Verfassungsmäßigkeit der Bestellung und der Führung des Sachverständigen im Strafverfahren wurde schon eine Fülle von Beiträgen gewidmet und somit scheint das Thema bereits ausgeschöpft zu sein.⁸ Die Rechtfertigung für den vorliegenden Beitrag in diesem Problembereich liegt in der Untersuchung der aktuellen Frage, ob und inwiefern die durch den Begutachtungsentwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2014 genannten Erk des OGH Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung und der Führung des Sachverständigen im Strafverfahren ausgeräumt haben und daher kein Anlass mehr für die Tätigkeit des (ggf auch negativen) Gesetzgebers besteht.

Im Rahmen der im ersten Teil dieses Beitrags aufgestellten Problemstellung werden zunächst die normativen Vorgaben für die Bestellung und die Führung des Sachverständigen im Strafverfahren dargestellt. Sodann werden die verfassungsrechtlichen Probleme im genannten Bereich kompakt geschildert. Im zweiten Teil werden die Stellungnahmen des 11. und 12. Strafsenats zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über die Bestellung und die Führung des Sachverständigen erörtert. Im dritten Teil folgt die kritische Auseinandersetzung mit den Erk des 11. und 12. Strafsenats des OGH und im vierten und letzten Teil ein Fazit.

B. Problemstellung

⁵ Siehe auch OGH 21.01.2014, 12 Os 90/13x EvBl 2014/48, 317 (*Ratz*).

⁶ Siehe auch OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d EvBl 2014/62, 420 (*Ratz*).

⁷ Vgl Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, 38/ME 25. GP Erläut 11 ff.

⁸ Siehe zB jüngst *Ratz*, Brauchen wir Privatsachverständige im Strafverfahren? FS H. Fuchs 377; *Mayer/Haidenhofer*, Der Sachverständige als Gehilfe des Staatsanwalts im Strafprozess, AnwBl 2014, 100; *Riffel*, Der Sachverständigenbeweis und die diesbezüglichen Garantien der aktuellen StPO zur Wahrung der Verfahrensfairness, RZ 2013, 232.

1. Die gesetzlichen Regelungen über Bestellung und Ausschluss des Sachverständigen

Der Sachverständige ist nach § 126 Abs 1 StPO erst dann zu bestellen, wenn für Ermittlungen oder für Beweisaufnahmen besonderes Fachwissen erforderlich ist, über welches die Strafverfolgungsbehörden durch ihre Organe, besondere Einrichtungen oder bei ihnen dauernd angestellte Personen nicht disponieren.⁹ Als Sachverständiger kann nach § 126 Abs 2 StPO zunächst bestellt werden, wer in die Gerichtssachverständigenliste im Sinne von § 2 Abs 1 SDG eingetragen ist.¹⁰ Es können aber auch Personen außerhalb dieser Liste bestellt werden.¹¹ Bestellt wird der Sachverständige nach § 126 Abs 3 StPO für das Ermittlungsverfahren grds durch die StA und für das Hauptverfahren durch das Gericht.¹² Bei der Wahl von Sachverständigen und der Bestimmung des Umfangs ihres Auftrags haben die StA im Ermittlungsverfahren bzw das Gericht im Hauptverfahren gem § 126 Abs 2c StPO nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vorzugehen.¹³

Der Sachverständige ist gem § 126 Abs 4 StPO von seinem Amt durch die StA bzw durch das Gericht – also jeweils von der bestellenden Einheit – von Amts wegen oder auf Grund von Einwänden des Beschuldigten bzw des Angeklagten zu entheben, wenn die Befangenheitsgründe des § 47 Abs 1 StPO sinngemäß vorliegen bzw seine Sachkunde in

⁹ Durch diese Regelung wird die Möglichkeit der StA nach § 103 Abs 2 zweiter Fall StPO, die Ermittlungen durch einen Sachverständigen durchführen zu lassen, eingeschränkt. Bloß aus § 103 Abs 2 zweiter Fall StPO ergibt sich nicht, dass die StA die Ermittlungen durch einen Sachverständigen nur dann durchführen lassen kann, wenn für Ermittlungen oder für Beweisaufnahmen besonderes Fachwissen erforderlich ist. Auch der Beschuldigte kann den Sachverständigen mit seinem Standpunkt – allerdings nicht grds frei wie die StA nach § 103 Abs 2 zweiter Fall StPO, sondern vielmehr nach den Maßgaben des § 55 StPO – befassen. Eine Asymmetrie liegt hier auf der Hand.

¹⁰ Näher *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 23 (Stand November 2011).

¹¹ Näher *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 24 (Stand November 2011).

¹² Näher *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 39 ff (Stand November 2011).

¹³ Im Lichte der Ergebnisse der rechtsfaktischen Untersuchung des Rechnungshofes stellt sich die Frage, ob die Praxis der Bestellung des Sachverständigen durch die StA diesen Grundsätzen noch entspricht, siehe Bericht des Rechnungshofes, Staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren, Bund 2014/5. Der Rechnungshof hat dokumentiert, dass in der StA Wien, Graz und Linz bestimmte Sachverständige trotz der Möglichkeit, andere, ebenfalls listengeführte Sachverständige derselben Fachgruppe zu bestellen, wiederholt bestellt werden, siehe Bericht des Rechnungshofes, Bund 2014/5. 260. Insgesamt hat der Rechnungshof festgestellt, dass in Graz drei Sachverständige für 50 % der Verfahren mit Sachverständigenbezug bestellt werden, dass in Linz zwei Sachverständige für 50 % und in Wien drei Sachverständige für 47 % solcher Verfahren bestellt werden, siehe Bericht des Rechnungshofes, Bund 2014/5. 260. Zutreffend stellt der Rechnungshof fest, dass eine solche Praxis die Gefahr der Arbeitsüberlastung von Sachverständigen und daraus resultierend mögliche Verzögerungen erhöht, siehe Bericht des Rechnungshofes, Bund 2014/5. 260. Die Praxis der systematischen Einschränkung des Auswahlpektrums durch die genannten StA ist damit nicht mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (vgl § 126 Abs 2c StPO) vereinbar; siehe aber auch *Riffel*, RZ 2013, 232 (234). Die Aufrechterhaltung der monopolartigen Stellung einer begrenzten Zahl von Sachverständigen kann auch im Hinblick auf den Grundsatz der Sparsamkeit problematisch sein, da, wie allgemein bekannt ist, sich die mangelnde Konkurrenz durchaus negativ auf die Höhe der Preise auswirkt.

Zweifel steht.¹⁴ § 126 Abs 4 dritter Satz StPO stellt dabei fest, dass allein der Umstand der Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren kein Grund für seine Befangenheit ist.¹⁵

2. Das Wesen des Spannungsverhältnisses der § 126 StPO mit Art 6 Abs lit d EMRK

Nach Art 6 Abs 3 lit d EMRK hat der Angeklagte 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.¹⁶ Zusammenfassend gewährt Art 6 Abs 3 lit d erster Fall EMRK dem Angeklagten das **Fragerecht** an die Belastungszeugen und Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK fordert ein grundsätzliches strukturelles Gleichgewicht bei der **Ladung und Vernehmung** der Zeugen zwischen Angeklagtem und Ankläger.¹⁷

Da der Sachverständige im Sinne des autonomen Begriffsverständnisses der EMRK als Zeuge zu verstehen ist¹⁸, setzt die Verfassungsmäßigkeit der geltenden gesetzlichen Regeln des Sachverständigenbeweises im Strafverfahren ihre Vereinbarkeit mit Art 6 Abs 3 lit d EMRK voraus. Nach § 249 Abs 3 StPO steht dem Angeklagten das Fragerecht zur sachgerechten Befragung von Sachverständigen samt Hilfestellung durch eine Person mit besonderem Fachwissen zu.¹⁹ Damit werden die Vorgaben des Art 6 Abs 3 lit d erster Fall EMRK einfachgesetzlich erfüllt.²⁰

Problematisch ist dagegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung und der Führung des Sachverständigen unter dem Aspekt des Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK.²¹ Während die StA – die im Hauptverfahren die Parteistellung hat – einen von ihr für das Ermittlungsverfahren bestellten Sachverständigen in das Hauptverfahren grds sicher

¹⁴ Näher *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 48 ff (Stand November 2011).

¹⁵ Näher *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 56 (Stand November 2011).

¹⁶ Vgl *Mayer/Haidenhofer*, AnwBl 2014, 100 (100 f).

¹⁷ Vgl *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (391).

¹⁸ Statt aller siehe nur *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 6 EMRK Rz 98.

¹⁹ Näher *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (387); siehe auch *ders*, Zur Stellung von Sachverständigen im Strafverfahren nach der StPO, Der Sachverständige 2012, Sonderausgabe, 34 (36).

²⁰ Vgl *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (387).

²¹ Siehe auch *Ratz*, Der Oberste Gerichtshof in Österreich als Grundrechtsgericht, AnwBl 2013, 274 (277); *Wess*, Aktuelle Rechtsfragen zur Stellung des Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 117 (129).

einbringen kann, kann der Angeklagte den von ihm bestellten Privatsachverständigen nicht unter den gleichen Bedingungen in das Hauptverfahren einbringen.²²

Entscheidend für die Frage der Verfassungsmäßigkeit ist, ob der Sachverständige als Zeuge der Anklage bzw Belastungszeuge anzusehen ist.²³ Dies hängt davon ab, ob und inwiefern der Sachverständige der StA funktionell zurechenbar ist.

C. Die Erk des 11. und 12 Strafsenats des OGH

1. Prinzipielle Objektivität und Unparteilichkeit der StA und des Sachverständigen

Der OGH scheint die Möglichkeit bzw den Anschein, dass der Sachverständige ein Zeuge der Anklage sei, grds auszuschließen, da die Tätigkeit des Sachverständigen der StA grds nicht zugerechnet werden kann.

Dafür soll zunächst sprechen, dass der Sachverständige rechtlich zur Objektivität gegenüber den Parteien verpflichtet und von der StA organisatorisch getrennt ist, und seine Tätigkeit ausschließlich nach den Regeln seiner Wissenschaft vorzunehmen hat.²⁴ Die Garantie für die Objektivität und das erforderliche Fachwissen eines Sachverständigen sollen sich außerdem daraus ergeben, dass grds nicht beliebige, sondern in eine Sachverständigen-Liste eingetragene Personen als Sachverständige zu bestellen sind und ungeachtet des Verfahrensausgangs ihre Gebühren von der öffentlichen Hand erhalten.²⁵ Die Wahrhaftigkeit des Befunds bzw des Gutachtens eines Sachverständigen wird zudem verfahrensrechtlich durch die Befangenheitsregel (§ 126 Abs 4 erster Satz StPO) und darüber hinaus materiellrechtlich durch § 288 Abs 1 und 4 StGB abgesichert.²⁶ Bloß durch die Bestellung durch die StA im Ermittlungsverfahren kann nicht in Frage gestellt werden, dass der

²² Siehe *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (391); *Mayer/Haidenhofer*, AnwBl 2014, 100 (103 ff); Tätigkeitsbericht 2011 des OGH, 45; *Wess*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 117 (129). In diesem Kontext siehe auch *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Art 6 EMRK Rz 98 ff.

²³ Zu beachten ist, dass bereits der Anschein eines Naheverhältnisses zur Anklage Zweifel an der Neutralität des Sachverständigen begründen kann, näher dazu *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek*, Art 6 EMRK Rz 99.

²⁴ OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, 23; OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 13.

²⁵ OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, 23; OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 13 f.

²⁶ OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, 24; OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 14.

Sachverständige im Sinne einer neutralen Beweisperson agiert.²⁷ Die StA ist sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im Hauptverfahren zur Objektivität verpflichtet und hat daher belastende sowie entlastende Umstände zu untersuchen.²⁸ Der Sachverständige wird weder im Ermittlungsverfahren noch im Hauptverfahren durch eine Partei bestellt: Im Ermittlungsverfahren hat die StA keine Parteistellung und im Hauptverfahren wird der Sachverständige durch das Gericht bestellt.²⁹

2. Strukturelles Ungleichgewicht und Lösungsansätze

Der 11. und 12. Strafsenat des OGH erkennen, dass der Beschuldigte nicht den gleichen Zugang zum Sachverständigen hat wie der StA: Während die StA den Sachverständigen praktisch nach ihrem Belieben einsetzen kann (Stichwort: Erkundungsbeweisführung³⁰), müssen die Anträge des Beschuldigten den Kriterien des § 55 StPO entsprechen, welcher gerade keine Erkundungsbeweisführung zulässt.³¹ Dabei wird allerdings durch den OGH ein Versuch unternommen, diese Schieflage schon dadurch etwas zu relativieren, dass der Beschuldigte durchaus – allerdings nach den Maßgaben des § 55 StPO – den Sachverständigen mit seinem Standpunkt befassen und sich dabei noch bis zur Einleitung der Hauptverhandlung von Privatsachverständigen unterstützen lassen kann.³²

Darüber hinaus sind der 11. und 12. Strafsenat bemüht, die normativ bestehende Schieflage durch zwei unterschiedliche Lösungsansätze auszugleichen.

a) Lösungsansatz des 12. Strafsenats des OGH

Der 12. Strafsenat ergänzte § 126 Abs 4 dritter Satz StPO um einen Ausnahmetatbestand – unter bestimmten bzw bestimmbaren Voraussetzungen bejaht der 12. Strafsenat eine

²⁷ OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, 24; OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 13: „Es kommt damit also auf die Tätigkeit im Vorverfahren an, nicht aber auf die Tatsache, ob er von der Staatsanwaltschaft oder vom Gericht (§§ 104, 105 StPO) bestellt wurde...“

²⁸ OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 16.

²⁹ Vgl OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 15 f.

³⁰ Zum Begriff des Erkundungsbeweises siehe *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (379 f).

³¹ OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 14 f; OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, 22; zu diesem Problem siehe auch *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (392 f)

³² OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, 24; OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 14.

funktionelle Zurechnung des Sachverständigen zur StA – und knüpft daran die Pflicht des Gerichts, einen neuen Sachverständigen für das Hauptverfahren zu bestellen.³³

Für die funktionelle Zurechnung des Sachverständigen zur StA sieht der 12. Strafsenat ausnahmsweise in folgender Konstellation die Möglichkeit:

„Wenn ein Sachverständiger bei einem sehr allgemeinen Anfangsverdacht von der Staatsanwaltschaft mit nicht weiter determinierten Erhebungen zu einer Straftat, insbesondere ohne Nennung eines konkreten Beweisthemas beauftragt wird und das vorhandene, nicht ohne weiteres aussagekräftige Beweismaterial aufarbeitet und auf ein strafrechtliches Verdachtssubstrat hin untersucht ...“³⁴ In einem solchen Fall mutiert der Sachverständige nach der Ansicht des 12. Strafsenats „von einem unabhängig agierenden Experten ... zu einem verlängerten Arm der Ermittlungsbehörden und damit funktional zu einem Organ der Ermittlungsbehörde“³⁵ und demzufolge hat das erkennende Gericht die Pflicht, einen neuen Sachverständigen für das Hauptverfahren zu bestellen.³⁶

Damit schafft der 12. Strafsenat einen Ausnahmetatbestand zur Bestimmung des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO und lässt die bis dahin unwiderlegbare Vermutung, dass die Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren allein keinen Grund seiner Befangenheit bilden kann, doch widerlegbar sein. Diese Vermutung kann nun im Fall der inhaltlichen Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen erfolgreich widerlegt werden.³⁷

Wann eine inhaltliche Ermittlungstätigkeit vorliegt, richtet sich nach der durch den 12. Strafsenat aufgestellten Faustformel:

„Je unbestimmter ... der Anfangsverdacht, je konkreter der Auftrag der Staatsanwaltschaft an den beigezogenen Experten, also je weniger der Beweiserhebungsauftrag den Kriterien des § 55 StPO entspricht, desto eher muss die darauf aufbauende Befundaufnahme als inhaltlich als Ermittlungstätigkeit des beauftragten Gutachters gewertet werden.“³⁸

³³ OGH 23.01.2014, 12 Os 90/13x, 26 f.

³⁴ OGH 23.01.2014 12 Os 90/13x, 26.

³⁵ OGH 23.01.2014 12 Os 90/13x, 26.

³⁶ OGH 23.01.2014 12 Os 90/13x, 27.

³⁷ OGH 23.01.2014 12 Os 90/13x, 26 f.

³⁸ OGH 23.01.2014 12 Os 90/13x, 26 f.

b) Lösungsansatz des 11. Strafsenats des OGH

Eine andere Ausgleichsmethode wählte der 11. Strafsenat des OGH: Das Recht der StA auf den freien Einsatz des Sachverständigen zur Erkundungsbeweisführung soll durch die Einführung des Rechts des Beschuldigten auf die amtswegige Sachverhaltsaufklärung durch die StA ausgeglichen werden³⁹:

„...[D]er Beschuldigte [ist] zwar grundsätzlich an die Bestimmung des § 55 StPO gebunden, seine Anträge auf Erkundungsbeweise, die den Formalanforderungen nicht genügen, verfallen aber nicht a priori der Ablehnung, sondern entfalten eine prozessuale Wirkung weil darin ein Antrag zu sehen ist, der Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung in einem bestimmten Bereich nachzukommen.“⁴⁰

D. Diskussion der Erk des 11. und 12. Strafsenats des OGH

1. Einführung des Ausnahmetatbestands

a) Methodische Bedenken

Der 12. Strafsenat des OGH hat die Geltung des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO nicht auf den Kernbereich des Wortsinnes begrenzt und damit § 126 Abs 4 dritter Satz StPO restriktiv ausgelegt, sondern vielmehr eine bestimmte bzw bestimmbare Art der Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren aus der Gruppe der denkbaren Tätigkeiten des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren herausgenommen und damit die Anwendbarkeit des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO teleologisch reduziert.⁴¹

Die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion sind gegeben, wenn „eine abstrakt *umschreibbare* Fallgruppe von den Grundwertungen oder Zwecken des Gesetzes entgegen seinem Wortlaut gar nicht getroffen wird und ... sie sich von den „eigentlich gemeinten“ Fallgruppen so weit unterscheidet, daß die Gleichbehandlung sachlich ungerechtfertigt und

³⁹ Vgl OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d EvBl 2014/62, 420 (424) (*Ratz*).

⁴⁰ OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d, 14 f.

⁴¹ Vgl *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 83.

willkürlich wäre.“⁴² Die teleologische Reduktion findet ihre Rechtfertigung im Gebot der Gerechtigkeit, „Ungleiches ungleich zu behandeln“.⁴³

Es stellt sich die Frage, ob im Fall des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion erfüllt werden könnten. In § 126 Abs 4 dritter Satz StPO macht der Gesetzgeber klar, dass er im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung den Umstand der bloßen Ausübung der Ermittlungsfunktion durch den Sachverständigen nicht als Befangenheitsgrund anerkennt.⁴⁴ Dass er dabei keine Rücksicht auf den Inhalt der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen nimmt, lässt darauf hindeuten, dass die weite Fassung des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO im Interesse der Rechtssicherheit erfolgte. Die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO sind nicht gegeben, da nicht gesagt werden kann, dass diese Bestimmung im Hinblick auf seine *ratio legis* – die (zumindest auch) in Wahrung der Rechtssicherheit – so weit formuliert ist, dass eine „verdeckte“ Lücke⁴⁵ entsteht, die die Einführung eines Ausnahmetatbestands rechtfertigen würde; im Gegenteil schließt gerade das Interesse an der Rechtssicherheit dessen Einführung grds aus.⁴⁶

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

Nach § 126 Abs 4 dritter Satz StPO kann die Befangenheit eines Sachverständigen im Hauptverfahren „nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist.“ Der 12. Strafsenat des OGH hat erkannt, dass in der bestimmten bzw bestimmaren Konstellation die Befangenheit des Sachverständigen sehr wohl bloß mit der Begründung geltend gemacht werden kann, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist. Damit hat der 12. Strafsenat des OGH effektiv das

⁴² F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 480.

⁴³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁴, 378; siehe auch Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz, 82.

⁴⁴ In diesem Sinn wohl auch Ratz, FS H. Fuchs 377 (390); siehe auch ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 177: „Der Umstand allein, dass der Sachverständige oder Dolmetscher bereits im Ermittlungsverfahren tätig waren, soll seine Unbefangenheit und Sachkunde nicht in Zweifel ziehen lassen; bloß auf diesen Umstand gestützte Ablehnungsanträge wären daher als unzulässig zurückzuweisen.“

⁴⁵ Eine „verdeckte“ Lücke manifestiert sich durch das Fehlen einer nach der „ratio legis“ erforderlichen Ausnahmeregel, siehe F. Bydliński, Juristische Methodenlehre², 480.

⁴⁶ Zum Verbot der teleologischen Reduktion im Falle des Vorliegens des vorrangigen Interesses an Rechtssicherheit siehe Larenz, Methodenlehre⁴, 378 f; siehe auch Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz, 192 f.

Wort „nicht“ gestrichen und damit seine Kompetenzen überschritten, da die Gesetze allein durch den VfGH aufgehoben bzw verfassungskonform ausgelegt werden können.⁴⁷

Die Hinzufügung eines Ausnahmetatbestands zum § 126 Abs 4 dritter Satz StPO ist unter dem Aspekt des dem Rechtsstaat inhärenten Grundsatzes der Rechtssicherheit⁴⁸ verfassungsrechtlich problematisch, da die Anwendbarkeit dieses Ausnahmetatbestands nach den faustformelartigen Vorgaben des 12. Strafsenats des OGH zu bestimmen ist und deshalb eine Reihe von schwierigen und präzisierungsbedürftigen Abgrenzungsfragen aufwirft (zB worin liegt der Unterschied zwischen einer „inhaltlichen“ und einer „nicht inhaltlichen“ Ermittlungstätigkeit?).

Das Vorgehen des 12. Strafsenats sowie dessen Ergebnis (Schaffung des Ausnahmetatbestands) sind beide verfassungsrechtlich bedenklich. Der 12. Strafsenat scheint die Notwendigkeit der Einführung des Ausnahmetatbestands aus einem Gedanken abzuleiten, der einst die Einführung des Anklagegrundsatzes rechtfertigte: Wer die Tathypothese aufstellt, kann ihr dann nicht mehr unbefangen gegenüberstehen.⁴⁹ Der 12. Strafsenat wählt dabei aber eine zu schmale Perspektive, denn befangen ist nicht nur, wer die Tathypothese selbst aufstellt, sondern vielmehr schon, wer an der Erstellung der Tathypothese mitwirkt.⁵⁰ Aus diesem Grunde ist und war die StA im Hauptverfahren eine Partei und nicht ein Richter neben dem Richter, und der Untersuchungsrichter durfte mit dem erkennenden Richter nicht ident sein.

2. Das Recht auf die amtswegige Sachverhaltsaufklärung

Aus der Erk des 11. Strafsenats ergibt sich, dass die Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung auch bestehen soll, wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs 2 Z 2 StPO aus der Sicht des Gerichts oder der StA nicht gegeben sind.⁵¹ Dabei erklärt der 11. Strafsenat aber nicht, unter welchen Bedingungen in einem solchen Fall die Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung entsteht.⁵² Damit steht auch praktisch völlig offen,

⁴⁷ Siehe zB *Kneihls*, Wider die verfassungskonforme Interpretation, ZfV 2009, 354 (357).

⁴⁸ Siehe dazu zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 165 ff.

⁴⁹ Umfassend dazu *Höpfel*, Staatsanwalt und Unschuldsvermutung, 69 ff.

⁵⁰ Vgl *Henkel*, Strafverfahrensrecht², 94 f; *Bertel*, Die Identität der Tat, 76 ff; siehe auch *Prochaska/Kinczel*, Inquisitionsprozess „light“? Die Presse vom 02.04.2012.

⁵¹ OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d EvBl 2014/62, 420 (424) (*Ratz*).

⁵² OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d EvBl 2014/62, 420 (424) (*Ratz*).

welche konkrete Bedeutung das eingeführte subjektive (im Wege des § 106 Abs 1 Z 1 StPO durchsetzbare) Recht auf „amtswegige Sachverhaltsaufklärung“ – als die Kehrseite zur Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung – hat.⁵³

3. Unterstellung der Objektivität der StA

Die Ausführungen des 11. und 12. Strafsenats legen nahe, dass die beiden Senate von der Objektivitätspflicht der StA und des Sachverständigen auf die Objektivität der StA und des Sachverständigen schließen.⁵⁴ Auch wenn die StA ein Organ der Gerichtsbarkeit (vgl Art 90a B-VG) ist und ihre Objektivität grds nicht infrage gestellt wird, kann nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber nicht im gleichen Maße wie der OGH von der Objektivität der StA überzeugt zu sein scheint.⁵⁵

D. Fazit

Im Lichte der kritischen Untersuchung der Erk des 11. und 12. Strafsenats des OGH kann von einer „Klarstellung“ nicht die Rede sein. Die eingangs erwähnte Anregung der Vollversammlung des OGH an den Gesetzgeber hat daher nicht an Aktualität verloren und sollte durch den Gesetzgeber anlässlich der geplanten Gesetzesänderung erwogen werden.

Da der durch die StA für das Ermittlungsverfahren bestellte Sachverständige funktionell der StA zugerechnet werden kann, entsteht ein Ungleichgewicht, das im Hauptverfahren durch das erkennende Gericht nur durch die Bestellung eines neuen Sachverständigen behoben werden kann. Wegen § 126 Abs 4 dritter Satz StPO kann das Gericht aber auf diese

⁵³ Vgl OGH 11.03.2014, 11 Os 51/13d EvBl 2014/62, 420 (424) (*Ratz*).

⁵⁴ Was allerdings logisch unvertretbar wäre.

⁵⁵ Vgl § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO: „... [D]ie Staatsanwaltschaft [hat] gerichtliche Beweisaufnahmen zu beantragen, wenn an solchen wegen der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Person des Tatverdächtigen ein besonderes öffentliches Interesse besteht.“ Mit der Einführung des § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO wollte der Gesetzgeber „auf die immer wieder betonte „Anscheinsproblematik“ eingehen, wonach eigenen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft wegen deren organisationsrechtlichen Stellung nicht dasselbe Maß an Vertrauen entgegengebracht werde wie dem unabhängigen Gericht. Tatsächlich scheinen bei Vorliegen der kumulativen Voraussetzungen (Bedeutung der Tat und Person des Tatverdächtigen) unmittelbare richterliche Beweisaufnahmen bessere Gewähr dafür zu bieten, dass die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über den Fortgang des Verfahrens nicht von vornherein mit dem Makel der Voreingenommenheit behaftet wird.“; siehe JAB 406 BlgNR 22. GP 14; siehe auch *Tauschmann* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 101 Rz 9.

Schieflage praktisch nicht reagieren, sodass sie sich in der Regel auch im Hauptverfahren, in dem die StA eine Parteistellung hat, fortwirkt.⁵⁶

Dass der Sachverständige der StA funktionell zurechenbar ist, ergibt sich nicht nur daraus, dass die StA im Gegensatz zum Beschuldigten, für den die Bindung an die Kriterien des § 55 StPO gilt, den Sachverständigen im Rahmen der Erkundungsbeweisführung grds frei einsetzen kann (vgl § 103 Abs 2 zweiter Fall StPO), sondern resultiert vielmehr schon daraus, dass der Sachverständige im Ermittlungsverfahren bestellt wird und ihm die Aufträge erteilt werden. Für die funktionelle Zurechnung des Sachverständigen zur StA ist bloß der Auftrag und nicht – wie es der 12. Strafsenat vertritt – dessen Inhalt entscheidend.⁵⁷ Zu dieser Auffassung muss man kommen, wenn man konsequent die Erk des VfGH zur Frage der funktionellen Zurechnung des polizeilichen Handelns zur Gerichtsbarkeit befolgt.⁵⁸ Bei der Frage, ob und wann das polizeiliche Handeln der Gerichtsbarkeit funktionell zugerechnet werden kann, stellte der VfGH darauf ab, ob ein staatsanwaltschaftlicher Auftrag bzw eine gerichtliche Ermächtigung vorliegt und das polizeiliche Handeln im Rahmen dieses Auftrags bzw dieser Ermächtigung erfolgt.⁵⁹ Infolgedessen handelt es sich um einen Akt der Gerichtsbarkeit und konkret um einen Akt der StA, wenn die Polizei aufgrund und im Rahmen einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung handelt.⁶⁰ Da der Sachverständige – anders als die Polizei – im Strafverfahren nie autonom handeln kann⁶¹, sondern stets von der StA bzw dem Gericht bestellt und beauftragt wird (vgl § 126 Abs 3 StPO), wird seine Tätigkeit stets der StA bzw dem Gericht zugerechnet.

Würde die Bestellung des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch das Gericht erfolgen, wäre seine Tätigkeit nach dieser Logik dem Gericht zuzurechnen und damit wäre auch der strukturelle Konflikt der geltenden Rechtslage mit Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK gelöst.⁶²

⁵⁶ Vgl dazu *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (388 ff); *Mayer/Haidenhofer*, AnwBl 2014, 100 (103).

⁵⁷ Der Vorteil dieser Lösung liegt darin, dass dadurch Klarheit in Bezug auf die Zurechnungsfrage geschaffen wird.

⁵⁸ VfGH 16.12.2010 JBl 2011, 160 (168). Im Zusammenhang mit der Argumentation des 11. und 12. Strafsenats des OGH ist darauf hinzuweisen, dass die Polizei genauso wie der Sachverständige von der StA organisatorisch getrennt und zur Objektivität verpflichtet ist (vgl § 3 Abs 1 StPO).

⁵⁹ Umfassend dazu *Reindl-Krauskopf*, UVS oder Strafjustiz: Wer kontrolliert die Kriminalpolizei? JBl 2011, 345 (346 ff).

⁶⁰ *Reindl-Krauskopf*, JBl 2011, 345 (347).

⁶¹ Für die Polizei vgl § 99 Abs 1 StPO.

⁶² Die Bestellung und Führung des Sachverständigen durch das Gericht bereits im Ermittlungsverfahren wurde durch den EGMR explizit als konventionskonform gebilligt, denn in einer solchen Konstellation kann der

Für die Übertragung der Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese im Ermittlungsverfahren dem Gericht ist mit der Vollversammlung des OGH auch deshalb zu plädieren, da die Ermittlungsfunktion an sich, unabhängig von wem sie konkret ausgeübt wird, eine Quelle der Gefahr für die Unvoreingenommenheit des Ausübenden darstellt und deshalb nach der Idee des Anklagegrundsatzes einer Kontrolle durch ein nicht selbst ermittelndes und deshalb auch funktionell unabhängiges Gericht unterliegen muss.⁶³ Auch aus diesem Grunde ist es vorzugswürdiger, dem Gericht die Bestellung **und** die Führung des Sachverständigen schon im Ermittlungsverfahren zu übertragen.⁶⁴

Sachverständige keiner Partei zugerechnet werden, siehe EGMR 4. 4. 2013, 30465/06, *C.B./Österreich* Rz 42 ff; siehe dazu *Riffel*, RZ 2013, 232 (240 f),

⁶³ Vgl zB *Bertel*, Identität der Tat, 76 ff; *Henkel*, Strafverfahrensrecht², 94 f; siehe auch *Prochaska/Kinczel*, Die Presse vom 02.04.2012.

⁶⁴ Vgl auch *Ratz*, FS H. Fuchs 377 (395).