

# ZWF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Rainer Brandl / Severin Glaser / Robert Kert / Roman Leitner / Mario Schmieder /  
Norbert Schrottmeyer / Norbert Wess

**Schwerpunkt:**  
Strafaufhebung durch  
Schadensgutmachung

## **Wirtschaftsstrafrecht**

Selbstanzeige und Rechtzeitigkeit der tätigen Reue  
Checkliste zur Strafaufhebung durch tätige Reue  
VfGH zum Sachverständigenbeweis

## **Finanzstrafrecht**

Wiederholte Selbstanzeige im Bereich der Umsatzsteuer  
Checkliste zur Erstellung einer Selbstanzeige

## **Die vertiefende Analyse**

Selbstanzeige und Günstigkeitsvergleich  
Selbstanzeige, tätige Reue, internationale Dimension der Tat

## **Aus Sicht der Finanzstrafbehörde**

Die drei häufigsten Fehler bei Selbstanzeigen

## **Der aktuelle Fall**

Sanierung von Scheindienstverhältnissen

## **Blick über die Grenze**

Selbstanzeige in Deutschland

## **Praxisinformationen**

Neues aus Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur



Linde

### ► Auf den Punkt gebracht

Im Ergebnis verbleibt für die Beratungspraxis ein Risiko, dass die Finanzstrafbehörde generell als Behörde iSd § 151 Abs 3 StGB beurteilt wird und es im Zuge der Prüfung einer Selbstanzeige zu einer Tatentdeckung nach § 167 Abs 2 StGB kommt. Auch muss sich der Berater der Gefahr bewusst sein, dass das Finanz- oder Zollamt bzw die Finanzstrafbehörde die Selbstanzeige nach Einbringung unverzüglich an die Staatsanwaltschaft weiterleitet. Spätestens mit dem Eintreffen

der Selbstanzeige bei der Staatsanwaltschaft muss dann davon ausgegangen werden, dass keine wirksame tätige Reue nach § 167 StGB mehr möglich sein wird. Deshalb ist es umso wichtiger, im Vorfeld der Einbringung einer Selbstanzeige in enger Abstimmung mit den abgaben- und (finanz)strafrechtlichen Beratern die Reuemöglichkeiten rasch zu analysieren und die entsprechende Schadensgutmachung oder eine darauf abzielende vertragliche Vereinbarung noch vor Einbringung der Selbstanzeige vorzunehmen.

## Aktuelle Rechtsprechung des VfGH zum Sachverständigenbeweis

Norbert Wess

In seiner jüngsten Rsp ist der OGH nunmehr der im Schrifttum bereits seit Längerem vertretenen Auffassung gefolgt und hat in 17 Os 25/14a<sup>1</sup> erstmals Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Systematik der Sachverständigenbestellung in Strafverfahren bekundet.<sup>2</sup> Mit Beschluss zu 11 Os 26/14d<sup>3</sup> hat der OGH diese Bedenken schließlich gem Art 89 Abs 2 B-VG an den VfGH herangetragen,<sup>4</sup> der in einer seiner nächsten Sessions die gesetzlichen Grundlagen der sog „Doppelbestellung“ des bereits im Ermittlungsverfahren für die Staatsanwaltschaft tätigen Sachverständigen durch das Gericht im Hauptverfahren (va § 126 Abs 4 letzter Satz StPO), insb im Hinblick auf Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK, der (aus innerstaatlicher Sicht vorerst)<sup>5</sup> endgültigen, mit großer Spannung erwarteten verfassungs- und konventionsrechtlichen Kontrolle zu unterziehen haben wird. Anhaltspunkte, wie der VfGH in der Sache entscheiden könnte, liefert nun das →  Erkenntnis des VfGH vom 30. 10. 2014, E 707/2014.



Dr. Norbert Wess, LL.M., MBL ist Rechtsanwalt in Wien.

### 1. Das Erkenntnis des VfGH

#### 1.1. Sachverhalt

Der VfGH hatte in E 707/2014 aufgrund einer Beschwerde nach Art 144 B-VG darüber zu erkennen, ob die Beschwerdeführerin wegen der

im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens erfolgten Heranziehung eines sog „*Amtssachverständigen*“ durch das Tiroler Landesverwaltungsgericht eine Verfassungswidrigkeit verwirklicht wurde.<sup>6</sup> Konkret begründete die Beschwerdeführerin die behauptete Verletzung (ua) des Art 6 EMRK damit, dass

a) ein Amtssachverständiger per se bzw der beigezogene Amtssachverständige aufgrund der organisatorischen Zuordnung zum Amt der Tiroler Landesregierung nicht unabhängig (und § 17 TLVwGG,<sup>7</sup> der die Beiziehung von Amtssachverständigen vorsieht, somit wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben)

\* Der Beitrag ist mit wertvoller Unterstützung durch RAA Mag. Dietmar Bachmann entstanden.

→  OGH 11. 8. 2014, 17 Os 25/14a.

<sup>2</sup> Abgesehen von der Vollversammlung des OGH, die bereits in ihren Tätigkeitsberichten 2011 (§ 45 f) und 2012 (§ 28) verfassungsrechtliche Bedenken an dem gegenwärtigen System der Sachverständigenbestellung geäußert hat.

<sup>3</sup> →  OGH 16. 9. 2014, 11 Os 26/14d; mittlerweile hat der OGH ein weiteres Strafverfahren zum Anlass genommen, den VfGH mit der Verfassungsmäßigkeit (insb) von § 126 Abs 4 letzter Satz StPO zu befassen: OGH 28. 10. 2014, 11 Os 86/14b.

<sup>4</sup> Zur Rsp des OGH vgl die Rechtsprechungsübersicht (ZWF 2015/7, 27; zu § 126 StPO) in diesem Heft.

<sup>5</sup> Sollte der VfGH die Verfassungswidrigkeit der bestehenden Systematik verneinen, könnte der ebenfalls bereits mit der Frage der Sachverständigenbestellung im österreichischen Strafverfahren befasste EGMR immer noch eine Konventionsverletzung in der Doppelbestellung erkennen, was Betroffenen etwa wiederum die Erhebung eines Erneuerungsantrags nach § 363a StPO ermöglichen würde.

<sup>6</sup> Amtssachverständiger ist, wer von der Behörde als solcher beigegeben ist oder zur Verfügung steht (§ 52 Abs 1 AVG); die Behörde kann, wenn kein Amtssachverständiger zur Verfügung steht oder dies sonst geboten ist, eine andere geeignete Person als nichtamtlichen Sachverständigen heranziehen (§ 52 Abs 2 AVG); diese Bestimmungen gelten gem § 17 VwGGV für die Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten mangels eigener Regelung im VwGGV.

<sup>7</sup> Tiroler Landesverwaltungsgerichtsgesetz, LGBl 2012/148 idF LGBl 2013/130.

- sei. Weiters erachtete sich die Beschwerdeführerin in Art 6 EMRK verletzt, da
- b) der beigegebene (agrarfachliche) Amtssachverständige *zuvor* im Rahmen des Verfahrens zur Änderung des Flächenwidmungsplans für das Baugrundstück mit dem vorliegenden Sachverhalt befasst gewesen und deswegen als *nicht unabhängig* zu betrachten sei.

### 1.2. Entscheidung des VfGH

Zum ersten Beschwerdevorbringen (a) äußerte sich der VfGH wie folgt:

Laut VfGH bringe das mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012<sup>8</sup> eingeführte gerichtliche Rechtsschutzsystem zwar ein neues Verhältnis der Verwaltungsbehörde zum Verwaltungsgericht mit sich, dennoch sei die Heranziehung von Amtssachverständigen auch in Verfahren vor Verwaltungsgerichten grundsätzlich zulässig. Daran ändere auch die (lediglich) *in dienstlicher Hinsicht* gem Art 20 Abs 1 B-VG gegebene Weisungsgebundenheit der Amtssachverständigen nichts. Denn gem stRsp sowohl des VwGH als auch des VfGH sind Amtssachverständige bei der Erstattung ihrer Gutachten ausschließlich der Wahrheit verpflichtet und hinsichtlich des Inhalts ihrer Gutachten an keine Weisungen gebunden,<sup>9</sup> da Gutachten den sie erstellenden (Amts-)Sachverständigen persönlich zurechenbar sind, wovon auch die Straftatbestände der §§ 288 und 289 StGB ausgehen.<sup>10</sup>

Wesentlich erscheinen insb nachstehende Ausführungen des VfGH in diesem Zusammenhang: Trotz dieser fachlichen Weisungsfreiheit des Amtssachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens könne das Verwaltungsgericht aber *nicht in jedem Fall* Amtssachverständige heranziehen, sondern habe „vielmehr stets [zu] prüfen, ob ein Amtssachverständiger unbefangen, unter anderem also tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde ist, deren Bescheid beim Verwaltungsgericht angefochten wird. Ob dies der Fall ist, hat das Verwaltungsgericht stets nach den Umständen des Einzelfalls mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen (zu Fällen, in denen von einer dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art 6 EMRK widersprechenden [Anscheins-]Befangenheit ausgegangen wurde, vgl. EGMR 6. 5. 1985, Fall Bönisch, Appl. 8658/79, sowie VfSlg 11.131/1986, 16.827/2003 mwN; vgl. auch VwGH 23. 9. 2004, 2004/07/0075).“ Dies setzt laut VfGH auch voraus, „dass das Verwaltungsgericht selbst die Auswahl des Amtssachverständigen vornimmt (und nicht etwa einer anderen Stelle überlässt) und dabei dessen Qualifikation und das Vorliegen etwaiger Befangenheitsgründe bzw. Gründe für den An-

schein der Befangenheit dieses Amtssachverständigen prüft“. Der VfGH verwies darüber hinaus insofern auf die Rsp des EGMR, als eine Verletzung von Art 6 EMRK nicht zu erkennen sei, wenn dem Gutachten des Amtssachverständigen mit einem Gegengutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten werden könne.<sup>11</sup>

Zum zweiten Beschwerdevorbringen (b) äußerte sich der VfGH noch wie folgt:

Für den VfGH sei weiters nicht erkennbar, dass bzw inwieweit aus der bloßen Vorbefassung im Verfahren zur Änderung des Flächenwidmungsplans eine Befangenheit bzw der Anschein einer Befangenheit des Amtssachverständigen im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol betreffend *die Erteilung der Baubewilligung* an die beteiligte Partei resultiere.

Im Ergebnis hat der VfGH im Anlassverfahren weder eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte noch eine Verfassungswidrigkeit einer angewendeten Norm erkannt und die Beschwerde abgewiesen.

### 2. Schlussfolgerungen für das Verwaltungsgerichtsverfahren

Der VfGH streicht zwei Kriterien hervor, die hinsichtlich der Stellung und Auswahl des Sachverständigen im Verwaltungsgerichtsverfahren entscheidend sind: Das Erfordernis der *tatsächlichen Unabhängigkeit von jener Verwaltungsbehörde, deren Bescheid beim Verwaltungsgericht angefochten wird*, sowie die Pflicht des Verwaltungsgerichts, *selbst die Auswahl des Amtssachverständigen vorzunehmen* und diese Auswahl *nicht einer anderen Stelle zu überlassen*. Fraglich ist, was der VfGH unter der *selbständigen Auswahl* eines *tatsächlich unabhängigen* Amtssachverständigen durch das Verwaltungsgericht versteht. Kann daraus abgeleitet werden, dass es der VfGH im Lichte des Art 6 EMRK ablehnt, wenn das Verwaltungsgericht den bereits von der (vor)befassten Verwaltungsbehörde herangezogenen bzw dieser beigegebenen Sachverständigen wiederbestellt?

Aus seinen rechtlichen Erwägungen zum erstgenannten Kriterium (*tatsächliche Unabhängigkeit* des Sachverständigen)<sup>12</sup> geht mE klar hervor, dass der VfGH die Heranziehung desjenigen Amtssachverständigen, der *im gegenständlichen Baubewilligungsverfahren* bereits durch die zuständigen Gemeindeorgane beigezogen worden wäre, durch das Verwaltungsgericht nicht billigen würde. Dies liegt im Besonderen daran, dass der VfGH die *tatsächliche Unabhängigkeit* des Sachverständigen von *jener Verwaltungsbehörde, deren Bescheid beim Verwaltungsgericht angefochten wird*, verlangt und

<sup>8</sup> BGBl I 2012/51.

<sup>9</sup> Vgl VfGH 22. 6. 2002, V 53/01, V 73/01, VfSlg 16.567/2002; VwGH 21.12. 2005, 2003/04/0184; 29. 4. 2011, 2010/09/0230.

<sup>10</sup> Vgl VwGH 26. 5. 2008, 2004/06/0039.

<sup>11</sup> Unter Verweis auf EGMR 30. 6. 1992, Beschw-Nr 12.235/86, *Zumtobel* gg Österreich, Rz 87.

<sup>12</sup> Das zweitgenannte Kriterium (selbständige Auswahl durch das Verwaltungsgericht) wurde vom VfGH nicht näher geprüft.

bereits der Anschein (!) einer Befangenheit vermieden werden muss.

Im gegenständlichen Verfahren gelangte der Amtssachverständige in seinem *infolge Beziehung durch das Landesverwaltungsgericht Tirol im Bauverfahren erstatteten* Gutachten zum Ergebnis, dass der Pferdebetrieb der beteiligten Partei kein gewerblicher Pferdeinstellbetrieb sei, was in rechtlicher Sicht zur Folge hatte, dass die Baubehörden der Gemeinde Polling zur Durchführung des gegenständlichen Bauverfahrens zuständig waren.<sup>13</sup> Die Tätigkeit des Amtssachverständigen zur *Änderung des Flächenwidmungsplans* hat jedoch in einem anderen Verfahren stattgefunden<sup>14</sup> und keinerlei (insb keine inhaltlichen) Überschneidungspunkte mit seiner Tätigkeit im Bauverfahren. Letzteres wird insofern auch nicht präjudiziert. Der VfGH kann ergo nicht erkennen, „inwieweit aus der bloßen Befassung im Verfahren zur *Änderung des Flächenwidmungsplans* irgendeine Befangenheit bzw. der Anschein einer Befangenheit des Amtssachverständigen [...] resultierte“. *E contrario* bedeutet dies aber mE, dass die Heranziehung des Sachverständigen, sofern dieser in demselben Verfahren, jedoch auf anderer Stufe, etwa von den Baubehörden der Gemeinde Polling, mit demselben Gutachtensauftrag betraut worden wäre, aufgrund mangelnder Unabhängigkeit bzw des Anscheins der Befangenheit nicht mehr vom Landesverwaltungsgericht herangezogen werden hätte dürfen, widrigenfalls Art 6 EMRK verletzt worden wäre.

### 3. Relevanz für die Anlassfälle 11 Os 26/14d und 11 Os 86/14b

Diese rechtlichen Erwägungen zur Bestellung von Amtssachverständigen im Verwaltungsverfahren durch die (Landes-)Verwaltungsgerichte sind aufgrund des für beide Verfahren grundsätzlich relevanten Verfahrensfairnessgebots des Art 6 EMRK auch für die Bestellung von Sachverständigen durch das Erstgericht im strafgerichtlichen Hauptverfahren relevant. Art 6 Abs 1 EMRK findet sowohl auf Verfahren über Streitigkeiten über sog „civil rights“ als auch auf Verfahren über „strafrechtliche Anklagen“ Anwendung.<sup>15</sup> Der lediglich auf strafrechtliche Anklagen Anwendung findende Grundsatz der Waffengleichheit des Art 6 Abs 3 lit d

EMRK stellt bloß eine *demonstrative Konkretisierung* des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art 6 Abs 1 EMRK dar.<sup>16</sup> Das Gebot der Waffengleichheit des Art 6 Abs 1 EMRK – sowie allgemein der Katalog der sonstigen, aus dieser Bestimmung resultierenden geschriebenen und ungeschriebenen Verfahrensgarantien<sup>17</sup> – geht daher über den Zeugenbeweis hinaus, findet jedoch auch auf diesen und daher auch auf den Sachverständigenbeweis Anwendung.<sup>18</sup> Es ist aber festzuhalten, dass Art 6 Abs 3 lit d EMRK gegenüber Art 6 Abs 1 EMRK in Bezug auf den Zeugenbeweis einen höheren Standard verlangt.<sup>19</sup> Dies ist insofern von Bedeutung, als das gegenständliche Verwaltungsverfahren ein *civil right* zum Gegenstand hat und der VfGH die konventionsrechtlichen Erfordernisse hinsichtlich der Unabhängigkeit des Sachverständigen daher allein aus Art 6 Abs 1 EMRK ableiten kann.<sup>20</sup> Der Beitrag geht nicht näher auf die aus Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK abgeleiteten Rechte und Pflichten ein,<sup>21</sup> sondern befasst sich lediglich mit der Auseinandersetzung des VfGH in E 707/2014 mit Art 6 Abs 1 EMRK und dessen Gehalt für das Verwaltungsgerichtsverfahren. Daraus sollen angesichts der dargelegten Relevanz dieser Bestimmung für Strafverfahren Rückschlüsse für die beim VfGH anhängigen Normprüfungsverfahren zu 11 Os 26/14d und 11 Os 86/14a gezogen werden.

Die systemischen Ähnlichkeiten bzw Übereinstimmungen des verwaltungsgerichtlichen und des strafgerichtlichen Verfahrens in Bezug auf Sachverständige bestehen (insb) in der *Weisungsfreiheit* hinsichtlich der fachlichen Befunderhebung und Gutachtenserstattung (samt Strafbarkeit nach §§ 288<sup>22</sup> und 289 StGB<sup>23</sup>), in der *freien Beweiswürdigung des SV-Gutachtens*<sup>24</sup> sowie – hinsichtlich der hier zentralen Frage – in der Pflicht zur Prüfung der *Unbefangenheit und Unabhängigkeit* des Sachverständigen anhand der Umstände des Einzelfalls.<sup>25</sup>

<sup>16</sup> Zitiert nach Mayer/Haidenhofer, Der Sachverständige als Gehilfe des Staatsanwalts im Strafprozess, AnwBl 2014, 100.

<sup>17</sup> Vgl Karpenstein/Mayer, EMRK, Art 6 Rz 39 ff.

<sup>18</sup> Vgl Mayer/Haidenhofer, AnwBl 2014, 100 mwN.

<sup>19</sup> Vgl Karpenstein/Mayer, EMRK, Art 6 Rz 170 ff (198 ff).

<sup>20</sup> Der VfGH geht im Erkenntnis E 707/2014 jedoch nicht näher auf diesen Aspekt ein.

<sup>21</sup> Da diese mittlerweile in Lehre und Rsp ausführlichst herausgearbeitet wurden; vgl statt vieler Wess, Aktuelle Rechtsfragen zu Stellung des Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren, in Lewisch (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2012) 117; Lewisch, Der Sachverständige im Strafprozess, in Studengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Sachverständige im Wirtschaftsrecht (2013) 78; Ratz, Der Oberste Gerichtshof in Österreich als Grundrechtsgericht, AnwBl 2013, 74; Birklbauer, Privatsachverständige und Waffengleichheit – oder: Wie ernst ist es dem OGH mit dem Grundrechtsschutz? JSt 2013, 163; Mayer/Haidenhofer, AnwBl 2014, 100.

<sup>22</sup> Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 289 Rz 13.

<sup>23</sup> Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 288 Rz 18 ff.

<sup>24</sup> Gem § 258 Abs 2 StPO bzw § 17 TLVwGG iVm § 45 Abs 2 AVG.

<sup>25</sup> Sämtliche dieser Kriterien sind sowohl vom Verwaltungs- als auch vom Strafgericht zu prüfen.

<sup>13</sup> Die Beschwerdeführerin hat behauptet, die Gemeinde Polling gehöre gem Verordnung der Tiroler Landesregierung vom 8. 9. 2009, LGBl 2009/78 idF LGBl 2012/108, zu jenen Gemeinden, bei denen die Besorgung der Aufgaben der örtlichen Baupolizei bei Vorhaben, für die außer der baupolizeilichen Bewilligung eine wasserrechtliche Bewilligung oder eine gewerberechtliche Genehmigung erforderlich ist, aus dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden auf die örtlich zuständige Bezirkshauptmannschaft übertragen worden sei.

<sup>14</sup> Es handelt sich auch diesbezüglich um eine Zuständigkeit des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde gem Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG; der Gemeinderat ist zur Erlassung des Flächenwidmungsplans in Form einer Verordnung berufen.

<sup>15</sup> Vgl Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> (2012) 384.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen verwaltungsgerichtlichem und strafgerichtlichem Verfahren besteht allerdings darin, dass Ersteres Privatgutachten als *abstrakt gleichwertige Beweismittel* im Vergleich zu amtswegig eingeholten Gutachten (von amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen) behandelt,<sup>26</sup> wogegen Letzteres Privatsachverständigen und deren Gutachten in keiner Weise ähnliches Gewicht beimisst, sondern – im Gegenteil – kaum Relevanz einräumt.<sup>27</sup>

Die dargestellten Analogien zwischen den beiden Verfahrensformen erlauben mE für sich betrachtet eine analoge Heranziehung der *ratio decisionis* der gegenständlichen Entscheidung des VfGH auf die eingangs genannten Strafverfahren bzw. Normprüfungsverfahren. Außerdem scheint auch der VfGH diese Parallelen zu erkennen, indem er die EGMR-Entscheidung *Bönisch gg Österreich* zur Beiziehung eines sog. Anzeigegutachters in einem *strafgerichtlichen Hauptverfahren*, auf die in der gegenständlichen Diskussion sowie in der Rsp zum Thema Sachverständigenbestellung im Strafverfahren regelmäßig verwiesen wird,<sup>28</sup> nennt.

### 5 Anwendung der *ratio decisionis* aus E 707/2014 auf 11 Os 26/14d und 11 Os 86/14b

Im Strafverfahren wird nach geltender Rechtslage der Sachverständige bereits im Ermittlungsverfahren gem § 126 Abs 3 StPO von der Staatsanwaltschaft, der späteren Verfahrensgegnerin des Beschuldigten, *ausgewählt und bestellt*. Sie leitet das Ermittlungsverfahren, und ihr kommen in Bezug auf den Sachverständigenbeweis im Vergleich zum Beschuldigten (und späteren Angeklagten) weiter gehende Rechte zu.<sup>29</sup> Das Gericht ist bei der Wahl des Sachverständigen an die genannten Grundsätze des § 126 Abs 2c StPO gebunden, und ihm kommt – laut OGH – insofern *kein Handlungsspielraum* zu, als aufgrund dieser Grundsätze der Sachverständige des Ermittlungsverfahrens auch für das Hauptverfahren beizuziehen ist.<sup>30</sup> Das vom VfGH in E 707/2014 an die Sachverständigenbestellung genannte Kriterium, das Gericht habe selbst die Auswahl des Sachverständigen vorzunehmen und diese Auswahl nicht einer anderen Stelle zu überlassen, ist daher im Strafverfahren nicht erfüllt. Das Gericht ist – im Gegenteil – idR angehalten, den Sachverständigen des Ermittlungsverfahrens wieder-

zubestellen; lediglich in Ausnahmefällen, wenn der Sachverständige aus anderen Gründen als seiner Tätigkeit im Ermittlungsverfahren als befangen zu bewerten ist,<sup>31</sup> kann dieser vom Gericht (auf Antrag oder von Amts wegen) abberufen werden.

Durch die Wiederbestellung des bereits für die Staatsanwaltschaft im selben gerichtlichen Strafverfahren tätigen Sachverständigen durch das zuständige Gericht im Hauptverfahren, kommt das genannte, zum Nachteil des Beschuldigten bestehende systemische Ungleichgewicht des Sachverständigenbeweises schließlich zum Tragen, zumal sich die Anklageschrift – wie in den Anlassverfahren 11 Os 26/14d und 11 Os 86/14b – idR auf das im Ermittlungsverfahren erstattete Gutachten stützt. Der Sachverständige ist wohl schon aufgrund dieser systematischen Überlegungen im Hinblick auf das zweite vom VfGH in E 707/2014 genannte Kriterium nicht als *tatsächlich unabhängig* zu betrachten.<sup>32</sup> Die Beiziehung eines annähernd gleichwertigen Privatsachverständigen bzw. die Einbringung eines mit derselben Beweiskraft wie das gerichtliche Sachverständigengutachten ausgestatteten Privatgutachtens ist ebenfalls nicht möglich.

Legt der VfGH im gerichtlichen Strafverfahren denselben hohen Standard wie im Verwaltungsverfahren an, hat er auch dort die *tatsächliche Unabhängigkeit* des Sachverständigen von jener Behörde (der Staatsanwaltschaft), deren Entscheidung (die Erhebung der Anklage) beim Strafgericht angefochten wird, zu verlangen. Die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde ist aus Sicht des Betroffenen (Beschwerdeführer bzw. Angeklagter) wie auch die Staatsanwaltschaft als *Verfahrensgegner* zu betrachten.<sup>33</sup>

Insb in Wirtschaftsstrafsachen, wie in jener, die 11 Os 26/14d zugrunde liegt, ergeben sich evidente Bedenken im Hinblick auf das Verhältnis des Sachverständigen zur Staatsanwaltschaft. So dauern Ermittlungsverfahren in Wirtschaftsstrafsachen aufgrund des regelmäßig sehr großen Umfangs und der Komplexität solcher Verfahren oft mehrere Jahre, in denen der Sachverständige der ständigen Leitung eines Staatsanwalts unterliegt. Der Staatsanwalt muss ihm einerseits deshalb gewogen bleiben, da dieser auch zukünftige Bestellungen in anderen Verfahren vornehmen kann;<sup>34</sup> andererseits aber – so die herrschende Praxis – müssen fortlaufend weiter notwendige Ermittlungsschritte bespro-

<sup>26</sup> *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 52 Rz 3; VwGH 31. 5. 1999, 98/10/0008; 19. 12. 1996, 93/06/0229.

<sup>27</sup> Vgl *Hinterhofer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO, § 125 Rz 18 ff; *ErIRV* 231 *BlgNR* 23. GP 13 f; OGH 14. 1. 2004, 13 Os 170/03 ua, RIS-Justiz RS0118421; 26. 9. 2001, 13 Os 34/01 ua, RIS-Justiz RS0115646; 10. 9. 1959, 9 Os 121/59 uva, RS0097292; s hierzu noch ergänzend unten.

<sup>28</sup> Vgl etwa *Mayer/Haidenhofer*, *AnwBl* 2014, 100 (FN 3, 7 und 11); OGH 23. 1. 2014, 12 Os 90/13x, *EvBl* 2014/62.

<sup>29</sup> Etwa das Recht zur Verwendung des Sachverständigen zur Erkundungsbeweisführung ohne Bindung an § 55 StPO.

<sup>30</sup> Vgl OGH 16. 9. 2014, 11 Os 26/14d.

<sup>31</sup> Vgl § 126 Abs 4 letzter Satz StPO.

<sup>32</sup> Sondern ist er sog. „Zeuge der Anklage“. So sieht es nunmehr auch der OGH. Der Angeklagte kann jedoch den Sachverständigen gem § 126 Abs 4 letzter Satz StPO wegen Befangenheit *nicht bloß* mit der Begründung ablehnen, dass dieser bereits im Ermittlungsverfahren tätig geworden ist. Darin ist (in erster Linie) die Verletzung von Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK zu sehen; vgl *Mayer/Haidenhofer*, *AnwBl* 2014, 100.

<sup>33</sup> Vgl für das Strafverfahren hierzu zutreffend *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO, § 125 Rz 5.

<sup>34</sup> *Lewisch*, *Strafprozess*, in *WiR*, Sachverstand 91: *Lewisch* spricht vom Eigeninteresse des Sachverständigen, wiederbestellt zu werden.

chen werden, bzw der Sachverständige nimmt an solchen Terminen auch persönlich teil und wirkt somit aktiv an der möglichen Überführung des Beschuldigten mit.<sup>35</sup> Der Sachverständige hält nach der derzeitigen Praxis im Ermittlungsverfahren *keine Äquidistanz zu den Verfahrensparteien*;<sup>36</sup> ihm ist das im Grunde genommen überhaupt nicht möglich. Aus diesen Gründen ist der Sachverständige als *nicht tatsächlich unabhängig* von der Staatsanwaltschaft zu betrachten.

Die Anerkennung von Privatgutachten im Verwaltungsverfahren kann wohl nur dahingehend interpretiert werden, dass das Gebot der Unabhängigkeit und Unbefangenheit in Bezug auf den Amtssachverständigen des Verwaltungsverfahrens zumindest *nicht strenger* sein darf als in Bezug auf den Sachverständigen des Strafverfahrens. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der mit dem akkusatorischen Prozesssystem und dem damit einhergehenden Grundsatz der amtswegigen Wahrheitsforschung begründete Ausschluss von Privatgutachten in Strafverfahren in einem augenscheinlichen Spannungsverhältnis zu dem in § 258 Abs 2 Satz 2 StPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung steht.<sup>37</sup> Bedenkt

man diese Schlechterstellung des Privatsachverständigenbeweises und die allgemeine Bedeutung der Wahrung der Grundrechte in Strafverfahren, welche dem materiellen Strafrecht als *ultima ratio* der Rechtsordnung zu Wirkung verhelfen soll, erscheint diese Rechtsauffassung aus Sicht des VfGH geboten. Hält man sich in diesem Zusammenhang noch einmal vor Augen, dass Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK für Strafverfahren im Vergleich zu Art 6 Abs 1 EMRK in Streitigkeiten über *civil rights* ein Mehr an Rechten einräumt bzw weiter gehende Pflichten auferlegt, erschiene ein anderes Ergebnis angesichts der voranstehenden Erwägungen sachlich nicht gerechtfertigt und unbillig. Neben dem Erfordernis der selbständigen Auswahl durch das Gericht fehlt es daher im Lichte des gegenständlichen VfGH-Erkenntnisses auch an der tatsächlichen Unabhängigkeit des Sachverständigen von der Staatsanwaltschaft.

### ► Auf den Punkt gebracht

Ungeachtet der im Hinblick auf das österreichische Strafverfahrensrecht spezifischen, unmittelbar aus Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK resultierenden Rechte und Pflichten, die mittlerweile in Lehre und Rsp ausführlichst herausgearbeitet wurden, ergeben sich schon aus der Rsp des VfGH zu Art 6 Abs 1 EMRK in Bezug auf das neue verwaltungsgerichtliche Verfahren *erhebliche Bedenken* gegen die gegenwärtige Praxis der Doppelbestellung von Sachverständigen im Strafverfahren. Auch aus dieser Perspektive ist nicht ersichtlich, mit welchen Argumenten der VfGH das geltende Regime der Sachverständigenbestellung in der StPO aufrechterhalten könnte.

<sup>35</sup> Vgl Kier, Strafverteidigung – Schutz vor Grundrechtsverletzungen aus Verteidigersicht, in Stuefer/Ruhri/Soyer (Hrsg), Strafverteidigung und Psyche (2013) 74 (74 ff), sowie Moringe, Der Sachverständige in Wirtschaftsstrafsachen und Probleme der Sicherung eines fairen Verfahrens, in Moos/Jesionek/Müller (Hrsg), Strafprozessrecht im Wandel, FS Miklau (2006) 353 ff; Todor-Kostic, Sachverständigenbeweis und Sachverständigenauswahl, AnwBl 2011, 132 (133).

<sup>36</sup> So schon Lewisch, Strafprozess, in WiR, Sachverstand 91.

<sup>37</sup> Darauf zu Recht hinweisend Rechberger, Aktuelle Fragen des Sachverständigenbeweises, in Reindl-Krauskopf/Zerbes/Brandstetter/Lewisch/Tipold (Hrsg), FS Fuchs (2014) 397 (413), der die von Ratz (als Stellvertreter für die in der stRsp des OGH) vertretene Auffassung, wonach Privatgutachten in dieser Hinsicht einen „Störfaktor“ darstellen (vgl Ratz, SV-Sonderausgabe 2012, 37), entschieden ablehnt.

## Bilanzrechtsreform 2014

### RÄG 2014: Umfassender Umbau der gesetzlichen Regelungen im UGB

Alles Wesentliche zu den Neuerungen und Änderungen der Rechnungslegung im Unternehmens- und Steuerrecht:

- Umsetzung der Bilanz-Richtlinie,
- umfassende Neuerungen für den unternehmensrechtlichen Jahresabschluss,
- Änderungen einzelner Posten der Bilanz,
- Vollharmonisierung bei kleinen Unternehmen,
- Auswirkungen im Steuerrecht,
- praktische Umsetzung und Fallbeispiele.

**Veranstalter:** Linde Verlag GmbH.

**Referenten:** Univ.-Prof. MMag. Dr. Klaus Hirschler; OStA Dr. Dietmar Dokalik.

**Themen:** Rechnungslegungspflicht und Schwellenwerte; Bilanzansatz und Bewertung; Anhang und Lagebericht; Konzernabschluss; Prüfung und Offenlegung.

**Termin:** 26. 2. 2015, 14:00 Uhr bis 18:00 Uhr, IBM Client Center, Obere Donaustraße 95, 1020 Wien.

**Anmeldung:** [http://www.lindeverlag.at/seminar-108-108/bilanzrechtsreform\\_2014-291/?seminarveranstaltung\\_id=469](http://www.lindeverlag.at/seminar-108-108/bilanzrechtsreform_2014-291/?seminarveranstaltung_id=469).

**Neu: Live-Übertragung online:** Sie möchten am Seminar teilnehmen, ohne extra nach Wien anzureisen? Nach der Anmeldung erhalten Sie einen Link zugeschickt, der den Zutritt zur virtuellen Webkonferenz ermöglicht.

# ZWF-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**  
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD

**AKTION**  
**JETZT 20%**  
**GÜNSTIGER!**



## BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**ZWF-Jahresabonnement 2015 inkl. Online Zugang und App**

(1. Jahrgang 2015, Heft 1-6)

**EUR 152,-**

Statt EUR 190,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma  Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort  E-Mail

Telefon (Fax)  Newsletter:  ja  nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.  
Scheydgasse 24  
PF 351, 1210 Wien  
Tel: 01 24 630-0  
Bestellen Sie online unter  
[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)  
oder via E-Mail an  
[office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at)  
oder per Fax  
**01/24 630-53**