

ZWF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

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

Schwerpunkt:

Aktuelle Entwicklungen im
Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Wirtschaftsstrafrecht

Ministerialentwurf zum StRÄG 2015

Anmerkungen aus Verteidigersicht

Doppelterwendung des Sachverständigen im Strafverfahren

Die vertiefende Analyse

Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen

Finanzstrafrecht

Das EU-FinStrZG im Überblick

Der aktuelle Fall

Die Geburtstagsfeier des Firmengründers

Aus Sicht der Finanzstrafbehörde

Betriebsprüfung und finanzstrafrechtliche Risikoabwehr

Blick über die Grenze

„Abschleicher“ und Gruppenanfragen Österreich – Schweiz

Praxisinformationen

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreischaue



Linde

VfGH zur Doppelverwendung des Sachverständigen im Strafverfahren

Norbert Wess / Michael Rohregger



Dr. Norbert Wess, LL.M.
M.B.L. ist Rechtsanwalt in
Wien.



Dr. Michael Rohregger ist
Rechtsanwalt in Wien.

Mit Erkenntnis vom 10. 3. 2015, G 180/2014 ua, stellte der VfGH die Verfassungswidrigkeit des vor dem Strafprozessrechtsänderungsgesetz (StPRÄG) 2014¹ in Geltung gestandenen Systems der Sachverständigenbestellung im Strafverfahren fest. Der vorliegende Beitrag beleuchtet dieses Erkenntnis unter Wiedergabe der wesentlichen Entscheidungsgründe, insb im Hinblick darauf, worin konkret der VfGH die Verfassungswidrigkeit erblickt und welche Auswirkungen daraus für die beim OGH anhängigen Rechtsmittelverfahren gewonnen werden können. Auch die neue Rechtslage wird vor diesem Hintergrund einer groben Prüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit unterzogen.

1. Das Erkenntnis vom 10. 3. 2015, G 180/2014 ua

Seit Langem war umstritten, ob es – vor allem aus dem Blickwinkel des Art 6 EMRK – verfassungskonform ist, dass § 126 Abs 4 Satz 3 StPO² die Ablehnung eines Sachverständigen (SV) im Hauptverfahren dann für unzulässig erklärt, wenn die Ablehnung bloß damit begründet wird, dass der SV bereits im Ermittlungsverfahren tätig war. Während die Staatsanwaltschaften diese Regelung für unbedenklich hielten, waren Strafverteidiger bemüht, den OGH zu einem Prüfungsantrag an den VfGH zu bewegen.³ Der OGH hatte zunächst längere Zeit trotz anhaltender Kritik keine Bedenken, ein Senat des OGH war dann aber doch – mit bemerkenswerten Kontroversen innerhalb des OGH⁴ – zu einem Prüfungsantrag an den VfGH zu bewegen, und weitere Anträge sind gefolgt.⁵

Mit dem nun vorliegenden Erkenntnis vom 10. 3. 2015, G 180/2014 ua, hat der VfGH über diese Anträge des OGH entschieden und die Wortfolge „Sachverständige oder“ in § 126 Abs 4 Satz 3 StPO für verfassungswidrig erklärt. In der Begründung führt der VfGH dazu wie folgt aus (Hervorhebungen nicht im Original; die Randzahlen des Erkenntnisses sind den Absätzen in Klammern vorangestellt):

¹ BGBl I 2014/71; am 1. 1. 2015 in Kraft getreten.
² IdF BGBl I 2004/19. Die Novelle BGBl I 2014/71 hat freilich den Text des § 126 Abs 4 StPO unverändert gelassen; dazu unten Pkt 4.
³ Seit 1. 1. 2015 ist mittels Parteiantrags (Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG) eine eigeninitiative Vorlage dieser Frage an den VfGH möglich; es bedarf keiner Mitwirkung des Gerichts mehr. Zu den Konsequenzen dieser Möglichkeit auf die Anfechtung der aktuellen Fassung des § 126 Abs 4 Satz 3 StPO siehe unten Pkt 4.
⁴ Siehe insb OGH 10. 2. 2014, Ds 24/13, und 20. 3. 2014, Ds 25/13.
⁵ Der erste Antrag stammt vom 16. 9. 2014, 11 Os 26/14d. Dem folgten weitere Anträge sowie auch Anträge des OGH an den VfGH auf Ausdehnung der Anlassfallwirkung. Zur (Vor-)Geschichte der Anträge, die dem vorliegenden Erk des VfGH zugrunde liegen, vgl Wess/Rohregger, Der Sachverständige im Strafverfahren – Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH, JSt 2014, 200, mwN.

„(29) 3. Die Bedenken des Obersten Gerichtshofes haben sich im Ergebnis als zutreffend erwiesen:

[...]

(38) 3.3. Der Oberste Gerichtshof geht in seinen Anträgen vor dem Hintergrund des § 126 Abs. 2c StPO sowie angesichts des aus Art. 6 Abs. 1 EMRK erfließenden Gebotes der Vermeidung überlanger Verfahrensdauer davon aus, § 126 Abs. 4 letzter Satz StPO wohne das Verständnis inne, dass es dem erkennenden Gericht im Hauptverfahren nur dann erlaubt sei, einen anderen als den bereits im Ermittlungsverfahren im Auftrag der Staatsanwaltschaft tätig gewordenen – und deshalb dem äußeren Anscheine nach allenfalls nicht völlig unparteilich wirkenden – Sachverständigen zu bestellen, wenn dessen Befund oder Gutachten mit (durch Befragung nicht auszuräumenden) formalen Mängeln behaftet ist.

(39) Der angefochtene Teil des § 126 Abs. 4 dritter Satz StPO schließt nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes die Geltendmachung des (vorangehenden) Wirkens des Sachverständigen im Auftrag der Staatsanwaltschaft als Befangenheitsgrund schlechthin – unabhängig von den Umständen des Einzelfalls – aus. Dies bedeute, dass es dem Angeklagten von Gesetzes wegen selbst dann verwehrt ist, das Vorliegen von Hinweisen auf eine objektive Befangenheit des Sachverständigen mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, wenn der Sachverständige vom Staatsanwalt mit der Durchführung von Ermittlungen – allenfalls auch in Form eines Erkundungsbezeuges (§ 103 Abs. 2 iVm § 91 Abs. 2 StPO) – betraut war und sich die Anklage primär auf dessen Expertise stützt.

(40) 3.4. Unter Zugrundelegung dieses vom antragstellenden Obersten Gerichtshof beigemessenen Inhalts ist die Vorschrift des § 126 Abs. 4 letzter Satz StPO im angefochtenen Umfang aus den in den Anträgen vorgetragenen Gründen verfassungswidrig: Denn eine Norm, die es dem Angeklagten im Hauptverfahren – in dem der Staatsanwalt dem Angeklagten als Anklagevertreter gegenübertritt – von vornherein und ausnahmslos verbietet, den vom Staatsanwalt im Er-

mittlungsverfahren beauftragten Experten im Fall von objektiven, gegen dessen völlige Neutralität sprechenden Anhaltspunkten iZm seiner konkreten Tätigkeit im Ermittlungsverfahren als befangen abzulehnen, verstößt gegen das in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK garantierte Gebot der Waffengleichheit.

(41) Der vom Obersten Gerichtshof in seiner Rechtsprechung vorgenommenen Auslegung folgend sind weder das dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren bzw. dem Angeklagten im Hauptverfahren eingeräumte Recht, gegen den Sachverständigen Einwendungen – freilich aus anderen Gründen als unter dem Aspekt seines Wirkens im Ermittlungsverfahren – zu erheben, noch das Recht auf dessen Befragung in der Hauptverhandlung mit Unterstützung eines privaten Experten geeignet, dem Angeklagten eine Position zu verschaffen, die dem Grundsatz der Waffengleichheit entspricht (vgl. EGMR 27.10.1993, Fall *Dombo Beheer B.V.*, Appl. 14.448/88, Z 33).

(42) Ausgehend davon, dass die Strafprozessordnung 1975 einen Anspruch des Angeklagten auf Bestellung eines anderen (neutralen) Sachverständigen im Fall der Behauptung des Vorliegens einer objektiven Befangenheit im aufgezeigten Sinn zwingend ausschließt, widerspricht die bekämpfte Regelung in § 126 Abs. 4 letzter Satz StPO der in Art. 6 Abs. 1 EMRK in der spezifischen Ausformung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verankerten Garantie der Waffengleichheit.

(43) Dieses Ergebnis hat allerdings nicht den generellen Ausschluss eines Sachverständigen allein aus dem Grund, dass er bereits im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft beigezogen wurde, für die Bestellung in der Hauptverhandlung zur Folge, sondern führt vielmehr dazu, dass das Gericht im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine allfällige Befangenheit anhand der Regelung des § 47 Abs. 1 Z 3 iVm § 126 Abs. 4 erster Satz StPO (Vorliegen von Gründen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen) zu beurteilen hat.

2. Zur Begründung des Erkenntnisses

Der VfGH begründet sein Erkenntnis im Wesentlichen mit einem objektiv-strukturellen Element: Die Verfassungswidrigkeit erkennt er in der durch § 126 Abs 4 Satz 3 StPO bewirkten verfahrensrechtlichen Regelung, die einen Anspruch des Angeklagten auf Bestellung eines anderen (neutralen) SV im Fall der Behauptung des Vorliegens einer objektiven Befangenheit zwingend ausschließt (Rz 42). Der Begriff der objektiven Befangenheit ist von besonderer Bedeutung für das Verständnis des vorliegenden VfGH-Erkenntnisses. Der VfGH verwendet diesen Begriff in den (zentralen) Rz 39 und 42, führt jedoch nicht näher aus, was darunter zu verstehen ist.

Das Pendant zur objektiven Befangenheit ist die subjektive Befangenheit. Diese Begriffe werden – in leicht abgewandelter Form – vom EGMR in seiner stRsp zum in Art 6 Abs 1

EMRK verankerten Erfordernis des unparteiischen und unabhängigen Gerichts verwendet. Grundsätzlich wird unter *subjektiver* Befangenheit – der EGMR verwendet die Begriffe der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit – verstanden, dass aufgrund persönlicher Beziehungen zu einer Verfahrenspartei oder einer persönlichen Einstellung gegenüber einer Partei der Anschein der Befangenheit des SV besteht.⁶ Ob sich der SV auch subjektiv für befangen hält, ist grundsätzlich *unerheblich*.⁷ Diese Form der Befangenheit konnte auch nach der Rechtslage vor dem StPRÄG 2014 in der Hauptverhandlung mit entsprechendem (Ablehnungs-)Antrag geltend gemacht werden.

Demgegenüber stellt die *objektive* Befangenheit oder Unparteilichkeit unabhängig von solchen persönlichen Umständen darauf ab, ob die interne Organisation des Gerichts bzw die Stellung/Funktion(en) einer zur Entscheidung berufenen Person, die diese in einem Verfahren innehat, Zweifel an ihrer völligen Unvoreingenommenheit begründen. Es können also auch rein organisatorische, strukturelle oder funktionale Aspekte – insb die Einbindung von Gerichtsmitgliedern im Vorfeld des Verfahrens in anderer verfahrensrechtlicher Funktion – dazu geeignet sein, Misstrauen bezüglich der Unparteilichkeit der Person des SV zu wecken.⁸ Der Anschein der (objektiven) Befangenheit besteht insb, wenn eine Person sowohl ermittelnde als auch justizielle Funktionen hinsichtlich eines Betroffenen ausgeübt hat.⁹ Vor allem für die Beurteilung der objektiven Befangenheit bzw Unparteilichkeit kommt es auf den *äußeren Anschein* an.¹⁰

Gerade der Eindruck der objektiven Befangenheit, der sich aus der Tätigkeit des SV im Ermittlungsverfahren im Auftrag der Staatsanwaltschaft ergibt, konnte wegen § 126 Abs 4 letzter Satz StPO mangels Spielraums (sowie mangels Normanfechtungsbefugnis) des Erstgerichts bei der Entscheidung über einen Antrag auf Ablehnung oder Austausch des SV nicht geltend gemacht werden. Dies betrifft Anträge, die bloß mit der Doppelverwendung des SV begründet wurden, sowie auch Ablehnungsanträge, die darüber hinaus mit weiteren Umständen, wie etwa der Ermittlungstätigkeit durch den SV im Auftrag der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, der Heranziehung des SV-Gutachtens für die Begründung der Anklage, der langen Dauer des Ermittlungsverfahrens oder der engen Zusammenarbeit zwischen SV

⁶ Vgl *Karpenstein/Mayer*, EMRK (2012) Art 6 Tz 49; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ (2012) § 24 Rz 43 f; *Meyer-Ladewig*, EMRK³ (2011) Art 6 Rz 76.

⁷ *Hinterhofer* in WK StPO, § 126 Rz 41 und 44.

⁸ Vgl *Karpenstein/Mayer*, EMRK, Art 6 Tz 46; *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Art 6 Rz 78.

⁹ EGMR 2. 3. 2010, 54.729/00, *Adamkiewicz/Polen*; 22. 4. 2010, 40.984/07, *Fatullayev/Aserbaidshan*; *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Art 6 Rz 82.

¹⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵, § 24 Rz 45.

und Staatsanwaltschaft, begründet wurden. Die Erstgerichte wiesen solche auf die (konkrete) Tätigkeit des SV im Auftrag der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren abstellenden Anträge ungeachtet der Begründung regelmäßig unter apodiktischem Verweis auf § 126 Abs 4 letzter Satz StPO ab.

Der VfGH erkannte nun die Verfassungswidrigkeit – konkret die Verletzung der Waffengleichheit nach Art 6 Abs 3 lit d EMRK – darin, dass es die in Rede stehende Bestimmung dem Angeklagten *von vornherein* unmöglich mache, diese objektive Befangenheit zu relevieren (Rz 40, 42). Die Rechte des Angeklagten auf Erhebung von Einwendungen gegen die Person des SV sowie auf Befragung unter Mitwirkung eines Experten (die einzige Möglichkeit der Einbindung eines Privat-SV in das Hauptverfahren) können dem – wie der VfGH zutreffend unter Hinweis auf den OGH festhält – nicht ausreichend entgegenwirken (Rz 41). Aus dem Erkenntnis geht jedoch auch hervor, dass nach Ansicht des VfGH nicht bereits jede bloße Doppelverwendung die (objektive) Befangenheit des SV im Hauptverfahren begründet; vielmehr hat das Gericht jeden Einzelfall gesondert anhand von § 47 Abs 1 Z 3 StPO zu prüfen (Rz 43).

Den Maßstab für die Beurteilung der objektiven Befangenheit konkretisiert der VfGH nicht näher. Er nennt in diesem Zusammenhang (lediglich) den Einsatz des SV für Ermittlungen (allenfalls einschließlich Erkundungsbeweisführung) durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren sowie den Umstand, dass sich die Anklage auf die Expertise des SV stützt, als *objektive, gegen die völlige Neutralität des SV sprechende Anhaltspunkte* (Rz 39).

Der VfGH verweist überdies (recht pauschal) auf die Begründung des OGH (Rz 40; arg: „aus den in den Anträgen vorgetragene(n) Gründen“), der den Begriff der objektiven Befangenheit zwar nicht verwendet, in der Sache freilich die Qualifikation des SV als „Zeugen der Anklage“¹¹ – dieser Begriff wird wiederum vom VfGH nicht gebraucht – lediglich anhand objektiver Kriterien iZm der Tätigkeit im Ermittlungsverfahren im obigen Sinn vornimmt. Ein SV wird nach Auffassung des OGH – in dieser Hinsicht ist der OGH im Vergleich zum VfGH deutlicher – allein aufgrund des Rollenwechsels der Staatsanwaltschaft zur Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung und des Umstands, dass sich die Anklage auf die Expertise des SV stützt, zum Zeugen der Anklage und somit iSd VfGH-Erkenntnisses objektiv befangen. Die mögliche Beauftragung des SV mit (idR Erkundungsbeweise umfassenden) Ermittlungen

durch die Staatsanwaltschaft zieht der OGH hingegen lediglich zur Begründung dafür heran, dass die entstandene Schieflage im Hauptverfahren auch durch die zur Verfügung stehenden Rechte des Angeklagten nicht mehr ausgeglichen werden kann.

Im Ergebnis geht aber wohl auch die im Antrag des OGH vertretene Auffassung mit dem offenkundig vom VfGH vertretenen Standpunkt konform, dass die objektive Befangenheit (zumindest) dann zur Ablehnung des SV führen können muss, wenn die beiden vom VfGH genannten Umstände (Einsatz des SV für Ermittlungen und Begründung der Anklage mit dem Gutachten) vorliegen. Dasselbe Ergebnis wird man wohl für gleichgelagerte Aspekte annehmen müssen. Dass die beiden genannten Gründe die einzigen wären, die Bedenken gegen die volle Unabhängigkeit hervorrufen können, ergibt sich aus dem vorliegenden Erkenntnis sicher nicht.

UE macht es zudem einen Unterschied, wenn der SV bloße technische Fragen ohne Auslegungsspielraum wie regelmäßig Verkehrs-SV oder DNA-Gutachter zu beantworten hat und es im relevanten Fachgebiet keine sogenannten Schulenstreite gibt;¹² in solch einem Fall wird der SV des Ermittlungsverfahrens in der Regel ohne Weiteres auch in der Hauptverhandlung als SV fungieren können. Anders verhält es sich jedoch, wenn der SV sogenannte gemischte Fragen zu beantworten hat, also Fragen, deren Beantwortung (auch) unter Berücksichtigung der Bezug habenden Gesetze zu erfolgen hat und dem SV in seiner Beurteilung insofern einen gewissen Ermessensspielraum erlaubt. Dies ist regelmäßig bei Buch-SV der Fall (Stichwort: Eigenmittelqualifikation). In solchen Fällen und in Bezug auf Fachgebiete, in denen Schulenstreite vorhanden sind, sollten die vom VfGH genannten Kriterien uE jedenfalls die objektive Befangenheit begründen.

Die Gerichte haben sich bei der Beurteilung der objektiven (sowie der subjektiven) Befangenheit am Maßstab des § 47 Abs 1 Z 3 StPO zu orientieren. Da Gründe der objektiven Befangenheit iZm dem Wirken des SV im Auftrag und unter Führung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren bisher grundsätzlich nicht releviert werden konnten, fehlt auch eine Rsp hierzu. Inwieweit sich die Gerichte fortan mit der Frage der aus der Tätigkeit des SV im Ermittlungsverfahren herrührenden (behaupteten) objektiven Befangenheit auseinandersetzen, bleibt abzuwarten, denn § 126 Abs 4 Satz 3 StPO ist mit identem Wortlaut seit 1. 1. 2015 nach wie vor in Geltung und wurde allenfalls inhaltlich durch die Novellierung anderer Bestimmungen der StPO durch das StPRÄG 2014 modifiziert.¹³

¹¹ Vgl zum Begriff *Schwaighofer*, Der Sachverständigenbeweis im Strafverfahren (2014) 39; *Wess*, Aktuelle Rechtsfragen zur Stellung des Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2012) 117 (122).

¹² Vgl *Schwaighofer*, Der Sachverständigenbeweis im Strafverfahren, 50.

¹³ Dazu gleich unten in Pkt 4.

3. Konsequenzen des VfGH-Erkenntnisses für die fortgesetzten Anlassverfahren

Gem Art 140 Abs 7 B-VG sind alle Gerichte – somit auch der OGH in den fortgesetzten Anlassverfahren¹⁴ – an den Spruch des VfGH gebunden.¹⁵ Für die Anlassfälle gilt dabei, dass das aufgehobene bzw (hier) für verfassungswidrig befundene Gesetz im fortgesetzten Anlassverfahren nicht mehr anzuwenden ist. Hinsichtlich des Anlassfalls ist so vorzugehen, als ob die für verfassungswidrig erkannte Norm bereits zum Zeitpunkt der Verwirklichung des im Anlassverfahren zu beurteilenden Sachverhalts nicht mehr der Rechtsordnung angehört hätte.¹⁶ Der OGH hat somit über die bei ihm anhängigen Nichtigkeitsbeschwerden, aus deren Anlass die Prüfungsanträge an den VfGH gestellt wurden, auf Basis der bereinigten Rechtslage zu entscheiden.

Die bereinigte Rechtslage des § 126 Abs 4 StPO, wie sie sich auf Basis des vorliegenden Erkenntnisses ergibt, stellt sich wie folgt dar (die für verfassungswidrig befundene Wortfolge ist durchgestrichen):

„(4) Für Sachverständige und Dolmetscher gelten die Befangenheitsgründe des § 47 Abs. 1 sinngemäß. Soweit sie befangen sind oder ihre Sachkunde in Zweifel steht, sind sie von der Staatsanwaltschaft, im Fall einer Bestellung durch das Gericht von diesem, von Amts wegen oder auf Grund von Einwänden (Abs. 3) ihres Amtes zu entheben, bei Vorliegen eines Befangenheitsgrundes gemäß § 47 Abs. 1 Z 1 und 2 bei sonstiger Nichtigkeit. Im Hauptverfahren kann die Befangenheit eines ~~Sachverständigen oder Dolmetschers~~ nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist.“

Für den OGH bildet diese bereinigte Rechtslage den Prüfungsmaßstab für die Frage, ob das Erstgericht einen Nichtigkeitsgrund gem § 281 Abs 1 Z 4 StPO dadurch gesetzt hat, dass es dem Antrag des Angeklagten auf Ablehnung des SV nicht stattgegeben hat.

Einen Automatismus, dem zufolge den Rechtsmitteln im Anlassverfahren nach einer Gesetzesaufhebung jedenfalls stattzugeben ist, gibt es nicht. Vielmehr müssen die im Rechtsmittel geltend gemachten Beschwerdegründe auf Basis der bereinigten Rechtslage geprüft werden. Es ist daher grundsätzlich vorstellbar, dass einem Rechtsmittel auch auf Basis der bereinigten Rechtslage der Erfolg zu versagen ist, nämlich wenn der angefochtene Rechtsakt auch

in der bereinigten Rechtslage Deckung findet. Im gegenständlichen Fall ist dies kaum vorstellbar: Hat ein Angeklagter den SV mit der Begründung abgelehnt, dass dieser bereits im Ermittlungsverfahren tätig war, und hat das Gericht diesem Antrag unter Verweis auf § 126 Abs 4 Satz 3 StPO nicht stattgegeben (und somit gar keine inhaltliche Prüfung der Befangenheit aus dem Grund der Doppelverwendung des SV vorgenommen, sondern den Antrag schon als prozessual unzulässig verworfen), so ist dieser Gerichtsbeschluss auf Basis der bereinigten Rechtslage als ohne gesetzliche Grundlage ergangen anzusehen: Denn jene gesetzliche Bestimmung, auf die das Gericht seinen Beschluss stützt, gab es – ex post betrachtet – gar nicht. Gem Art 18 B-VG bedarf aber natürlich jeder Beschluss einer solchen Grundlage.

Damit erweist sich der Beschluss des Gerichts jedenfalls als rechtswidrig. Das genügt für die Verwirklichung des Nichtigkeitsgrundes gem § 281 Abs 1 Z 4 StPO zwar noch nicht, aber auch am Vorliegen der dortigen (weiteren) Voraussetzungen bestehen praktisch keine Zweifel:

- a) Dass ein Antrag auf Ablehnung eines SV wegen Befangenheit grundsätzlich einen iSd § 281 Abs 1 Z 4 StPO relevanten Antrag darstellt, steht außer Frage. Der Antrag muss bestimmte Voraussetzungen erfüllen, insb mündlich in der Verhandlung gestellt worden sein.¹⁷ Dass irgendeine dieser Voraussetzungen fehlen würde, ist nicht ersichtlich. Implizit hat der OGH das Vorliegen all dieser Voraussetzungen ohnedies schon beantwortet: Denn würde eine solche fehlen, dann könnte der Nichtigkeitsgrund der Z 4 gar nicht geprüft werden, und ein Rückgriff auf § 126 Abs 4 Satz 3 StPO wäre überhaupt nicht erforderlich. § 126 Abs 4 Satz 3 StPO wäre dann aber gar nicht präjudiziell, sodass es an einer grundlegenden Prozessvoraussetzung für den Prüfungsantrag des OGH gefehlt hätte. Auch der VfGH hat dies nicht beanstandet, sodass dieser Aspekt als geklärt erachtet werden kann.
- b) Gab das Erstgericht dem Ablehnungsantrag des Angeklagten nicht statt, so wurde iSd § 281 Abs 1 Z 4 StPO jedenfalls ein „gegen seinen Antrag ... gefasster Beschluss“ getroffen. Die Z 4 stellt hier – dem System der EMRK entsprechend – nicht darauf ab, welche formale Entscheidung bzw mit welchem Wortlaut diese konkret getroffen wurde („Abweisung“, „Zurückweisung“, „Nicht-Stattgabe“, „Nicht-Folge-Geben“ etc), sondern knüpft an das Ergebnis an: Es muss ein Beschluss „gegen den Antrag“ des Angeklagten gefasst worden sein. Dies ist, wenn einem Ablehnungsantrag nicht stattgegeben wurde, regelmäßig der Fall. Auf die konkrete Erledigungsform kommt es nicht an.

¹⁴ Zur den prozessualen Aspekten der Fortsetzung des Anlassverfahrens siehe Art 89 Abs 4 B-VG und § 62 Abs 3 VfGG; allgemein dazu Rohregger in Korinek/Holoubek, B-VG-Kommentar, Art 140 Rz 262.

¹⁵ Zur Frage der Zulässigkeit eines Erneuerungsantrags gem § 363a StPO analog iZm bereits rechtskräftig beendeten Strafverfahren siehe Wess/Rohregger, JSt 2014, 202 ff.

¹⁶ Rohregger in Korinek/Holoubek, B-VG, Art 140 Rz 322 und 342 f.

¹⁷ Siehe dazu insb Ratz in WK StPO, § 281 Abs 1 Z 4 Rz 302 ff.

- c) Dass ein Gesetz „*hintangesetzt oder unrichtig angewendet wurde*“, wenn einem Beschluss überhaupt eine gesetzliche Grundlage fehlt, ist evident. Und dass dadurch Grundsätze des Verfahrens verletzt wurden, deren Beachtung durch grundrechtliche Vorschriften, insb Art 6 EMRK, für ein faires Verfahren geboten sind, ergibt sich schon aus dem Erkenntnis des VfGH, das ganz zentral mit einer Verletzung von Art 6 EMRK durch die für verfassungswidrig befundene Norm begründet wurde. An die Begründung des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses ist der OGH zwar nicht gebunden, aber für eine abweichende Beurteilung dieser Rechtsfrage gibt es keinerlei Anhaltspunkt.

Ob eine inhaltliche Neubeurteilung des Ablehnungsantrags auf Basis der bereinigten Rechtslage allenfalls dessen Abweisung decken würde, ist im vorliegenden Fall insoweit irrelevant, als die für verfassungswidrig befundene Bestimmung einem Ablehnungsantrag schon *prozessual* entgegenstand. Eine inhaltliche Prüfung hat daher gar nicht stattgefunden, sondern durch Verweis auf § 126 Abs 4 Satz 3 StPO wurde dem Antrag schon wegen prinzipieller Unzulässigkeit nicht stattgegeben. Daraus resultiert unmittelbar eine Verletzung des Art 6 EMRK, unabhängig davon, welches Ergebnis eine meritotische Prüfung ergeben hätte. Dass prozessuale Regelungen, die den Gang von Anträgen oder Rechtsmitteln betreffen, im eben dargelegten Sinne zu beurteilen sind, zeigt sich schon an einem plastischen Beispiel: Wird etwa das (verfassungswidrige) Fehlen eines Rechtsmittels gerügt und hebt der VfGH die entsprechende Bestimmung auf, so liegen sowohl die Verfassungswidrigkeit als auch die Rechtsverletzung schon im *Fehlen* des Rechtsmittels. Ob das verlangte Rechtsmittel *in concreto* erfolgreich gewesen wäre, spielt keine Rolle mehr. Im fortgesetzten Anlassverfahren ist die Zurückweisung des Rechtsmittels jedenfalls aufzuheben.

Die obigen Überlegungen gelten auch für jene Nicht-Anlassfälle, auf die der VfGH die Anlassfallwirkung ausgedehnt hat. Das sind alle beim OGH anhängigen Rechtssachen sowie zwei vom VfGH individuell bezeichnete Rechtssachen. Welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Anhängigkeit entscheidend ist, ist nicht ganz klar. An sich treten die Rechtswirkungen eines verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses erst mit der Kundmachung ein. Für die Parteien des Verfahrens wirkt das Erkenntnis aber sofort.¹⁸ Ob die Tatsache, dass der OGH Verfahrenspartei vor dem VfGH war, den maßgeblichen Zeitpunkt hier auch für die von der Ausdehnung der Anlassfallwirkung erfassten Fälle verschiebt, ist fraglich. UE ist dies nicht der Fall, da zwar der OGH, nicht aber die übrigen dortigen Verfahrenspar-

teien in den von der Ausdehnung erfassten Nicht-Anlassfällen Parteistellung vor dem VfGH hatten. Es wird daher auf den Zeitpunkt der Kundmachung des Erkenntnisses ankommen.

4. Die neue Rechtslage

Nicht beantworten konnte der VfGH die Frage der Verfassungsmäßigkeit der neuen, mit dem StPRÄG 2014 eingeführten Rechtslage. Zwar hat diese Novelle den Wortlaut des § 126 Abs 4 Satz 3 StPO textlich unverändert gelassen, aber die damit inhaltlich in Zusammenhang stehenden Neuerungen der StPO traten erst mit 1. 1. 2015 in Kraft und waren daher im gegenständlichen Verfahren nicht präjudiziell. Zur Beurteilung der Verfassungskonformität der neuen Rechtslage ist aber eine Zusammenschau aller inhaltlich relevanten Bestimmungen erforderlich. Letztlich geht es ja um die Verfassungswidrigkeit der Norm (und nicht eines bestimmten, willkürlich aus der gesamten Rechtsordnung herausgegriffenen Textsubstrats). In einer textlich unveränderten Bestimmung kann daher im einen Kontext der Sitz einer Verfassungswidrigkeit zu lokalisieren sein, in anderem Kontext hingegen kann sie verfassungskonform sein. Die Novellierung anderer Bestimmungen der StPO könnte daher prinzipiell auf den Inhalt des § 126 Abs 4 Satz 3 StPO insoweit von Einfluss gewesen sein, als die vorher verfassungswidrige Bestimmung nunmehr verfassungskonform wurde und somit konvalidiert ist. Prozessual war dem VfGH aber – mangels Präjudizialität der seit 1. 1. 2015 geltenden Bestimmungen – nur eine Prüfung der Rechtslage vor dem 1. 1. 2015 möglich. Insoweit ist die Wahl der (bloßen) Feststellung einer Verfassungswidrigkeit zutreffend, auch wenn sich der Text des § 126 Abs 4 Satz 3 StPO mit 1. 1. 2015 nicht geändert hat. Gleichzeitig bedeutet dies aber auch, dass der VfGH keine Aussage zur Verfassungskonformität der neuen Rechtslage getätigt hat.

Freilich zeigt eine Analyse der neuen Rechtslage, dass § 126 Abs 4 Satz 3 StPO – auch im Kontext der geänderten Begleitbestimmungen – denselben Bedenken begegnet wie vor dem 1. 1. 2015. Die maßgeblichen Überlegungen zur neuen Rechtslage sind dabei folgende:

Der Gesetzgeber hat mit dem StPRÄG 2014 versucht, eine verfassungskonforme Rechtslage durch mehrere Modifizierungen der Systematik des SV-Beweises zu schaffen. In § 222 Abs 3 Satz 2 StPO wurde das Recht des Beschuldigten aufgenommen, der Gegenäußerung eine Stellungnahme samt Schlussfolgerungen einer Person mit besonderem Fachwissen zur Begründung eines Beweisantrags anzuschließen, sofern sich die Anklageschrift auf Befund und Gutachten eines SV stützt. Das Privatgutachten soll dadurch „*zum Inhalt des Aktes werden*“.¹⁹ Die Intention des Gesetzgebers war die Verbesserung der Position des Beschuldigten iSd Waf-

¹⁸ Vgl dazu Rohregger in Korinek/Holoubek, B-VG, Art 140 Rz 257 f, 290 und 293 ff.

¹⁹ ErlRV 181 BlgNR 25. GP 15.

fengleichheit im Vergleich zur Vorgängerregelung. Ratz erachtet Privatgutachten dennoch nach wie vor für prozessual unbeachtlich und nicht erörterungsbedürftig iSv § 281 Abs 1 Z 5 Fall 2 StPO, da sie trotz Anschlusses an die Gegenäußerung nicht iSd §§ 13 Abs 3, 258 Abs 1 StPO im Verfahren vorkommen würden.²⁰ Sollte sich die Rsp tatsächlich dieser Auffassung und nicht der ua von *Schwaighofer* vertretenen (uE zutreffenden) Gegenposition, wonach solcherart vorgelegte Privatgutachten gem § 252 Abs 2 StPO verpflichtend zu verlesen sind, anschließend, käme es in dieser Hinsicht freilich auch zu keiner Besserstellung des Beschuldigten iSd Waffengleichheit.²¹ Daneben ist der Privat-SV nunmehr gem § 249 Abs 3 StPO berechtigt, selbst Fragen zu Befund und Gutachten direkt an den SV zu richten.

Die zentrale Änderung betrifft jedoch das Recht des Beschuldigten, im Ermittlungsverfahren nunmehr gem § 126 Abs 5 iVm § 104 Abs 1 StPO die Bestellung und Führung des SV im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme zu verlangen.²² Nach Ansicht von Ratz entspricht der SV-Beweis damit nun „vollends den Kriterien des Art 6 Abs 3 lit d MRK“.²³

Die formale Bestellung und Führung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren stellt jedoch lediglich einen von diversen Aspekten dar, womit die objektive Befangenheit des SV für das Hauptverfahren begründet werden kann. Weiterhin kann etwa nicht erwartet werden, dass sich der SV – ungeachtet seiner allfälligen gerichtlichen Bestellung und Führung im Ermittlungsverfahren –, auf dessen Gutachten sich die Anklageschrift stützt, im Hauptverfahren von seinen im Ermittlungsverfahren gezogenen gutachterlichen Schlussfolgerungen distanziiert. Bemerkenswerterweise führt der VfGH den Aspekt der Bestellung nicht einmal als Grund für die objektive Befangenheit an. *De lege lata* ist daher – wie schon nach der mittlerweile vom VfGH als verfassungswidrig erkannten Rechtslage vor dem StPRÄG 2014 – die Ablehnung des SV wegen objektiver Befangenheit aufgrund seiner Tätigkeit im Ermittlungsverfahren nicht möglich; dies gilt auch bezüglich eines im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme bestellten SV, dem der Anschein der objektiven Befangenheit anhaftet.

UE sollte es daher nicht auf den formalen Akt der Bestellung und Führung ankommen; entscheidend ist vielmehr, dass dem SV aufgrund der Tätigkeit im Ermittlungsverfahren nicht der Anschein der Befangenheit anhaftet. Letzteres wird wiederum anhand einer Einzelfallprüfung zu beurteilen sein. Einer solchen Einzelfallprüfung steht § 126 Abs 4 Satz 3 StPO aber weiterhin entgegen. Die gerichtliche Bestellung mag die

Bedenken gegen eine Befangenheit verringern, aber das vom VfGH für die Aufhebung herangezogene Argument, eine Ablehnung darf nicht kategorisch ausgeschlossen sein, müsste uE weiterhin gelten. Trotz einer Verbesserung der rechtlichen Situation des Beschuldigten/Angeklagten durch das StPRÄG 2014 bestehen daher weiterhin verfassungsrechtliche Bedenken gegen den jetzigen § 126 Abs 4 Satz 3 StPO. Seit 1. 1. 2015 können diese Bedenken aber von jedem Angeklagten in einem – parallel zur Nichtigkeitsbeschwerde einzubringenden – Parteiantrag auf Normenkontrolle gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG eigeninitiativ an den VfGH herangetragen werden.²⁴ Es wird daher nicht lange dauern, bis die Frage neuerlich beim VfGH landet.

► Auf den Punkt gebracht

Die Regelung in § 126 Abs 4 Satz 3 StPO idF BGBl I 2004/19 verstößt gegen den Grundsatz der Waffengleichheit des Art 6 Abs 3 lit d EMRK, da die geprüfte Norm einen Anspruch des Angeklagten auf Bestellung eines anderen (neutralen) SV als jenes SV, der bereits im Ermittlungsverfahren für die Staatsanwaltschaft tätig wurde, bei behaupteter objektiver Befangenheit von vornherein ausschließt. Daraus folgt jedoch nicht der generelle Ausschluss eines jeden bereits im Ermittlungsverfahren tätigen SV für die Hauptverhandlung, sondern es ist eine Einzelfallprüfung nach Maßgabe von § 47 Abs 1 Z 3 iVm § 126 Abs 4 Satz 1 StPO vorzunehmen. Die objektive Befangenheit ergibt sich aus der konkreten Tätigkeit im Ermittlungsverfahren; relevante Parameter sind jedenfalls die Frage der Erkundungsbeweisführung sowie die Begründung der Anklageschrift mit dem SV-Gutachten. Aus unserer Sicht hat der OGH den Verfahrensrügen in den fortgesetzten Anlassverfahren sowie den sonstigen beim OGH anhängigen Rechtsmittelverfahren grundsätzlich stattzugeben und das Urteil aufzuheben. Auch gegenüber der neuen Rechtslage bestehen – trotz der Entschärfung der Situation im Ermittlungsverfahren durch die mögliche gerichtliche Bestellung und Führung des SV – angesichts der unveränderten Bestimmung des § 126 Abs 4 Satz 3 StPO und der andauernden Unsicherheit, was die Relevanz von Privatgutachten im Hauptverfahren betrifft, nach wie vor Bedenken im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit.

²⁰ Ratz, Der neue Sachverständigenbeweis nach dem StPÄG 2014, ÖJZ 2015, 23 (24).

²¹ Schwaighofer, Sachverständigenbeweis, 65.

²² Vgl Wess/Rohregger, JSt 2014, 207.

²³ Ratz, ÖJZ 2015, 23.

²⁴ Zum Parteiantrag vgl zB Herbst/Wess, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle, ZWF 2015, 64; Rohregger, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle („Gesetzesbeschwerde“), AnwBl 2015, 188.

ZWF-JAHRESABO

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



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

ZWF-Jahresabo 2016 inkl. Onlinezugang und App

(2. Jahrgang 2016, Heft 1-6)

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

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

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