

ZWF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

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

Schwerpunkt:
Sachverständige im
Ermittlungsverfahren

Wirtschaftsstrafrecht

Neuregelung der Sachverständigenbestellung
Rechtsprechung des OGH zum Sachverständigenbeweis
Rechtsschutzlücke im Gebührenbestimmungsverfahren?

Europastrafrecht

Unschuldsvermutung und Recht auf Anwesenheit in der Strafverhandlung

Die vertiefende Analyse

Finanzstrafrechtliche Konsequenzen von Gestaltungsmissbrauch

Finanzstrafrecht

Registrierkassenpflicht verfassungskonform
Zusammentreffen von Bilanzdelikten und Finanzvergehen
Gerichtliche Zuständigkeit bei mehrfachem Wohnsitzwechsel
Strafbestimmender Wertbetrag bei der EU-Quellensteuer

Aus Sicht der Finanzstrafbehörde

Fallbesprechung: (Mit)Verschulden steuerlicher Vertreter?

Praxisinformationen

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreisenschau



Linde

Die neue Vorschlagsmöglichkeit eines Sachverständigen durch den Beschuldigten gem § 126 Abs 5 StPO idGF

Martin Nemeč / Norbert Wess



Mag. Martin Nemeč ist Rechtsanwalt in Wien.



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

Mit dem Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014 (StPRÄG 2014)¹ hat der Gesetzgeber nach langwierigem Gesetzwerdungsprozess die Bestellung eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren neu geregelt.² Der Beschuldigte hat nunmehr gem § 126 Abs 5 StPO das Recht, binnen 14 Tagen ab Zustellung, Kenntnis eines Befangenheitsgrundes oder Vorliegen begründeter Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen einen Antrag auf dessen Enthebung zu stellen, die Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme zu verlangen und eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person zur Bestellung vorzuschlagen. Dieses Vorschlagsrecht soll hier näher dargestellt und beleuchtet werden.

1. Einleitung

In den letzten Jahren hat sich im Zusammenhang mit der Bestellung von Sachverständigen im Strafprozess ein erhebliches Spannungsfeld, insb unter den Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit und des fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK, aufgebaut. Es liegt auf der Hand, dass die Thematik rund um die Auswahl und Bestellung von Sachverständigen überaus sensibel ist, da – vor allem in großen und komplexen Wirtschaftsstrafverfahren – die Expertise von Sachverständigen enorm wichtig ist. Bereits im Ermittlungsverfahren werden zahlreiche Ermittlungsschritte der Strafverfolgungsbehörden auf Grundlage von Sachverständigengutachten gesetzt und damit im Vorfeld schon die Weichen dafür gestellt, ob Anklage erhoben wird oder nicht. Die Gutachten des im Ermittlungsverfahren bestellten Sachverständigen können letztlich auch eine fundamentale Entscheidungsgrundlage der Gerichte darstellen, sofern der Sachverständige auch im Hauptverfahren bestellt wird und sein bisheriges Gutachten lediglich anpasst oder ergänzt.

Diese Ausgangslage führte nicht nur zu einer umfassenden und äußerst kontroversiell ausgetragenen Diskussion im Schrifttum,³ sondern beschäftigte in zahlreichen Entscheidungen

auch den OGH⁴ und letztlich den VfGH, der mit Erkenntnis vom 10. 3. 2015 die Verfassungswidrigkeit der Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 Satz 3 StPO idF BGBl I 19/2004 feststellte.⁵

Der Gesetzgeber wollte nun im Rahmen des StPRÄG 2014 der anhaltenden Kritik im Schrifttum entgegenwirken und die StPO an die aktuellen Gegebenheiten und Bedürfnisse anpassen, insb aber auch den Kriterien des EGMR⁶ gerecht werden.⁷

2. Die Intention des Gesetzgebers zu § 126 Abs 5 StPO idF StPRÄG 2014

§ 126 Abs 5 StPO idF BGBl 2014/71 lautet nun wie folgt: „Im Ermittlungsverfahren hat der Beschuldigte das Recht, binnen 14 Tagen ab Zustellung (Abs 3), Kenntnis eines Befangenheitsgrundes oder Vorliegen begründeter Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen einen Antrag auf dessen Enthebung zu stellen, er kann auch die Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme verlangen und eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde (Abs 2) besser qualifizierte Person zur Bestellung vorschlagen. Will die Staatsanwaltschaft dem Begehren auf Umbestellung keine Folge geben oder wurde gerichtliche Beweisaufnahme verlangt, so hat sie den Antrag unverzüglich samt einer Stellungnahme dem Gericht vorzulegen. Wurde der Sachverständige durch das Gericht bestellt, so entscheidet es über einen Antrag nach dem ersten Satz mit Beschluss.“

Dem Beschuldigten kommt somit das subjektive Recht zu, in Bezug auf einen bestellten

¹ BGBl I 2014/71.

² Illustrativ Riffel, Die Sachverständigen-Vorschlagsmöglichkeit des Beschuldigten nach § 126 Abs 5 StPO idF StPRÄG 2014, RZ 2016, 26; ebenso Rebisant, Waffengleichheit beim Sachverständigenbeweis: OGH, VfGH und StPRÄG 2014, in Lewisch (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit. Jahrbuch 15 (2015), 205 (212); ErlRV 181 BlgNR 25. GP; 38/ME 25. GP.

³ Vgl statt aller dazu bspw Moringner/Haumer, Sachverständige im Strafverfahren – Eine unendliche Geschichte, JSt 2016/2, 132; Schwaighofer, Neverending story: Unreformierbarer „reformierter“ Sachverständigenbeweis, AnwBl 2015, 342; Schwaighofer, Der Sachverständigenbeweis im Strafverfahren (2014); Mayer/Haidenhofer, Der Sachverständige als Gehilfe des Staatsanwalts im Strafprozess, AnwBl 2014, 100; Wess/Rohregger, Der Sachverständige im Strafverfahren – Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH, JSt 2014/3, 200.

⁴ OGH 11. 8. 2014, 17 Os 25/14a; 28. 10. 2014, 11 Os 86/14b; 2. 7. 2013, 13 Os 131/12g; 11. 3. 2014, 11 Os 51/13d; 23. 1. 2014, 12 Os 90/13x.

⁵ VfGH 10. 3. 2015, G 180, 216, 232/2014 und 42, 77/2015.

⁶ So zB EGMR 4. 4. 2013, 30465/06, C.B./Österreich.

⁷ Vgl zur neuen Rechtslage etwa Ratz, Der neue Sachverständigenbeweis nach dem StPÄG 2014, ÖJZ 2015, 23 sowie Ratz, Was gilt mit Inkrafttreten des StRÄG 2015 für Sachverständige im Strafprozess? ÖJZ 2015, 835; Rebisant in Lewisch, Jahrbuch 15, 205 (212).

Sachverständigen ab Kenntnis eines Befangenheitsgrundes oder begründeter Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen einen Enthebungsantrag zu stellen. Darüber hinaus hat der Beschuldigte nunmehr ein Vorschlagsrecht und das Recht, die Bestellung des Sachverständigen im Rahmen einer gerichtlichen Beweisaufnahme zu verlangen.⁸ Wie den Materialien zu entnehmen ist, bestand die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung des gegenständlichen Vorschlagsrechts unzweifelhaft darin, die Mitwirkungsrechte des Beschuldigten bei der Auswahl und Bestellung von Sachverständigen bereits im Ermittlungsverfahren zu stärken und EMRK-konform auszugestalten.⁹

3. Auseinandersetzungs- und Begründungspflicht

Die StPO enthält keine Vorschriften über ihre Interpretation. Die in § 6 ABGB normierten Auslegungsregeln bringen jedoch nach hA¹⁰ ganz allgemein zum Ausdruck, wie Rechtsnormen zu verstehen sind. Insofern gelten diese Regeln auch für die Interpretation der StPO. Die Bestimmungen in der StPO sind daher nach „der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang“ und nach „der klaren Absicht des Gesetzgebers“ auszulegen: Wörtliche, systematisch-logische, historische und objektive teleologische Auslegung gelten also auch hier.¹¹

§ 126 Abs 5 StPO verweist auf Abs 2 leg cit, der normiert, dass als Sachverständige vor allem solche Personen zu bestellen sind, die sich in der Sachverständigenliste gem Sachverständigen und Dolmetschergesetz (SDG)¹² wiederfinden. Die Möglichkeit, andere Personen als Sachverständige zu verwenden, bleibt offen, sofern sie zuvor über ihre wesentlichen Rechte und Pflichten informiert wurden. Die Eintragung einer Person in die Sachverständigenliste gem den Bestimmungen des SDG bietet somit Gewissheit, dass diese Person grundsätzlich über das nötige Fachwissen im jeweiligen Bereich der Eintragung verfügt, ist jedoch keineswegs *conditio sine qua non* für die Bestellung einer bestimmten Person zum Sachverständigen.

§ 126 Abs 2 StPO legt danach jene (Mindest-)Kriterien fest, die vorliegen müssen, damit eine bestimmte Person – sei es von der Staatsanwaltschaft, sei es vom Gericht – zum Sachverständigen bestellt werden kann. Über den Grad der Qualifikation, konkret bezogen auf das spezifische Fachwissen eines Sachverständigen zu den jeweiligen Teilbereichen seiner Fachdisziplin, trifft diese Bestimmung jedoch keinerlei Aussage.

Wenn nun § 126 Abs 5 StPO dem Beschuldigten ein – von einem Enthebungsantrag wegen

Befangenheit oder mangelnder Sachkunde losgelöstes – Vorschlagsrecht hinsichtlich einer nach den Kriterien der Sachkunde *besser qualifizierten* Person einräumt, dann wird durch den Verweis auf Abs 2 leg cit lediglich klargestellt, dass die Grundvoraussetzungen der Zulässigkeit der Bestellung eines Sachverständigen nach dieser Gesetzesstelle vorliegen müssen. Über die Frage, inwieweit die eine (nämlich von der Staatsanwaltschaft oder vom Gericht bestellte) oder die andere (vom Beschuldigten vorgeschlagene) Person nach den Kriterien der Sachkunde *besser qualifiziert* ist, wird hingegen keine Aussage getroffen. Eine an der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem logisch-systematischen Zusammenhang und an der klaren Absicht des Gesetzgebers orientierte Auslegung gelangt daher zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 126 Abs 5 StPO die Möglichkeit einer *besseren Qualifikation* eines Sachverständigen innerhalb der (Mindest-)Kriterien des § 126 Abs 2 StPO als gegeben vorausgesetzt und dem Beschuldigten – unter Aufrechterhaltung der erwähnten Mindestanforderungen – das Recht eingeräumt hat, eine innerhalb des Kreises der infrage kommenden Sachverständigen der Sachkunde nach besser qualifizierte Person zur Bestellung vorzuschlagen.

Bereits daraus ist ersichtlich, dass die gegenteilige Argumentation, jede Person, die in der Sachverständigenliste eingetragen ist, sei grundsätzlich gleich gut geeignet, die in ihr Fachgebiet fallenden Aufträge zu erfüllen, weil eine weitere Unterscheidung hinsichtlich der Qualifikation derart geeigneter Personen weder vom Gesetz intendiert noch in der Praxis durchführbar sei, nicht nur dem Wortlaut, sondern auch der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Eine derartige Auslegung würde dem in § 126 Abs 5 StPO normierten Vorschlagsrecht jedweden Anwendungsbereich nehmen, zumal jeder Vorschlag eines besser qualifizierten Sachverständigen stets mit dem Hinweis der Eintragung des bisher bestellten in die Sachverständigenliste gem SDG verworfen werden könnte.¹³

Eine an den anerkannten Grundsätzen der Gesetzesauslegung orientierte Vorgangsweise lässt folglich keinen Spielraum offen. Die Zulässigkeit der Bestellung eines Sachverständigen ist anhand der Kriterien des § 126 Abs 2 StPO zu überprüfen und von der Frage einer allfälligen Besserqualifikation anderer Personen, die ebenfalls die Kriterien des § 126 Abs 2 StPO erfüllen, zu unterscheiden.

Auch den Gesetzesmaterialien ist in unmissverständlicher Weise der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, dem Beschuldigten ein Antragsrecht hinsichtlich eines besser qualifizierten Sachverständigen einzuräumen.¹⁴ Diesem Antragsrecht entspricht (zumindest im Fall der Nichtstattgebung des Umbestellungsantrages)

⁸ ErlRV 181 BlgNR 25. GP 15.

⁹ ErlRV 181 BlgNR 25. GP 15.

¹⁰ Schauer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 ABGB Rz 3 ff (Stand 1. 10. 2013, rdb.at) mwN.

¹¹ Vgl *Riffel*, RZ 2016, 26 (28).

¹² BGBl I 1975/137.

¹³ So aber wohl *Riffel*, RZ 2016, 26 (28 f).

¹⁴ ErlRV 181 BlgNR 25. GP 14.

eine korrespondierende Begründungspflicht sowohl der Staatsanwaltschaft (dies ergibt sich aus § 126 Abs 5 Satz 2: „samt einer Stellungnahme“) als auch des Gerichts. Letzteres ergibt sich aus § 86 Abs 1 StPO, der gerade eine im Zusammenhang mit den angewandten Normen stehende Begründung fordert.¹⁵ Auch im Hinblick auf § 126 Abs 5 Satz 2 StPO lässt sich daher eine derartige Befassungs- und Begründungspflicht bezüglich der Verweigerung einer Umbestellung unzweifelhaft ableiten: Mag aus der zitierten Gesetzesstelle auch kein subjektives Recht oder ein Rechtsanspruch des Beschuldigten auf Bestellung einer *bestimmten Person* zum Sachverständigen abgeleitet werden können, so kann aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes sowie der Gesetzesmaterialien kein Zweifel daran bestehen, dass sich die Staatsanwaltschaft/das Gericht mit einem entsprechenden Vorschlag des Beschuldigten jedenfalls auseinanderzusetzen und zu begründen hat, weshalb es einem solchen Vorschlag näher tritt oder nicht.¹⁶ Diese Begründungspflicht besteht auch für den Fall, dass der Beschuldigte eine gerichtliche Beweisaufnahme verlangt und eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person zur Bestellung vorschlägt. In solch einer Konstellation wird die Bestellung des Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft *ex lege* beseitigt und die Zuständigkeit des Gerichts bewirkt, wobei dem Beschuldigten dieselben Rechte wie bei der Bestellung des Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft zustehen.¹⁷

Würde man demgegenüber dem gesetzlich normierten Vorschlagsrecht des Beschuldigten jedweden rechtsverbindlichen Charakter absprechen,¹⁸ wäre dieses völlig entwertet und würden letztlich willkürliche Entscheidungen ermöglicht werden, zumal dann jegliche Begründungspflicht entfiel.¹⁹

Dem kann auch nicht entgegeng gehalten werden, dass dem Beschuldigten kein subjektives

Recht auf Bestellung eines bestimmten Sachverständigen zukommt, da dies ansonsten das Auswahlermessen der Gerichtsorgane beseitigen würde.²⁰ Denn der Gesetzgeber wollte durch die Neufassung des § 126 Abs 5 StPO primär sicherstellen, dass die Beurteilung der an den Sachverständigen herangetragenen Fragestellungen von einem besser qualifizierten Sachverständigen vorgenommen wird, sofern dies aufgrund der Umstände des Einzelfalls *möglich* ist. Der Beschuldigte soll diesbezüglich Vorschläge machen können. Aus dieser *ratio* des Gesetzes folgt, dass das Auswahlermessen der Staatsanwaltschaft/(im Falle gerichtlicher Beweisaufnahme) des Gerichts insoweit nicht beschränkt wird, als es diesen nach wie vor frei steht, einen Dritten, vom Beschuldigten nicht vorgeschlagenen Sachverständigen zu bestellen, sofern dieser zumindest gleich gut, wenn nicht sogar besser qualifiziert ist als jener Sachverständige, der vom Beschuldigten vorgeschlagen wurde.²¹ Insoweit besteht auch keine Bindung an den Vorschlag des Beschuldigten. Die (nur scheinbar gegenteilige) Behauptung, es gebe keinen Rechtsanspruch auf Bestellung des „besten“ Sachverständigen, verfehlt den maßgeblichen Bezugspunkt, als sich aus § 126 Abs 5 StPO ein Rechtsanspruch auf Bestellung des „besten“ Sachverständigen ohnehin nicht ableiten lässt, sehr wohl aber das Recht des Beschuldigten auf einen besser qualifizierten Sachverständigen (mag dieser *der Beste* sein oder nicht) als jenen, der zunächst ausgewählt wurde.

Ist ein Sachverständiger in der Liste eingetragen, so können sowohl Staatsanwalt als auch Richter zwar davon ausgehen, dass er über die nötige Sachkunde verfügt, da er mangels Vorliegens der Voraussetzungen gar nicht in die Sachverständigenliste eingetragen worden wäre. An dieser Ausgangssituation hat sich durch die Neufassung des § 126 Abs 5 StPO²² auch nichts geändert. Die *Messung der Qualifikation* eines Sachverständigen allein anhand der Eintragung in der Sachverständigenliste *per se* ist aber mit der Einführung des StPRÄG 2014 nicht mehr ausreichend.

Das Gesetz geht vielmehr darüber hinaus, indem es nunmehr zusätzlich dem Beschuldigten das Recht einräumt, eine nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person zur Bestellung vorzuschlagen. Damit ist aber klar, dass zur Beurteilung der (besseren) Qualifikation einer als Sachverständigen vorgeschlagenen Person – dies im Vergleich zum bisher staatsanwaltschaftlich bzw gerichtlich bestellten Sachverständigen – das bloße Abstellen auf die Formalvoraussetzung der Eintragung in die Sachverständigenliste gem den Bestimmungen des SDG nicht (mehr) ausreichend sein kann. Eine Argumentation, wonach jeder eingetragene

¹⁵ *Tipold* in WK StPO, § 86 Rz 8.

¹⁶ Gegenteilig *Riffel*, RZ 2016, 26 (33).

¹⁷ Vgl auch *Öner*, Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, JAP 2015/2016, 4 (7).

¹⁸ So aber *Riffel*, RZ 2016, 26 (33 f).

¹⁹ Auch der EGMR zieht aus dem Recht auf Gehör und dem Grundsatz einer geordneten Rechtspflege den Schluss, dass gerichtliche Entscheidungen angemessen begründet werden müssen (*Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention³ [2011] Art 6 Rz 109) und das Parteivorbringen folglich sorgfältig geprüft werden muss (EGMR 19. 4. 1993, 13942/88, *Kraska/Schweiz*). Diese Rechtsprechung betrifft zwar – soweit ersichtlich – in erster Linie sacherledigende Entscheidungen (im Strafrecht: Urteile), der EGMR prüft jedoch das Verfahren – einzelfallabhängig (EGMR 24. 5. 2005, 61302/00, *Buzescu/Rumänien*, Rz 67) – nur dahingehend, ob es insgesamt, einschließlich der Beweisaufnahme, fair war. Die Begründungspflicht dürfte daher nach Ansicht des EGMR auch in Bezug auf die Sachverständigenbestellung – wenn auch eingeschränkt – gelten, zumal die Begründungspflicht bei Ermessensentscheidungen, wie sie bei der Entscheidung über den Vorschlag des Beschuldigten gegeben ist, regelmäßig sogar höher ist (*Karpenstein/Mayer*, EMRK [2012] Art 6 Rz 102).

²⁰ *Riffel*, RZ 2016, 26 (33 f).

²¹ ErlRV 181 BlgNR 25. GP 15.

²² § 126 Abs 5 StPO idF BGBl I 2015/112.

Sachverständige insofern gleich qualifiziert ist, weil und wenn er in die Sachverständigenliste eingetragen ist und der Staatsanwaltschaft/dem Gericht diesbezügliche Qualitätsvergleiche unmöglich wären, widerspricht schlichtweg dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Bestimmung des § 126 Abs 5 StPO.

Auch das Argument, dass Ermittlungsverfahren durch die Neufassung des § 126 Abs 5 StPO noch komplizierter würden und ein ewig andauernder, zeitraubender „Qualitätsvergleich“ zwischen Sachverständigen drohe und die Gerichtsorgane überfordern würde, ist im Ergebnis nicht stichhaltig. Angesichts der klaren gesetzlichen Anordnung in § 126 Abs 5 StPO wird sich bis zu einem gewissen Grad ein von der Staatsanwaltschaft bzw dem Gericht vorzunehmender Qualitätsvergleich nicht vermeiden lassen. Dass ein solcher relativ einfach und ohne großen Zeitverlust möglich und machbar ist, zeigen die folgenden Ausführungen.

4. Mögliche Kriterien der Auswahl eines besser qualifizierten Sachverständigen

4.1. Allgemeines

Es erhebt sich folglich die Frage, nach welchen Kriterien die Staatsanwaltschaft oder das Gericht diese *bessere Eignung* feststellen kann. Dass dies grundsätzlich nicht unmöglich ist, ergibt sich alleine schon daraus, dass Staatsanwaltschaft oder Gericht sich auch bei Vorliegen begründeter Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen und einem damit begründeten Enthebungsantrag letztlich mit der Frage der Qualifikation des Sachverständigen auseinandersetzen müssen und dies in der Praxis auch laufend tun. Die Auseinandersetzung mit der Qualifikation eines Sachverständigen stellt sohin für die involvierten Justizorgane keine unüberwindbare Hürde dar.

Die nun in der Folge genannten Kriterien sollen aufzeigen, dass Staatsanwaltschaft und Gericht sehr wohl eine Bandbreite an Möglichkeiten und Ansatzpunkten haben, um Sachverständige nach ihren Qualifikationen zu messen. Denkbar ist eine Unterteilung in qualitative und quantitative Kriterien. Hierbei ist natürlich stets auf den Einzelfall abzustellen, da jedes Ermittlungsverfahren andere fachspezifische Problemstellungen mit sich bringt und deshalb auch andere Lösungswege beschritten werden müssen. Die nun vorgeschlagenen Kriterien sind daher auch nicht als starres System zu betrachten, sondern vielmehr als ein bewegliches, von Einzelfall zu Einzelfall unterschiedlich gewichtetes und vor allem auch flexibles System zu verstehen.

Natürlich kann aufgrund der konkreten Fallkonstellation auch *keines* der in weiterer Folge dargelegten Kriterien von Relevanz sein. Der konkrete Sachverständigenauftrag kann – aus sachverständiger Sicht betrachtet – derart „einfach“ sein, dass eine Mehrzahl (oder sogar eine Vielzahl) an Sachverständigen diesen Auf-

trag erfüllen können, ohne dass (*ex ante* betrachtet) ein Qualitätsunterschied in der Expertise zu erwarten ist. Dann mögen die nachstehenden Kriterien allesamt keine Rolle spielen und die im Raum stehenden Sachverständigen erscheinen auch, unabhängig von deren Ausbildungsgrad, Berufserfahrung etc, allesamt gleich gut und niemand besser qualifiziert. In einem solchen Fall kann (und muss) die Auswahl uE nach den sonstigen Kriterien, also insb nach den Vorgaben des § 126 Abs 2c StPO, erfolgen. Freilich ist auch dieses Ergebnis seitens des Gerichts bzw der Staatsanwaltschaft mittels Begründung gegenüber dem Beschuldigten offen zu legen. In derartigen Konstellationen sollte uE bei der Auswahl der Sachverständigen im Übrigen auch darauf geachtet werden, dass nicht stets derselbe Personenkreis Berücksichtigung findet. Hier sollte man noch nicht so oft eingesetzten Sachverständigen den Vorzug geben, damit diese in weiterer Folge auch in anspruchsvolleren Fällen agieren können.

4.2. Qualitative und quantitative Kriterien

4.2.1. Die berufliche Spezialisierung eines Sachverständigen

Die erste und wichtigste Frage sollte wohl immer lauten, ob der Sachverständige „vom Fach“ ist. Das mag banal klingen, damit ist aber nicht gemeint, ob er die allgemeinen Voraussetzungen der Eintragung in die Sachverständigenliste erfüllt, sondern ob er ggf *genau auf jene Themenbereiche* spezialisiert ist, die dem Verfahren zugrunde liegen. Dazu zählt insb auch, dass sich der Sachverständige in eben diesen Bereichen auf dem neuesten Stand der Wissenschaft, Methodik etc befindet. Fakt ist, dass nicht jeder Sachverständige aus derselben Fachgruppe oder gar demselben Fachgebiet auf ein spezifisches Problem gleich gut spezialisiert ist. Eine Eignung des Sachverständigen im Einzelfall lässt sich daraus letztlich keinesfalls begründen.

§ 126 Abs 5 StPO geht explizit davon aus, dass es innerhalb der (grundsätzlich qualifizierten) Sachverständigengruppe somit Personen geben muss, die – ungeachtet der bestehenden Qualifikation der anderen – *in concreto* noch besser qualifiziert erscheinen. Dieser Ansatz liegt im Übrigen nicht nur § 126 Abs 5 StPO zugrunde, sondern steht auch in Einklang mit dem Beschleunigungsgebot des § 9 StPO bzw mit dem Gebot des § 126 Abs 2c StPO, wonach bei der Auswahl von Sachverständigen nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vorzugehen ist. Denn ein auf ein bestimmtes Teilgebiet spezialisierter Sachverständiger wird auch diese Kriterien allesamt besser erfüllen.

4.2.2. Der berufliche Werdegang eines Sachverständigen

Als zweites Kriterium lässt sich wohl auf die berufliche Qualifikation einer Person abstellen

und innerhalb dieser gut differenzieren. Auch in diesem Fall sind der spezifische Einzelfall und die jeweiligen Problemstellungen für die Auswahlentscheidung maßgeblich. Besteht ein praktisches Problem, so ist es zielführend, einen Praktiker als Sachverständigen zu bestellen. Besteht das Problem in einer theoretisch wissenschaftlichen Frage, so wäre ein Sachverständiger aus der Wissenschaft bzw. Lehre die erste Wahl.

Anhand des Lebenslaufes, des Bildungsweges und der Berufserfahrung kann man diese Kriterien gut und effizient herausarbeiten. Eine Professur bspw. ist ein starkes Indiz für ein qualitatives Kriterium auf dem Gebiet der Wissenschaft. Langjährige Berufserfahrung auf einem bestimmten Gebiet im Zusammenhang mit einer praktischen Tätigkeit ist hingegen ein qualitatives Kriterium bei praktischen Problemstellungen.

4.2.3. Berufserfahrung

Als weiteres Kriterium wird vor allem auch auf die Berufserfahrung abzustellen sein, da diese oft mit der Sachkunde korreliert. Ein erfahrener Sachverständiger ist einem jungen, weniger erfahrenen – ungeachtet der Erfüllung der Minimalvoraussetzungen iSd § 126 Abs 2 StPO – bei komplizierteren Fällen höchst wahrscheinlich überlegen und dementsprechend unter diesem Gesichtspunkt besser qualifiziert.

Die Berufserfahrung erscheint in doppelter Hinsicht relevant, einerseits bezogen auf die (bisherige) berufliche Tätigkeit, andererseits bezogen auf die Tätigkeit als Sachverständiger in ähnlich gelagerten (komplexen oder weniger komplexen) Ermittlungsverfahren.

5. Prüfungsabhängige Entscheidungsalternativen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts

Beantragt der Beschuldigte die Enthebung des von der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen und schlägt eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person vor, ohne dass er die Bestellung des Sachverständigen im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme verlangt, stehen der Staatsanwaltschaft drei Handlungsalternativen offen. Will die Staatsanwaltschaft dem Antrag oder Vorschlag des Beschuldigten keine Folge leisten, hat diese den Antrag oder Vorschlag unverzüglich samt einer Stellungnahme, in der sie die Gründe für ihre Entscheidung darlegt, dem Gericht vorzulegen. Leitet die Staatsanwaltschaft den Antrag oder Vorschlag des Beschuldigten nicht an das Gericht weiter, kann der Beschuldigte dagegen einen Einspruch wegen Rechtsverletzung gem § 106 Abs 1 StPO erheben. Legt die Staatsanwaltschaft den Antrag oder Vorschlag dem Gericht vor, hat dieses ähnlich dem Verfahren beim Einspruch wegen Rechtsverletzung vorzugehen. Bei einem Antrag auf Enthebung des Sachverständigen wegen Befangenheit oder mangelnder Sachkunde prüft das Gericht daher eine Rechtsverletzung. Bei einem Vor-

schlag einer nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierten Person entscheidet es jedoch nach eigenem Ermessen, ob der vom Beschuldigten vorgeschlagene Sachverständige für den Gutachtensauftrag besser qualifiziert ist als der von der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige.²³ Zur Beurteilung dieser Frage hat das Gericht im Rahmen des Ermessensgebrauchs objektive Kriterien heranzuziehen und sich nicht nur auf das Faktum der Eintragung in die Sachverständigenliste zu berufen.²⁴ Eine dritte – vom bereits bestellten und vom Beschuldigten vorgeschlagenen Sachverständigen – verschiedene Person darf das Gericht demnach aber nicht berücksichtigen. Das Gericht hat seine Entscheidung jedenfalls zu begründen und darzulegen, warum es einen Sachverständigen für besser qualifiziert erachtet als den anderen. Keinesfalls darf es den Vorschlag des Beschuldigten ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit dessen Argumenten zur besseren Qualifikation der von ihm vorgeschlagenen Person stillschweigend übergehen oder gänzlich ignorieren.

Folgt das Gericht dem Antrag oder Vorschlag des Beschuldigten, hat die Staatsanwaltschaft die Entscheidung des Gerichts umzusetzen und den vom Beschuldigten vorgeschlagenen Sachverständigen zu bestellen. Der Staatsanwaltschaft steht in diesem Fall wohl analog zum Verfahren beim Einspruch wegen Rechtsverletzung Beschwerde an das OLG zu (§ 107 Abs 3 StPO). Ist hingegen der Beschuldigte durch die Entscheidung des Gerichts beschwert, weil das Gericht festgestellt hat, dass der vorgeschlagene Sachverständige nicht besser geeignet ist als der bereits von der Staatsanwaltschaft bestellte, kann auch der Beschuldigte Beschwerde erheben.²⁵

Ungeachtet dessen kann die Staatsanwaltschaft aber aufgrund des Antrages und Vorschlages des Beschuldigten auch den bisherigen Sachverständigen entheben und einen Dritten zum Sachverständigen bestellen.²⁶ In diesem Fall hat die Staatsanwaltschaft den Antrag und Vorschlag des Beschuldigten auch nicht dem Gericht vorzulegen.²⁷ Einzig in diesem Fall erscheint es zulässig, dass die Staatsanwaltschaft die Nichtbestellung der vorgeschlagenen Person nicht begründet. Gegen den neu bestellten Sachverständigen steht dem Beschuldigten unseres Erachtens jedenfalls wieder das Recht zu, einen Antrag auf dessen Enthebung zu stellen und eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser qualifizierte Person vorzuschlagen.²⁸

²³ Vgl. bereits *Rebisant* in *Lewisch*, Jahrbuch 15, 205 (213).

²⁴ Anderer Ansicht *Riffel*, RZ 2016, 26 (30).

²⁵ So auch *Riffel*, RZ 2016, 26 (33).

²⁶ *Riffel*, RZ 2016, 26 (32).

²⁷ *Riffel*, RZ 2016, 26 (32).

²⁸ Anderer Ansicht wohl *Riffel*, RZ 2016, 26 (32), der bloß Einwendungen wegen Befangenheit und/oder mangelnder Sachkunde für zulässig erachtet.

Verlangt der Beschuldigte hingegen die Bestellung des Sachverständigen im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme, so hat die Staatsanwaltschaft das Verlangen dem Gericht unverzüglich vorzulegen. Auch in diesem Fall hat die Staatsanwaltschaft eine Stellungnahme abzugeben. Fraglich ist, ob der bisher von der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige mit dem Verlangen des Beschuldigten auf gerichtliche Beweisaufnahme sogleich enthoben ist oder es erst der Neubestellung durch das Gericht bedarf. Entsprechend der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sprechen wohl gute Gründe dafür, dass der Sachverständige sogleich enthoben wird.²⁹

Das Gericht hat in diesem Fall einen Sachverständigen im eigenen Ermessen zu bestellen. Dabei kann es den von der Staatsanwaltschaft bisher bestellten Sachverständigen oder einen Dritten bestellen, wobei das Gericht gem § 87 StPO zu begründen hat, warum es gerade diesen Sachverständigen bestellt hat. Insofern liegt eine erstmalige Bestellung durch das Gericht vor. Der Beschuldigte hat deshalb dieselben Rechte wie bei der Bestellung durch die Staatsanwaltschaft,³⁰ dh er kann einen Enthebungsantrag wegen Befangenheit oder Vorliegen begründeter Zweifel an der Sachkunde stellen und eine andere, nach den Kriterien der Sachkunde besser geeignete Person zur Bestellung vorschlagen. Über einen solchen Antrag entscheidet das Gericht mit Beschluss, wogegen der Beschuldigte Beschwerde erheben kann.³¹

²⁹ In diesem Sinne wohl auch *Rebisant* in *Lewis*, Jahrbuch 15, 205 (214); anders *Riffel*, RZ 2016, 26 (32), wonach erst der Beschluss des Gerichts den „Vor-Beschluss“ der Staatsanwaltschaft ersetzt.

³⁰ *Rebisant* in *Lewis*, Jahrbuch 15, 205 (214).

³¹ Eine Beschwerde bereits gegen den „erstmaligen“ Bestellungsbeschluss des Gerichts wäre aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Reihenfolge zurückzuweisen; siehe *Riffel*, RZ 2016, 26 (32).

► Auf den Punkt gebracht

Der Beschuldigte hat – auch nach neuer Rechtslage – kein subjektives Recht auf Bestellung eines bestimmten Sachverständigen. Aus der Neuregelung der Bestimmungen ist aber abzuleiten, dass sich die Staatsanwaltschaft/das Gericht mit dem Vorschlag des Beschuldigten inhaltlich fundiert auseinandersetzen muss, sofern sie/es sich nicht dem Vorwurf der Willkür aussetzen möchte. Wenn der vom Beschuldigten vorgeschlagene Sachverständige nach objektiven Kriterien besser qualifiziert erscheint als der zuvor bestellte Sachverständige, so wird dem Vorschlag des Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft/vom Gericht in aller Regel auch zu entsprechen sein. Das Auswahlermessen der Staatsanwaltschaft/des Gerichts wird aber nicht eliminiert, da es dieser/diesem sehr wohl auch zusteht, eine gänzlich andere, dritte Person als Sachverständigen auszuwählen, die von ihrer Eignung her jedenfalls nicht schlechter ist als die vom Beschuldigten vorgeschlagene, aber jedenfalls besser als die ursprünglich von der Staatsanwaltschaft bestellte Person zu erscheinen hat.

Festzuhalten ist, dass ein wie immer gearteter Ermessensgebrauch jedenfalls begründet werden muss und der Vorschlag des Beschuldigten hinsichtlich eines besser qualifizierten Sachverständigen nicht ohne entsprechende Begründung verworfen werden darf. Kriterien, die für die Begründung herangezogen werden können, lassen sich aus unserer Sicht relativ einfach und naheliegend gewinnen.

6. Dreiländerforum Strafverteidigung

Strafverteidigung und Inquisition

- Wo, durch wen und auf welche Weise wird in Abwesenheit der Strafverteidigung ermittelt und die Beweiserhebung vor- und aufbereitet?
- Aushebelung von Fair-Trial-Prinzipien, Verteidigungsrechten und institutionellen Verfahrensgarantien
- Der Funktionswandel der Strafverteidigung

Referenten: Prof. Dr. Mark Pieth, Universität Basel (CH); Jürg Bühler, Vizedirektor Nachrichtendienst des Bundes (CH); Alberto Fabbri, Erster Staatsanwalt, Basel-Stadt (CH); Antonia von der Behrens, Rechtsanwältin in Berlin (D); Daniel Amelung, Rechtsanwalt in München (D); Konrad Jeker, Rechtsanwalt in Solothurn (CH); Manfred Gnjidic, Rechtsanwalt in Ulm (D); Dr. Stefan Schumann, Universität Linz (A).

Termin: 10. 6. 2016, ab 17:30 Uhr, und 11. 6. 2016, 9:00 bis 15:00 Uhr.

Ort: Rathaus Basel, Marktplatz 9, bzw Hotel Les Trois Rois, Blumenrain 8, 4001 Basel.

Anmeldung/Informationen: info@forum-strafverteidigung.ch.

ZWF-HALBJAHRESABO

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



AKTION
JETZT 20%
GÜNSTIGER!



BESTELLEN SIE JETZT IHR HALBJAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

ZWF-Halbjahresabo 2016 inkl. Onlinezugang und App

(2. Jahrgang 2016, Heft 4-6)

EUR 76,-

Jahresabo 2016 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

www.lindeverlag.at • office@lindeverlag.at • Fax: 01/24 630-53

Linde