

zwischen den beiden haftenden DN kein Regress erfolgen sollte, ist überhaupt unbegründet, aber auch eben nicht begründbar.

Dem DN wird auch bei Heranziehung durch einen *geschädigten* Dritten vom Gesetzgeber (§ 3 DHG) volle Haftung und Regress zugemutet! Dass der DG gegen den Dritten letztlich ungekürzt alles geltend machen können und dieser endgültig darauf „sitzen“ bleiben soll, erweist sich *bei verändertem Sachverhalt* als völlig unbillig: Bei fahrlässiger Schädigung kommt es nach § 1302 ABGB nur bei Unbestimmbarkeit der Anteile zur Solidarhaftung. Es mag aber sein, dass die Dienstnehmeranteile – so unsere Annahme – faktisch, wenn gleich nicht beweisbar 80 %, jener des Dritten 20 % sind. Und dann soll der etwa leicht fahrlässig handelnde Dritte gegenüber einem etwa grob fahrlässigen DN nicht regressieren können? *Nur das Innenverhältnis zwischen DG und DN ist nach Billigkeit zu gestalten, nicht aber die Außenverhältnisse!* Ein Regresszirkel (vgl meine Lösung, die den Wertungen des § 1302 ABGB und des DHG entspricht [Kerschner, DHG² § 2 Rz 67]) lässt sich allein dadurch vermeiden, dass man den DG aufgrund seiner Fürsorgepflicht anhält, gegen den Dritten nur einen um den Regress nach § 3 DHG (bzw § 1014 ABGB analog) gekürzten Betrag geltend zu machen (so schon Kerschner, DHG² § 2 Rz 67 aE).

Auf diese Weise trägt der DG – auch ohne komplizierten Regresszirkel – die „Last der arbeitsrechtlichen Enthaftung“. Das deckt sich mit der hA in Deutschland, wonach sich der Anspruch des DG gegen den Dritten um die Haftungsquote bzw den Verantwortungsteil des privilegierten DN mindert (vgl *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers³ [1998] Rz 161; *Mollenhauer*, Das gestörte Gesamtschuldverhältnis, NJ 2011, 1). Eine höchstgerichtliche Entscheidung steht angeblich auch in Deutschland noch aus (so *Schmieder*, Die gestörte Gesamtschuld – ein Normenkonflikt, JZ 2009, 189 [190]). Unabhängig von einer Verpflichtung des DG aus dem Arbeitsverhältnis lässt sich allerdings eine solche absolute Außenwirkung nicht vertreten. Denkbar wäre auch, dem DN in dem Umfang, welcher der Einschränkung iS der Arbeitnehmerhaftung entspricht, vom DG eine Freistellung von der Haftung zu verlangen (so in Deutschland *Schwab*, Arbeitsrecht-Handbuch¹⁴ [2011] Rz 68). Allerdings ist ein solcher Freistellungsanspruch im DHG nicht angelegt, kann sich somit wieder nur allenfalls aus der Fürsorgepflicht des DG ergeben (vgl *Kerschner*, DHG² § 3 Rz 22).

4. Obwohl die Abwägung der einzelnen Mäßigungselemente (vor allem grobe Fahrlässigkeit) auch nach dem OGH *keine deutliche Mäßigung* erlaubt hätte, hat der 8. Senat mehr als deutlich gemäßigt, um eine Existenzgefährdung der DN zu vermeiden. Die vom OGH angenommene *Kontrollrechnung* ist im DHG nirgends ausdrücklich zu finden. Die konkreten Vermögens- und Familienverhältnisse der beiden DN haben dazu geführt. Obwohl der 8. Senat die diesbezüglichen kritischen Lehrmeinungen anführt (vgl nur *Kerschner*, DHG² § 2 Rz 54 f), hat er dennoch letztlich diese Kriterien massiv durchschlagen lassen. ME ist dieser Weg – schon aus Gleichheitsgründen – nur gangbar, wenn man die Vermögensverhältnisse auf der Dienstgeberseite ebenso berücksichtigt. Man braucht nur den Fall so variieren, dass der kleinunternehmerische Schrotthändler durch den Schaden der Nichtlieferung in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht oder gar – ohne ausreichenden Ersatz – vernichtet ist. Der Dritte kann ja insolvent sein! Es gibt viele Klein- und Mittelbetriebe, deren Vermögensverhältnisse schlecht sind. An die „Neuen Selbstständigen“ sei nur erinnert. Hat man demnach die konkreten Vermögensverhältnisse (einschließlich Sorgepflichten) zu beachten, so bleibt

die dogmatische Begründung der „Kontrollrechnung“ offen. Sie kann sich nur aus dem Gesamtzweck der Dienstnehmerhaftungsmilderung ergeben: Härtefälle, die eine Existenzgefährdung des DN bewirken, sollen vermieden werden (so schon *Kerschner*, DHG² Einleitung Seite 4 Abs 2). „Der Rsp ist es auch bisher gelungen, die betroffenen DN vor einer existenzvernichtenden oder existenzbedrohenden Haftung zu bewahren“ (*Kerschner*, DHG² Einleitung Seite 7). Das Gesamtergebnis und somit die Belastung des DN sind maßgeblich. Das ist der Funktion der Dienstnehmerhaftung quasi immanent. Hier hat der 8. Senat die beiden DN, die durchaus als „wohlhabend“ zu qualifizieren sind, mE aber mit einer Haftung in Höhe von € 60.000,- mit zu großen Samthandschuhen angefasst. Gerade bei grober Fahrlässigkeit hätte man aus präventiven Gründen mE höher ansetzen müssen.

Univ.-Prof. Dr. *Ferdinand Kerschner*

Strafsachen

Der Sachverständige im Strafprozess, Fragestellung im Geschworenenverfahren und Urteilsangleichung

§ 127 Abs 3, § 270 Abs 3, §§ 312 ff, 342, 345 StPO:

Ein Befund ist unbestimmt, wenn die Erörterungen des Sachverständigen nicht verständlich oder nicht nachvollziehbar sind oder ihnen nicht zu entnehmen ist, welche Tatsachen der Sachverständige als erwiesen angenommen hat, wenn der Befund in sich widersprüchlich ist oder wenn er nicht erkennen lässt, aus welchen Gründen der Sachverständige zu den darin festgestellten Tatsachen kommt. Der Befund kann iS des § 127 Abs 3 S 1 StPO nur aus sich selbst heraus, nicht aber durch den Vergleich mit einem eigenständig erhobenen Befund in Frage gestellt werden.

Ein Gutachten ist dann (außer dem Fall der Widersprüchlichkeit) „sonst mangelhaft“ iS des § 127 Abs 3 S 1 StPO, wenn es unschlüssig, unklar oder unbegründet ist, den Gesetzen der Logik widerspricht oder nicht mit den gesicherten Erkenntnissen der Wissenschaft übereinstimmt.

Eine Zusatzfrage und eine Eventualfrage erfordern ein entsprechendes Vorbringen von Tatsachen in der Hauptverhandlung. Nicht durch Verfahrensergebnisse indizierte, bloß abstrakt denkbare Möglichkeiten sind nicht Gegenstand der Fragestellung an die Geschworenen.

Allfällige Abweichungen der Wiedergabe des Wahrspruchs in der Urteilsausfertigung von dessen tatsächlichem Inhalt sind ohne Nichtigkeitsrelevanz.

Die Angleichung der Urteilsurschrift an das verkündete Urteil stellt keine Berichtigung iS des § 270 Abs 3 StPO dar. Die Wiedergabe des Wahrspruchs in der Urteilsausfertigung ist keineswegs mit der in § 260 Abs 1 Z 1 (iVm § 342) StPO geregelten Tatbeschreibung gleichzusetzen.

OGH 10.05.2012, 13 Os 141/11a, 160/11w (LGSt Wien 07.09.2011, 605 Hv 2/11a)

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Herbert M. aufgrund des Wahrspruchs der Geschworenen des Verbrechens des Mordes nach § 75 StGB (I) und des Vergehens der Störung der Totenruhe nach § 190 Abs 1 StGB (II) schuldig erkannt.

Danach hat er am 07.06.2010 in Wien

(I) Kamil P. durch drei gegen den Kopf gerichtete Schüsse aus einer Waffe vorsätzlich getötet und

(II) im Anschluss an die zu I beschriebene Tat den Leichnam des Kamil P. durch Abtrennen der Extremitäten und Zersägen von Leichenteilen misshandelt.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen aus Z 5, 6, 10a, 11 lit a, Z 12 und 13 des § 345 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde (NB) des Angeklagten geht fehl.

Entgegen der Verfahrensrüge (Z 5) wurden durch die Abweisung des Antrags auf Verlesung eines Privatgutachtens Verteidigungsrechte nicht verletzt, weil solche Gutachten weder unter Abs 1 noch unter Abs 2 des § 252 StPO fallen (13 Os 151/08t; *Hinterhofer* in *Fuchs/Ratz* [Hg], Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung [WK StPO] § 125 Rz 25; *Kirchbacher* in *WK StPO* § 252 Rz 40).

Zum diesbezüglichen Einwand fehlender Waffengleichheit (Art 6 Abs 1 EMRK) sei ergänzt, dass der Sachverständige Ing. DI Prof. Dr. Z. keineswegs „vom Ankläger“, sondern vom Gericht beigezogen worden ist. Der Umstand, dass zuvor schon die StA Wien als – im Übrigen wie das Gericht zur Objektivität verpflichtete (Art 90a B-VG, § 3 StPO) – Leiterin des Ermittlungsverfahrens (§ 20 Abs 1 StPO) den genannten Sachverständigen mit der Erstattung eines schriftlichen Gutachtens beauftragt hatte, vermag hieran nichts zu ändern. Hinzu kommt, dass der Angeklagte gemäß § 249 Abs 3 S 1 StPO zur Befragung eines Sachverständigen ohnedies eine Person mit besonderem Fachwissen beziehen kann, der Beschwerdeführer von dieser Möglichkeit aber nicht Gebrauch gemacht hat.

Die Fragen an den Sachverständigen Ing. DI Prof. Dr. Z. „gibt es eine Variante, die der Variante, wie sie der Angeklagte geschildert hat, ähnlich ist und die technisch möglich ist“ und „muss man die Handlung in geringem Ausmaß abwandeln, damit sie technisch nachvollziehbar ist, aus ihrer Sicht“ wies der Schwurgerichtshof – ungeachtet dessen, dass die Zulassung von Fragen primär in die Kompetenz des Vorsitzenden fällt (§ 249 Abs 2 iVm § 302 Abs 1 StPO) – mit Recht zurück. Die Zulässigkeit von Fragen wird nämlich unter anderem durch die Prozessrolle der zu befragenden Person determiniert. In Bezug auf einen Sachverständigen bedeutet dies, dass nur solche Fragen zuzulassen sind, die sich auf dessen Befund oder Gutachten beziehen oder die dazu dienen, den Sachverständigen aus dem Blickwinkel seines Fachgebiets mit anderen Verfahrensergebnissen zu konfrontieren, wogegen die angeführten Fragen keinerlei Aktenbezug aufwiesen und auf das Anstellen bloßer Spekulationen gerichtet waren.

Entsprechendes gilt für die – ebenfalls zurückgewiesene – Frage „ist es möglich, wenn man annimmt der Widerstand war gering und vorausgesetzt der Angeklagte hat die Waffe von unten genommen, dass er auch die Waffe nach unten drückt“.

Ein weiterer Sachverständiger ist nach § 127 Abs 3 S 1 StPO – soweit im gegebenen Zusammenhang bedeutsam – nur dann beizuziehen, wenn der Befund unbestimmt oder das Gutachten widersprüchlich oder sonst mangelhaft ist und sich die Bedenken nicht durch Befragung beseitigen lassen. Erachtet das Gericht – wie hier – diese Voraussetzungen als nicht gegeben, muss in einem auf Beiziehung eines weiteren Sachverständigen gerichteten Antrag (§ 55 Abs 1 StPO) fundiert dargetan werden, warum Befund oder Gutachten aus Sicht des Antragstellers dennoch im beschriebenen Sinn mangelhaft sein sollen (*Hinterhofer* in *WK StPO* § 127 Rz 16).

Ein Befund ist unbestimmt, wenn die Erörterungen des Sachverständigen nicht verständlich oder nicht nachvollziehbar sind oder ihnen nicht zu entnehmen ist, welche Tatsachen der Sachverständige als erwiesen angenommen hat, wenn der Befund in sich widersprüchlich ist oder wenn er nicht erkennen lässt, aus welchen Gründen der Sachverständige zu den darin festgestellten Tat-

sachen kommt. Demgemäß kann der Befund iS des § 127 Abs 3 S 1 StPO nur aus sich selbst heraus, nicht aber durch den Vergleich mit einem eigenständig erhobenen Befund (zB jenem eines Privatgutachters) in Frage gestellt werden (15 Os 95/10z; *Hinterhofer* in *WK StPO* § 127 Rz 19–21).

Ein Gutachten ist dann (außer dem Fall der Widersprüchlichkeit) „sonst mangelhaft“ iS des § 127 Abs 3 S 1 StPO, wenn es un schlüssig, unklar oder unbegründet ist, den Gesetzen der Logik widerspricht oder nicht mit den gesicherten Erkenntnissen der Wissenschaft übereinstimmt (*Hinterhofer* in *WK StPO* § 127 Rz 24 f).

Da der Beschwerdeführer in seinem Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens aus dem Bereich des Schießwesens Mängel der dargestellten Art in Befund oder Gutachten des Sachverständigen Ing. DI Prof. Dr. Z. nicht substantiiert behauptete, wies der Schwurgerichtshof diesen Beweisantrag mit Recht ab.

Das den Antrag ergänzende Beschwerdevorbringen hat aufgrund des hier geltenden Neuerungsverbots auf sich zu beruhen.

Der Einwand der Fragenrüge, die Hauptfrage nach dem Verbrechen des Mordes sei nicht darauf gerichtet gewesen, ob der Beschwerdeführer Kamil P. „vorsätzlich“ getötet habe, entfernt sich von der Aktenlage.

Auf die in diesem Zusammenhang erhobene Beschwerde gegen den Angleichungsbeschluss vom 17.11.2011 wird im Rahmen der Beantwortung der Rechts- und der Subsumtionsrüge eingegangen werden.

Die in § 312 Abs 1 S 2 StPO enthaltene Anordnung hinsichtlich der Entschädigungsansprüche betrifft die Individualisierung der Tat (vgl. RIS-Justiz RS0100725), also deren hinreichende Abgrenzung im Tatsächlichen nach Ort, Zeit, Gegenstand und dergleichen (*Schindler* in *WK StPO* § 312 Rz 24). Über diese Individualisierungsfunktion hinausgehende Aspekte privatrechtlicher Ansprüche können zu Gunsten des Angeklagten (nicht – wie hier – mit NB, sondern) nur mit Berufung releviert werden (§ 283 Abs 1 und 4 iVm § 344 StPO).

Der Beschwerde zuwider unterblieben eine Zusatzfrage nach dem Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 3 StGB) und eine Eventualfrage nach dem Verbrechen des Totschlags (§ 76 StGB) zu Recht. Beide hätten ein entsprechendes „Vorbringen“ von Tatsachen in der Hauptverhandlung (HV), also Verfahrensergebnisse erfordert, die – wären sie im schöffengerichtlichen Verfahren vorgekommen – bei sonstiger Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 5 Fall 2 StPO erörterungsbedürftig gewesen wären (*Ratz* in *WK StPO* § 345 Rz 42), was hier nicht der Fall war:

Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der HV mehrfach behauptete, vor der Tat von Kamil P. mit einer Waffe bedroht worden zu sein, keineswegs verantwortete er sich hingegen dahin, Kamil P. aufgrund eines gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriffs auf ein notwehrfähiges Gut vorsätzlich getötet zu haben. Nach dem ungerügten Protokoll über die HV sagte der Beschwerdeführer vielmehr (zusammengefasst) aus, die tödlichen Schüsse hätten sich aufgrund eines Handgemenges ohne ein bewusstes seinerseitiges Zutun gelöst. Die aus dieser Verantwortung ableitbaren Sachverhaltsvarianten, nämlich entweder ein Unfalltod oder eine fahrlässige Tötung mittels einer Schusswaffe, sind aber durch das Fragenschema, konkret durch die Möglichkeiten der ersatzlosen Verneinung der Hauptfrage nach dem Verbrechen des Mordes und der Bejahung der Eventualfrage nach dem Vergehen der fahrlässigen Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen, abgedeckt.

Der Umstand, dass der Sachverständige am Tatort eine Einschussspur im Boden befundet hat, indiziert – entgegen der Beschwerde – ebenso wenig ein Handeln in Notwehr.

Nicht durch Verfahrensergebnisse indizierte, bloß abstrakt denkbare Möglichkeiten sind aber nicht Gegenstand der Fragestellung an die Geschworenen (RIS-Justiz RS0100420; RS0101072; *Schindler* in WK StPO § 313 Rz 12 f).

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass das Unterbleiben einer Zusatzfrage zur allfälligen Rechtfertigung des Vergehens der fahrlässigen Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen (*Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht [1974] 151 f; *Lewis* in Höpfel/Ratz [Hg], Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² [WK StGB²] § 3 Rz 128) hier nicht geltend gemacht werden kann, weil die Beantwortung der diesbezüglichen Eventualfrage infolge Bejahung der Hauptfrage unterblieben ist (§ 345 Abs 3 StPO; 14 Os 41/02 = SSt 64/90; 11 Os 143/04 = SSt 2005/22).

Das Vorbringen zur vermissten Eventualfrage nach dem Verbrechen des Totschlags entbehrt jeglicher Bezugnahme auf in der HV Vorgekommenes.

Soweit die Tatsachenrüge (Z 10a) Verfahrensergebnisse aufzuzeigen sucht, die aus ihrer Sicht für die Annahme des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr (§ 3 StGB) sprechen, genügt der Hinweis, dass den Geschworenen eine diesbezügliche Zusatzfrage gar nicht gestellt worden ist.

In Bezug auf die Kritik am Gutachten des Sachverständigen Ing. DI Prof. Dr. Z. wird zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zur Verfahrensrüge verwiesen.

Im Übrigen entwickelt die Beschwerde ihre Argumente nicht aus in der HV Vorgekommenem (*Ratz* in WK StPO § 345 Rz 12).

Die Rechtsrüge (Z 11 lit a, nominell verfehlt auch Z 12), die hinsichtlich des Schuldspruchs wegen des Verbrechens des Mordes (I) einen fehlenden Ausspruch der Geschworenen zur subjektiven Tatseite einwendet, geht nicht vom Wahrspruch aus und verfehlt solcherart den im geschworenengerichtlichen Verfahren (auf der Tatsachenebene) gerade darin gelegenen Bezugspunkt materieller Nichtigkeit (*Ratz* in WK StPO § 281 Rz 613).

Allfällige Abweichungen der Wiedergabe des Wahrspruchs in der Urteilsausfertigung (§ 342 S 3 StPO) von dessen tatsächlichem Inhalt sind ohne Nichtigkeitsrelevanz (RIS-Justiz RS0101323; *Philipp* in WK StPO § 342 Rz 6; *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 613).

Es sei daher nur der Vollständigkeit halber festgehalten, dass das Erstgericht die Urteilsausfertigung insoweit ohnedies an den Wahrspruch angeschlossen. Der Einwand, § 270 Abs 3 S 1 StPO verbiete dies in Bezug auf die in § 260 Abs 1 Z 1–3 und Abs 2 StPO erwähnten Punkte, trifft nicht zu, weil die Angleichung der Urteilsurschrift an das verkündete Urteil gerade keine Berichtigung iS des § 270 Abs 3 StPO darstellt (*Danek* in WK StPO § 270 Rz 56). Ergänzt sei, dass die Wiedergabe des Wahrspruchs in der Urteilsausfertigung keineswegs gleichzusetzen ist mit der in § 260 Abs 1 Z 1 StPO (iVm § 342 StPO) geregelten Tatbeschreibung (*Ratz* in WK StPO § 281 Rz 613).

Da das Gericht an den verkündeten Wahrspruch der Geschworenen (§ 340 StPO) ebenso gebunden ist wie an den verkündeten Urteilsspruch, gilt insoweit auch für die Angleichung nichts anderes als für diesen (vgl *Danek* in WK StPO § 270 Rz 56).

Der OGH hält demnach fest, dass die Angleichung der Urteilsausfertigung an Wahr- und Schuldspruch zu Recht erfolgte, womit auch die Beschwerde gegen den diesbezüglichen Beschluss der Vorsitzenden erledigt ist (RIS-Justiz RS0126057).

Aus Gründen der Vollständigkeit wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auch eine (bloß) dem Text des § 75 StGB entsprechende Formulierung der betreffenden Frage an die Geschworenen (und demnach auch ein damit korrespondierender Wahrspruch) die erforderliche subjektive Tatseite unmissverständlich zum Ausdruck bringt, weil zufolge § 7 Abs 1 StGB nur vorsätzliches Handeln strafbar ist, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt (13 Os 22/06v = EvBl 2006/95, 510; vgl auch RIS-Justiz RS0089093; RS0113270).

Indem die Sanktionsrüge (Z 13) die Sachverhaltsannahmen zu im Rahmen der Strafbemessung angewendeten Rechtsvorschriften bekämpft, verlässt sie den Anfechtungsrahmen des herangezogenen Nichtigkeitsgrundes (*Ratz* in WK StPO § 281 Rz 692 f).

Dass die Rechtsansicht, das Nachtatverhalten sei im Rahmen der Strafbemessung niemals zu berücksichtigen, nicht zutrifft, zeigt schon der Vergleich mit den gesetzlich vorgesehenen besonderen Strafbemessungsgründen (§ 34 Abs 1 Z 14–18 StGB).

Auch ist (in Bezug auf die Strafbemessung) das Beseitigen von Spuren nicht generell mit einer leugnenden Verantwortung gleichzusetzen, vielmehr insoweit stets auf die Besonderheiten des Einzelfalls abzustellen. So kann – wie hier vom Erstgericht angenommen – aus „Vernichten nahezu jeglicher Spuren durch Versenken der Leichenteile und der Tatwaffe in der Donau, akribischen Putzen und Ausmalen der Wohnung zwecks Beseitigung der Blut-/DNA-Spuren, Verbringung der Couch, in welcher sich ein Einschussloch befand; Diebstahl der Videoaufzeichnung“ durchaus ein Rückschluss auf die Täterpersönlichkeit oder die Tatausführung gezogen werden, welche Parameter wiederum im Rahmen der allgemeinen Grundsätze der Strafbemessung (§ 32 Abs 2 und 3 StGB) zu berücksichtigen sind (vgl *Ebner* in WK StGB² § 32 Rz 42).

In diesem Sinn sah auch die von der Generalprokurator insoweit angeführte Entscheidung 15 Os 153/02 in der (ebenfalls bei der Strafbemessung infolge eines Schuldspruchs wegen des Verbrechens des Mordes vorgenommenen) aggravierenden Wertung des Verbringens der Leiche in eine Mülltonne nicht den Nichtigkeitsgrund des § 345 Abs 1 Z 13 StPO als verwirklicht an, sondern ging im Rahmen der Entscheidung über die Berufung davon aus, dass das beschriebene Nachtatverhalten – einzelfallbezogen („unter den gegebenen Umständen“) – bei der Strafbemessung nicht zu veranschlagen sei.

Für eine Antragstellung auf Aufhebung des § 345 Abs 1 StPO beim VfGH besteht – wie der OGH erst jüngst wiederholt dargelegt hat (15 Os 181/09w; 12 Os 48/11t = EvBl 2011/121, 830) – keine Veranlassung.

Die NB war somit zu verwerfen.

Das Geschworenengericht verhängte über Herbert M. nach § 75 StGB die lebenslange Freiheitsstrafe und wertete bei der Strafbemessung das Zusammentreffen eines Verbrechens mit einem Vergehen, vier auf der gleichen schädlichen Neigung beruhende Vorstrafen, den „relativ“ raschen Rückfall und die Tatbegehung innerhalb offener Probezeit erschwerend, das Teilgeständnis als mildernd.

Die gegen den Strafausspruch erhobene Berufung des Angeklagten, die auf eine Herabsetzung der Freiheitsstrafe zielt, ist nicht im Recht.

Die Berufung weist zwar zutreffend darauf hin, dass der Angeklagte gegen ihn gerichtete, von Kamil P. ausgehende Drohungen geschildert und der Sachverständige Ing. DI Prof. Dr. Z. eine Bedrohungssituation aufgrund des objektiven Spurenbildes aus schießtechnischer Sicht als wahrscheinlich bezeichnet hat. Dafür, dass im – hier relevanten – Zeitpunkt der mit Tötungsvorsatz vorgenommenen Schussabgabe eine Konstellation vorgelegen sei, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtferti-

gungsgrund nahekam (§ 34 Abs 1 Z 11 StGB), lieferten diese Verfahrensergebnisse aber keine Anhaltspunkte.

Anders als das Erstgericht zieht der OGH – iS der Berufung – aus dem Nachtatverhalten fallbezogen keine für die allgemeinen Grundsätze der Strafbemessung (§ 32 StGB) bedeutsamen Rückschlüsse, weil die Täterpersönlichkeit (§ 32 Abs 2 StGB) des Angeklagten durch dessen Vorleben hinreichend beleuchtet ist und eine besonders sorgfältige Vorbereitung der Tat (§ 32 Abs 3 StGB) hier nicht in Rede steht.

Im Hinblick darauf, dass mehreren Erschwerungsgründen nur ein einziger Milderungsgrund gegenübersteht, dieser (nicht das Verbrechen des Mordes [I], sondern) bloß das Vergehen der Störung der Totenruhe (II) betrifft und der Angeklagte nur wenige Monate nach der bedingten Entlassung aus einer wegen des Verbrechens des Mordes erlittenen elfjährigen Freiheitsstrafe erneut vorsätzlich einen Menschen tötete, bleibt für eine Reduktion der vom Erstgericht ausgesprochenen lebenslangen Freiheitsstrafe aber ungeachtet dessen kein Raum.

Das Erstgericht erkannte den Angeklagten gemäß § 366 Abs 2, § 369 Abs 1 StPO schuldig, der Mutter und der Schwester des Kamil P. jeweils € 500,- an Schmerzensgeld zu zahlen.

Die gegen dieses Adhäsionserkenntnis gerichtete Berufung schlägt fehl.

Der OGH anerkennt in stRsp (bei grober Fahrlässigkeit oder – wie hier – Vorsatz) einen Anspruch auf Trauerschmerzensgeld als Abgeltung des Seelenschmerzes über den Verlust naher Angehöriger, der zu keiner eigenen Gesundheitsschädigung iS des § 1325 ABGB geführt hat, soweit zwischen den Angehörigen eine intensive Gefühlsgemeinschaft besteht (RIS-Justiz RS0115189). Da eine solche zwischen Eltern und Kind (soweit – wie hier – nicht Gegenteiliges bewiesen wird) stets zu vermuten ist (2 Ob 141/04f = JBl 2004, 792; 2 Ob 263/06z = ZVR 2007/239, 381), ist der Zuspruch von € 500,- aus dem genannten Titel an die Mutter des Kamil P., Krystina U., keinesfalls zu beanstanden.

In Bezug auf die Schwester des Kamil P., Patrizia E., ist – da nach der Aktenlage keine gemeinsame Haushaltszugehörigkeit vorlag – der Grad der Gefühlsbeziehung zu prüfen (2 Ob 90/05g = SZ 2005/59). Ausgehend von den unwiderlegten Angaben der Patrizia E., wonach sie zu ihrem Bruder ein inniges Verhältnis unterhielt, ihn nach seiner Haftentlassung bei Behördenwegen unterstützte und ihm ihre Wohnung überließ, sowie dem Umstand, dass sie der Tod ihres Bruders derart berührte, dass ihre diesbezügliche Vernehmung beendet werden musste, ist eine Gefühlsbeziehung, die den vom Erstgericht vorgenommenen Zuspruch von € 500,- an Trauerschmerzensgeld rechtfertigt, hinreichend dargetan.

Gleichzeitig mit dem Urteil widerrief das Erstgericht die bedingte Entlassung aus einer – ebenfalls wegen des Verbrechens des Mordes verhängten – elfjährigen Freiheitsstrafe.

Die dagegen erhobene Beschwerde des Angeklagten ist nicht im Recht.

Der Umstand, dass der Vollzug eines Strafteils von rund zehn Jahren und zehn Monaten wegen des Verbrechens des Mordes den Angeklagten nicht von weiterer Delinquenz abzuhalten vermochte, er vielmehr nur wenige Monate nach der bedingten Entlassung neuerlich das Verbrechen des Mordes beging, indiziert geradezu zwingend, dass es aus spezialpräventiven Gründen unumgänglich ist, auch den Strafrest zu vollziehen (§ 53 Abs 1 S 1 StGB).

* * *

1. Der Verfasser dieser Glosse hat in der Besprechung dieser Entscheidung ausschließlich den Fokus auf die

rechtlichen Ausführungen des OGH im Zusammenhang mit der Rolle von Privatsachverständigen im Hauptverfahren und der Verlesung bzw Erörterung von deren Gutachten im Prozess gelegt. Das Thema der Stellung von (Privat-)Sachverständigen und die Berücksichtigung von deren Gutachten im Hauptverfahren hat bereits in jüngster Zeit und wird insbesondere auch noch in naher Zukunft in zahlreichen, auch medial stark begleiteten, (Wirtschafts-)Strafprozessen eine prominente Rolle einnehmen. So gesehen kann diese Entscheidung des OGH vom 10.05.2012, obwohl dieser gerade kein Wirtschaftsstrafverfahren zu Grunde liegt, sehr gut unter dem Blickwinkel zu dem derzeit in der Literatur und in der Praxis stark diskutierten Thema bezüglich der rechtlichen Einordnung von (Privat-)Sachverständigen in (Wirtschafts-)Strafverfahren betrachtet und analysiert werden.

2. Der OGH geht explizit auf die Entscheidung des Erstgerichts bezüglich der Abweisung des Antrages auf Verlesung eines Privatgutachtens ein. Nach Ansicht des OGH (unter Verweis auf die entsprechenden Lehrmeinungen von *Hinterhofer* und *Kirchbacher* im WK StPO) fallen Gutachten von Privatsachverständigen weder unter Abs 1 noch unter Abs 2 des § 252 StPO. Das Erstgericht hat somit nach Ansicht des OGH zu Recht den Antrag auf Verlesung des Gutachtens der Verteidigung abgewiesen. Diese Rechtsansicht des OGH ist als solche auch nicht sonderlich überraschend, stützt sich diese doch auf eine jahrzehntelang entwickelte Rsp (vgl dazu beispielsweise die entsprechenden Nachweise in *Fabrizy*, StPO¹¹ § 126 Rz 9). Freilich ist zu konstatieren, dass diese höchstrichterliche Rsp zum ganz überwiegenden Teil noch zur alten Rechtslage, also vor Inkrafttreten der umfassenden Strafprozessreform BGBl I 19/2004, in Kraft getreten mit 1. 1. 2008, ergangen ist.

3. Hinlänglich bekannt ist nun aber, dass im Zuge der Reform durch BGBl I 19/2004 das Vorverfahren grundsätzlich neu strukturiert worden ist. So halten *Pilnacek/Pleischl* (Das neue Vorverfahren [2005]) bereits im Vorwort ihres Buches zutreffend fest, dass das grundlegende Neue an der Reform in erster Linie in der nun „einheitlichen Struktur des sogenannten Vorverfahrens, sohin dem Verfahren bis zum Einbringen der Anklage liegt. Die bisherige Teilung in mehrere Verfahrensarten mit unterschiedlichen Leitungskompetenzen wird zugunsten eines einheitlichen, von Kriminalpolizei und StA kooperativ geführten Ermittlungsverfahrens aufgegeben. Die faktische Ermittlungskompetenz der Kriminalpolizei“ – so die Autoren weiter – „wird anerkannt, andererseits strafverfahrensrechtlichen Leitprinzipien und der rechtlichen Leitung der StA untergeordnet. Die StA hat das Ermittlungsverfahren zu leiten und über die Form der Beendigung zu entscheiden. Ermittlungen und Beweisaufnahmen nimmt das Gericht nur (mehr) in Ausnahmefällen vor; eine gerichtliche Voruntersuchung ist nicht mehr vorgesehen“. Die Aufgabe des Gerichts wandelt sich im Vorverfahren sohin zu einer reinen (wie die Autoren vermeinen: umfassenden) Kontrollinstanz.

4. Es ist sohin unschwer zu erkennen, dass dergestalt ein Paradigmenwechsel erfolgt ist. Die Leitungs- und Entscheidungsbefugnis im Vorverfahren ist ganz eindeutig und vollumfassend von Seiten des Gerichtes weg und zur StA hin übertragen worden. Seit Inkrafttreten der Reform ist es daher der StA, der das Ermittlungsverfahren leitet. Es liegt daher auch (zumindest im Regelfall) in der alleinigen Entscheidung des StA, (i) ob er im Rahmen des Vorverfahrens einen Sachverständigen bestellt, (ii) welche Person er hiezu auswählt und (iii) welchen konkreten Gutachtensauftrag (Fragenkatalog) er an diesen erteilt (vgl dazu § 126 Abs 3 S 1 StPO; näher zu alledem *Wess*, Aktuelle Rechtsfragen zur Stellung des Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren, in *Lewis*

[Hg], Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 117 ff). War die Bestellung des Sachverständigen früher dem Untersuchungsrichter vorbehalten, so ist das im Vorverfahren nunmehr Aufgabe des StA.

5. Wenngleich daher bereits der alte Wortlaut des § 252 StPO lediglich von „Gutachten von Sachverständigen“ gesprochen hat und damit – entgegen den Ausführungen des OGH in der nunmehrigen Entscheidung – keineswegs der Gesetzestext von vornherein ein Beweismittelverbot bezüglich Gutachten von Privatsachverständigen normiert hat (vgl dazu beispielsweise *Moringe*, Der Sachverständige in Wirtschaftsstrafsachen und Probleme der Sicherung eines fairen Verfahrens, in FS Miklau [2006] 353 ff), ist nach der neuen Rechtslage das Spannungsverhältnis jedenfalls offensichtlich, insbesondere dann, wenn die Verteidigung bereits im Vorverfahren anderslautende Gutachten als jene, welche die StA in Auftrag gegeben hat, vorlegt. Im Vorverfahren ist eine solche Konstellation für sich allein betrachtet noch rechtlich relativ unproblematisch. Da nun aber im (gerichtlichen) Hauptverfahren in nahezu 100 % der Fälle der (vormals) von der StA bestellte Sachverständige zum Gerichtssachverständigen mutiert und der Sachverständige der Verteidigung wiederum zum Gerichtssachverständigen nicht zugelassen und dessen Gutachten aus dem Vorverfahren im Hauptverfahren nicht verlesen und nicht erörtert werden dürfen (ein solcher ausdrücklich formulierter Antrag auf Nichtverlesung der Gutachten der Verteidigung findet sich regelmäßig in der Anklageschrift der StA), kann darin – entgegen der Ansicht des hier entscheidenden Senates – sehr wohl eine Konventionswidrigkeit iS des Art 6 Abs 3 lit d EMRK erblickt werden. So gesehen kann daher auch nicht die Begründung des OGH überzeugen, wonach in concreto „der Sachverständige Ing. DI Prof Dr Z. keineswegs ‚vom Ankläger‘, sondern vom Gericht beigezogen worden ist“. Der OGH verneint, dass der Sachverständige „ohnehin“ zur Objektivität verpflichtet wäre und der Umstand allein, dass dieser vorab von der StA Wien bestellt worden sei, nicht hinderlich wäre. Diesen Ausführungen ist nämlich mit entsprechender Deutlichkeit entgegenzuhalten, dass bereits der Anschein der Befangenheit nach dem Gesetz einen Ablehnungsgrund bildet (siehe dazu § 126 Abs 4 iVm § 47 Abs 1 Z 3 StPO). Faktum ist nun weiters, dass der StA, der der Leiter des Ermittlungsverfahrens war, sich im Zuge des Hauptverfahrens, wie das Gesetz ausdrücklich festhält, zu einer der Verfahrensparteien („Beteiligte des Verfahrens“) wandelt (§ 210 Abs 2 StPO). Wesentliche Grundlage einer Anklage der StA ist nun aber regelmäßig jenes Gutachten, das die StA vorab im Vorverfahren bei „ihrem“ (iS: von der StA autonom bestellten) Sachverständigen in Auftrag gegeben hat. Bei entsprechender Personenidentität hat daher der nunmehrige Gerichtssachverständige sein eigenes (!) Gutachten aus dem Vorverfahren, das wesentliche Grundlage der Anklage der StA war, der Objektivität verpflichtend, kritisch zu hinterfragen. Es ist wohl unschwer zu erkennen, dass eine solche Konstellation in sehr vielen Fällen die (ex ante zu beurteilende) Gefahr in sich birgt, dass – um mit den Worten des Gesetzes zu sprechen – entsprechende Gründe vorliegen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit (des Sachverständigen) in Zweifel zu ziehen (§ 47 Abs 1 Z 3 StPO). Pointiert formuliert kann man daher sagen, dass der (oftmals entscheidende) Zeuge der Anklage in weiterer Folge zum Gerichtssachverständigen mutiert.

6. Dieses Ergebnis ist auch – wenn man so möchte – ganz bewusst in Kauf genommen worden. Wie *Pilnacek/Plöschl* (Das neue Vorverfahren Rz 543) festhalten, erscheint eine (weiterhin) „gerichtliche Auswahl und Bestellung von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren

mangels verfahrensleitender Kompetenz des Gerichts wenig zweckmäßig. Im Übrigen sollen Sachverständige ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit grundsätzlich durch Persönlichkeit und fachliche Kompetenz und nicht durch einen Bestellvorgang dokumentieren“. Schließlich hat man offensichtlich in diesem Bewusstsein, im Zuge der bereits mehrfach erwähnten Reform durch BGBI I 19/2004 einen § 126 Abs 4 letzter Satz StPO eingefügt, der festhält, dass im Hauptverfahren die Befangenheit eines Sachverständigen nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden kann, dass dieser bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist. Die Begründung des OGH in der aktuellen Entscheidung scheint sich offensichtlich an diesen Ausführungen respektive an dieser Gesetzesnovelle zu orientieren.

7. Selbst der OGH scheint aber nicht vollumfassend überzeugt davon zu sein, dass diese Konstellation pro futuro rechtlich nicht zu beanstanden ist. In seinem Tätigkeitsbericht (Grundlage dazu bildet § 12 OGHG) im März 2012 betreffend das abgelaufene Kalenderjahr hält der OGH fest, dass die Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese bereits im Ermittlungsverfahren wieder dem Gericht übertragen werden sollte. Das – so der OGH wortwörtlich in diesem Tätigkeitsbericht – „durch Wechsel der StA nach Anklageerhebung in die Rolle einer Verfahrensbeteiligten offensichtliche Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 3 lit d EMRK würde dadurch vermieden“ werden. Wenn man die Judikatur des EGMR näher analysiert, kann diesen Bedenken des OGH in seinem Tätigkeitsbericht nur zugestimmt werden. Auch der OGH hat daher zwischenzeitlich die derzeitige Regelung als zumindest verfassungsrechtlich problematisch erkannt. Dem Vorschlag des OGH in seinem Tätigkeitsbericht, die diesbezügliche Kompetenz der Bestellung im Vorverfahren wieder dem Gericht zu übertragen, kann aber aus verschiedensten Gründen nicht gefolgt werden. Wie bereits oben ausgeführt, ist seit 01.01.2008 die Leitungskompetenz im Vorverfahren mittlerweile ausschließlich und prominent der StA übertragen worden. Der frühere Untersuchungsrichter hat sich zum sogenannten Haft- und Rechtsschutzrichter (zur – wie oben bereits ausgeführt – Kontrollinstanz) gewandelt. Eine nunmehrige Bestellung des Sachverständigen im Vorverfahren durch den Haft- und Rechtsschutzrichter wäre ein reiner Formalakt, der mit keinerlei sonstigen Leitungsbefugnissen durch das Gericht verbunden wäre. Ungeachtet einer solchen Bestellung durch das Gericht, hätte der Sachverständige nämlich weiterhin alle laufenden inhaltlichen Besprechungen mit dem StA (und nicht mit dem Haft- und Rechtsschutzrichter) abzuhalten, der Sachverständige würde weiterhin im Vorverfahren Beschuldigten- und Zeugeneinvernahmen mit dem StA (oder der Kriminalpolizei) verrichten, bei diesen – in Absprache mit dem StA – entsprechende Fragen an die Zeugen und an die Beschuldigten stellen, bei Hausdurchsuchungen, die seitens der StA angeordnet werden, beiwohnen und in Absprache mit der StA verfahrensrelevante Unterlagen sichten sowie eine Beschlagnahme vorschlagen und andere Informationen von der StA einholen und all das in weiterer Folge in sein Gutachten einfließen lassen (kritisch zu diesem Vorschlag daher beispielsweise auch *Stuefer*, Wirtschaftsstrafrecht aktuell, das Rad nicht rückwärts drehen – Zur Frage der Bestellung von Sachverständigen im Strafverfahren, JSt 2/2012, 71).

8. Art 6 EMRK sieht vor, dass jedermann Anspruch auf ein faires Verfahren hat. In Art 6 Abs 3 lit d EMRK wird nun explizit festgehalten, dass dazu auch das Recht gehört, die Ladung und die Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie für die Belastungszeugen zu erwirken. Analysiert man nun jene bei-

den Urteile des EGMR mit Österreichbezug, die bis dato zum Themenkreis Sachverständigenbeweis ergangen sind (EGMR 06.05.1985, 9658/79 [Bönisch/Österreich]; 29.08.1991, 11170/84, 12876/87 [Brandstetter/Österreich] = ÖJZ 1992/3), dann ist zu konstatieren, dass der EGMR stets in der konkreten Fallkonstellation inhaltlich prüft, ob der (nunmehrige) Gerichtssachverständige in Wahrheit als sogenannter Zeuge der Anklage zu betrachten ist oder nicht. Wird dies bejaht und gleichzeitig festgestellt, dass dem Prozessgegner nicht dieselben Rechte (gleichsam auf Augenhöhe) eingeräumt sind, dann stellt der EGMR eine entsprechende Konventionswidrigkeit fest. Dem EGMR ist in einer Gesamtschau wichtig und wesentlich, ob das Verfahren, inklusive der Art, wie Beweise aufgenommen, zugelassen und beurteilt werden, fair iS des Art 6 Abs 1 EMRK war. Das Erscheinungsbild als Ganzes, sohin auch das Erscheinungsbild des Sachverständigen, ist daher stets – eingebettet in den gesamten Prozess – zu beurteilen und sodann inhaltlich zu prüfen. Kommt man dergestalt zu dem Ergebnis, dass der Sachverständige, in merito, als „Zeuge gegen den Angeklagten“ zu erachten ist, wird die Waffengleichheit verletzt, wenn der Angeklagte nicht seinerseits die gleichen Rechte eingeräumt bekommt (Wess in Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 117 ff mwN; insbesondere *Moringe* in FS-Miklau 353 ff). Berücksichtigt man all diese Erwägungen, dann können auch die Ausführungen des OGH in der aktuellen Entscheidung nicht überzeugen, wonach der Angeklagte bzw die Verteidigung gemäß § 249 Abs 3 S 1 StPO ohnehin zur Befragung eines Sachverständigen eine Person mit besonderem Fachwissen beiziehen konnte. Diese Gesetzesbestimmung zeigt nahezu gegenteilig auf, dass dem Angeklagten in diesem Zusammenhang gerade keine – wie aber vom EGMR gefordert – Rechte auf Augenhöhe eingeräumt sind. Ausschließlich zur Befragung des Gerichtssachverständigen darf eine solche Person seitens der Verteidigung beigezogen werden. Diese darf nun aber nach dem Gesetzeswortlaut den Verteidiger bei der Fragestellung lediglich unterstützen, ohne jedoch selbst (!) Fragen an den Sachverständigen richten zu dürfen. Wenn man dieses Recht nun mit den Rechten des (ursprünglich) Sachverständigen der StA und nunmehrigen Gerichtssachverständigen vergleicht (Personenidentität im Vor- und im Hauptverfahren, regelmäßige Anwesenheit samt Fragestellungen des Sachverständigen schon bei den Beschuldigten- und Zeugeneinvernahmen im Vorverfahren, Anwesenheit bei Zwangsmaßnahmen wie Hausdurchsuchungen samt entsprechenden Anleitungen an die einschreitenden Beamten bezüglich der zu beschlagnehmenden Unterlagen, durchgehende Präsenz des Sachverständigen während des gesamten Hauptverfahrens samt umfassenden Fragerechts gegenüber den Beschuldigten aber auch Zeugen im Hauptverfahren, umfassende Präsentation seines, im Vorverfahren im Auftrag der StA abgegebenen, Gutachtens im Hauptverfahren), dann lässt sich unschwer erkennen, dass ein eklatantes Ungleichgewicht zwischen den Rechten der Anklagebehörde und jenen der Verteidigung besteht.

9. Im konkreten Fall könnte die ablehnende Haltung des OGH auch unter Umständen darin begründet gewesen sein, dass man aus Sicht der Verteidigung derzeit, und zwar tunlichst gleich am Anfang einer HV, eine Mehrzahl an Anträgen zu stellen hat. Zunächst müsste mit obiger Begründung (Vorliegen des Anscheins einer Befangenheit) der Antrag gestellt werden, den (bisherigen) Sachverständigen der StA (da bei materieller Betrachtungsweise: Zeuge der Anklage) als Gerichtssachverständigen nicht zuzulassen, dessen Gutachten nicht zu verlesen und selbige nicht zu erörtern. Diese Anträge werden daher deckungsgleich mit jenem Antrag formu-

liert, der sich regelmäßig in der Anklageschrift betreffend das Gutachten des Privatsachverständigen der Verteidigung findet. Sollte das Erstgericht diesen Anträgen nicht folgen, dann wäre im Lichte der Waffengleichheit und unter Verweis auf Art 6 Abs 3 lit d EMRK der Antrag zu stellen, den Gutachter der Verteidigung ebenfalls zum Gerichtssachverständigen zu bestellen, dessen Gutachten ebenfalls zu verlesen und diese ebenfalls zu erörtern. Unter Berücksichtigung obiger Erwägungen kann und sollte ein Erstgericht dann entweder keine der beiden Personen zum Gerichtssachverständigen bestellen (sondern einen Dritten, siehe dazu im Übrigen die Regelung in § 127 Abs 3 StPO, die bis dato betreffend eines Obergutachters in der Praxis so gut wie keine Bedeutung hat) oder aber beide Personen und mit diesen entsprechend umfassend die materielle Wahrheit erforschen (vgl dazu § 3 StPO).

10. Den Autor dieser Glosse vermag auch das diesbezügliche Gegenargument nicht zu überzeugen, wonach derartige Konstellationen das Verfahren „unnötigerweise in die Länge ziehen würden“. § 126 Abs 4 letzter Satz StPO könnte nämlich insofern verfassungskonform interpretiert werden, als mit Zustimmung des Angeklagten selbstverständlich der Sachverständige der StA aus dem Vorverfahren auch zum Gerichtssachverständigen bestellt werden kann. Ohne eine solche, ausdrückliche Zustimmung durch den Angeklagten bzw die Verteidigung sollte freilich nur eine der beiden oben angeführten Optionen für das Gericht möglich sein. Gerade dann dient die Bestellung eines Obergutachters nämlich gerade nicht „unnötigerweise“ der Verfahrensverzögerung, sondern dem obersten strafrechtlichen Gebot, nämlich der Erforschung der materiellen Wahrheit. Im Übrigen hat sich bei komplexen Wirtschaftsstrafverfahren selbst ein im Vorverfahren bereits tätig gewesener Sachverständiger nochmals umfassend auf die HV vorbereiten, zumal seine Gutachten regelmäßig bereits Monate (wenn nicht sogar Jahre vorab) verfasst worden sind. Dergestalt betrachtet, kann die Begutachtung dieses Gutachtens aber auch durch einen Dritten (Obergutachter) erfolgen, der sich bei lege artis und auch ansonsten fachlich fundierten Gutachten im Übrigen genau auf diese Aussage reduzieren kann. Es erscheint auch schlichtweg unbefriedigend, wenn man den Privatgutachtern (die ebenfalls sehr oft gerichtlich beeedete Sachverständige sind) – zumindest implizit – deren Objektivität mit dem Argument abspricht, dass diese „auf Ersuchen von Prozessparteien für diese (meist honorierte) Gutachten abgeben“ (vgl die diesbezüglichen Ausführungen in *Fabrizy*, StPO¹¹ § 126 Rz 9). Auch die Gutachten, welche im Auftrag der StA im Vorverfahren in Auftrag gegeben werden, werden selbstverständlich honoriert. Das allein kann und soll daher keinesfalls ein Argument für oder gegen eine Zulassung eines Sachverständigen im Prozess sein. Es sollen an dieser Stelle auch die – im Ergebnis völlig zutreffenden – Ausführungen von *Pilnacek/Pleischl* (Das neue Vorverfahren Rz 543) in Erinnerung gerufen werden, wonach „Sachverständige ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit grundsätzlich durch Persönlichkeit und fachliche Kompetenz und nicht durch einen Bestellungsverfahren dokumentieren“ sollen. Für Privatsachverständige kann daher nichts anderes gelten. Auch diese müssen durch ihre Persönlichkeit und fachliche Kompetenz überzeugen und können nicht deshalb von vornherein außer Betracht bleiben, „nur“ weil sie im Auftrag der Verteidigung ein Gutachten erstattet haben.

11. Der OGH hält in seiner Entscheidung ausdrücklich fest, wann ein Befund für ihn unbestimmt ist und wann ein Gutachten aus seiner Sicht „sonst mangelhaft“ iS des § 127 Abs 3 S 1 StPO wäre. Dem ist aus Sicht des Verfassers dieser Glosse nur in einem einzigen Punkt zu wi-

dersprechen. Gerade in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren ist die Befundaufnahme durch den Sachverständigen essentiell für das Ergebnis seines in weiterer Folge zu erstattenden Gutachtens. Wenn nun beispielsweise die Befundaufnahme durch den Privatsachverständigen in wesentlichen Teilen mangelhaft, nur partiell (zB weil auch unvollständig durch die Prozesspartei informiert) oder sonst im Vergleich zum Sachverständigen der StA unvollständig erfolgt ist, dann ist es in Wahrheit ein Leichtes, die Ausführungen dieses Sachverständigen der Verteidigung im Zuge des Hauptverfahrens zu widerlegen. Wenn nun aber die Befundaufnahme des Privatsachverständigen völlig ident ist mit jener des Sachverständigen der StA, oder aber sogar umfassender, die beiden Sachverständigen jedoch in weiterer Folge zu diametral unterschiedlichen Ergebnissen in deren Gutachten kommen, dann erscheint es im Lichte des § 3 StPO geradezu zwingend geboten, dass sich beide dieser Personen im Hauptverfahren auf Augenhöhe begegnen können, um diesen Widerspruch für das Gericht aufzulösen. Eine solche Begegnung auf Augenhöhe kann nun aber nur dergestalt erfolgen, dass das Gericht entweder beide

Sachverständigen als Gerichtssachverständige zulässt, damit diese ihre Gutachten erörtern können, oder aber, dass das Gericht eine davon unterschiedliche dritte Person (oder gar keine Person) zum Gerichtssachverständigen bestellt und die beiden bisherigen Sachverständigen des Vorverfahrens als Zeugen der Anklage einerseits und der Verteidigung andererseits behandelt. Spätestens in einem solchen Fall führt nämlich der Vergleich dieser beiden Gutachten – zumindest vorläufig – zu dem Ergebnis, dass beide Gutachten (nochmals sei betont: vorläufig) „sonst mangelhaft“ – weil im Widerspruch zum anderen Gutachten stehend – sind.

12. Letztendlich kann diese Entscheidung (noch) nicht als richtungweisend für die zukünftige Rsp des OGH zu diesem Themenkomplex erachtet werden. Dafür war das in Rede stehende Thema in dem konkreten Verfahren wohl eindeutig zu wenig prominent besetzt und auch noch nicht mit entsprechendem Nachdruck seitens des Angeklagten releviert. Es bleibt daher nach wie vor mit Spannung zu erwarten, wie der OGH in Hinkunft derartige Fragestellungen beantworten wird.

RA Dr. Norbert Wess, LL.M., MBL

Literatur

Arnold, N. ea: Die GmbH & Co KG, Gedenkschrift für Wolf-Dieter Arnold. 488 S., Linde, Wien 2011. Geb. € 98,-. ISBN 978-3-707-31722-0.

Wolf-Dieter Arnold hätte eine Festschrift zum 70. Geburtstag erhalten sollen. Dass hieraus eine Gedenkschrift wurde, ist für alle, die ihn kannten und schätzten, ein schmerzlicher Umstand. Nun stattdessen die Autoren mit der vorliegenden Gedenkschrift ihm für sein Lebenswerk gebührenden Dank ab.

Arnold hat vor über 30 Jahren bereits am Standardwerk zur GmbH & Co KG von *Kastner/Stoll* mitgearbeitet. Es war daher naheliegend, die Gedenkschrift diesem Generalthema zu widmen und in einen gesellschaftsrechtlichen und abgabenrechtlichen Teil zu gliedern. Vergleicht man die Themenstellungen von damals mit den Beiträgen von heute, zeigt sich, dass die GmbH & Co KG nichts von ihrer Attraktivität eingebüßt hat. Die Fragestellungen, die von den Autoren der Gedenkschrift behandelt werden, zeigen aber eine markante dogmatische Weiterentwicklung, die es rechtfertigt, von einem Sonderrecht der GmbH & Co KG zu sprechen. Sie ist eben in vielen Belangen keine normale Personengesellschaft.

Besonders deutlich zeigt sich die Eigenständigkeit in gesellschafts- und unternehmensrechtlicher Hinsicht an den Beiträgen von *Kalss* (Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG), *Nowotny* (Gewinn, Entnahmen und Eigenkapital bei der GmbH & Co KG) *Schimka/Schörghofer* (Haftung der Gesellschafter einer GmbH & Co KG) und von *Schopper* (Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz). Das verstärkte Augenmerk, das die Autoren auf Fragen des Gläubigerschutzes und der Haftung legen, hängt letztlich mit Weiterentwicklungen beim Recht der Kapitalgesellschaften zusammen. Unter diesem Gesichtspunkt ist es allerdings bemerkenswert und zu begrüßen, dass *Kalss* in ihrem Beitrag nicht sklavische Nachahmung (insbesondere auch nicht zur insoweit einschlägigen Regelung in § 30d GmbHG) empfiehlt, sondern aus dem Normenbestand des UGB ein eigenständiges Haftungskonzept zum Schutz der Gläubiger gegen unzulässige Kapitalabflüsse entwickelt. Sie stellt zunächst die unterschiedlichen Konzepte der Finanzverfas-

sung und des Gläubigerschutzes gegenüber und ruft in Erinnerung, dass bei der gesetzestypischen KG eine Wechselwirkung „Einlage ersetzt Haftung und Haftung ersetzt Einlage“ besteht. Diese Wechselbeziehung basiert auf der gesetzestypischen Ausgestaltung der KG, bei der die gegebenenfalls entfallende Haftung der Kommanditisten durch die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person als Komplementär aufgewogen wird. Dass dieses Grundkonzept bei der Kombination beider Gesellschaften Defizite beim Gläubigerschutz erzeugt, wenn nämlich Vermögen an die Kommanditisten ausgekehrt wird, ist zwar keine neue Erkenntnis, hat aber vor allem durch die Entscheidung des OGH vom 29.05.2008, 2 Ob 225/07p = GesRZ 2008, 315 besondere Aktualität erlangt. Der OGH hat sich hier erstmals bei einer insolventen GmbH & Co KG ausdrücklich für die analoge Anwendung von § 82 f GmbHG ausgesprochen und sich damit der Linzer Schule (*Karollus*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 1996, 860 [861]; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 161 Rz 55; *Artmann*, Das „Ausmaß“ der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung, GesRZ 1999, 26 [29]) angeschlossen. Der dogmatische Ansatz von *Kalss* geht dem gegenüber in eine andere Richtung. Sie tritt dafür ein, das System des Kapitalschutzes bei der GmbH & Co KG aus dem Stammgesetz unmittelbar abzuleiten. Dafür bietet § 122 iVm § 161 UGB eine taugliche Grundlage: Sie weist nach, dass die nachhaltige Sicherung der Existenz der Gesellschaft nur durch eine rigide Handhabung des Schädigungsverbots des § 122 UGB gewährleistet sei. Aus dem dort normierten Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft ergäben sich das Verbot der Einlagenrückgewähr und die weitergehenden Haftungsüberlegungen.

Gegen diesen Ansatz spricht auf den ersten Anschein, dass die Regelung des § 122 UGB der Sicherung der Liquidität der Gesellschaft dient (deutlich: *Priester* in *MünchKomm HGB*³ § 122 Rz 1 aE). Das ist allerdings zu kurz gegriffen. Diese Regelung steht nämlich im Kontext zur gesellschaftlicher Treupflicht. An der früheren Regelung des gewinnunabhängigen Kapitalentnahmerechts des § 122 Abs 1 HS 1 HGB zeigt sich, dass auch dieses unter dem Vorbehalt der gesellschaftlicher Treupflicht