

7. Jahrgang / Jänner 2021 / Nr. 1

# ZWVF

**Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht**

Rainer Brandl | Severin Glaser | Robert Kert | Roman Leitner  
Michael Rohregger | Norbert Schrottmeyer | Mario Schmieder | Norbert Wess

## **Wirtschaftsstrafrecht**

Ungeklärte Fragen iZm dem Sachverständigenbeweis  
Teilweiser Widerruf der bedingten Strafnachsicht

## **Vertiefende Analyse**

Erzwungener Zugriff auf biometrisch verschlüsselte Daten

## **Europastrafrecht**

Das Digital Financial Package aus strafrechtlicher Sicht

## **Finanzstrafrecht**

Pflichtverletzungen iSd WiEReG – Risiko und Sanierungsmöglichkeiten  
Begehung des Finanzvergehens im Zollgebiet der EU  
Anzeigepflichten im Umfeld des Finanzstrafrechts

## **Zollstrafrecht**

Das Zollamt Österreich als Finanzstrafbehörde

## **Praxisinformationen**

Rechtsprechungsübersicht, Literaturreisenschau

# Die Behandlung von Beweisanträgen im Rahmen der gerichtlichen Führung des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren

Katharina Dangl / Norbert Wess



Dr. Katharina Dangl ist Rechtspraktikantin im Sprengel des Oberlandesgerichts Wien.



Dr. Norbert Wess, LL.M., MBL ist Rechtsanwalt und Partner bei wkklaw Rechtsanwälte in Wien.

In seiner Entscheidung 22 Bs 276/19b vom 29. 1. 2020 beschäftigt sich das OLG Wien mit der (Vor-)Frage, wer für die Beischaffung von Unterlagen, die ein gerichtlich bestellter und geführter Sachverständiger zur Gutachtenserstattung benötigt, zuständig ist. In weiterer Folge befasst sich das Gericht mit der allfälligen Unmöglichkeit der Beischaffung von Unterlagen bzw von Beweisaufnahmen und damit letztendlich mit der Erledigung von Beweisanträgen, die der Sachverständige zu bearbeiten hätte. Das OLG Wien bringt einige Klarstellungen in Bezug auf die Verpflichtungen des Gerichts im Rahmen der Führung des Sachverständigen. Dennoch bleiben – wie in diesem Beitrag aufgezeigt wird – nach wie vor Defizite für die Praxis bestehen.<sup>1</sup>

## 1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Gegen den Beschuldigten wurde ein Ermittlungsverfahren wegen § 153 StGB iZm dem Verkauf von Unternehmensanteilen geführt. Im Laufe des Ermittlungsverfahrens wurde ein Sachverständiger im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme gem § 126 Abs 5 StPO bestellt und vom Erstgericht mit der Erstattung von Befund und Gutachten bezüglich des tatsächlichen Werts der verkauften Anteile beauftragt.

Nachdem der Sachverständige sein Gutachten erstattet hatte, stellte zunächst die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Gutachtensergänzung. In weiterer Folge beantragte auch der Beschuldigte gegenüber dem Gericht, insgesamt sieben (Ergänzungs-)Fragen an den Sachverständigen zu richten. Die Fragen zielten vor allem darauf ab, die Bilanzierungen und Bewertung der Holding, deren Anteile verkauft worden waren, und der von ihr gehaltenen Projektgesellschaften in den Jahren 2006 und 2007 festzustellen. Hierzu ist anzumerken, dass der Sachverständige bereits in seinem (ersten) Befund festgehalten hatte, dass ihm für das Jahr 2006 keine Buchhaltungsunterlagen der Projektgesellschaften zur Verfügung stehen würden.

Dem Beschuldigten wurde in weiterer Folge vom Erstgericht aufgetragen, seinen Beweisantrag durch die Angabe eines entsprechenden Beweisthemas zu komplettieren, weil nicht klar sei, welche für das gegenständliche Verfahren relevanten Tatsachen durch die von ihm beantragte Gutachtensergänzung bewiesen werden sollten. Der Beschuldigte kam diesem Auftrag zwar nach, führte jedoch gleichzeitig aus, dass seit der Reformierung des Sachverständigenbeweises auch dem Beschuldigten eine Erkundigungsbeisführung erlaubt ist, die diesbezüglich strenger Erfordernisse des § 55 StPO nicht anzu-

wenden sind (§ 104 Abs 1 Satz 1 StPO)<sup>2</sup> und der Antrag auch keine Verfahrensverzögerung zur Folge hat, weil er zeitgleich mit der seitens der Staatsanwaltschaft beantragten Gutachtensergänzung gestellt worden ist.

Das Erstgericht gab dem Antrag des Beschuldigten auf Gutachtensergänzung in Bezug auf drei Fragen statt, hinsichtlich der übrigen vier Fragen wurde der Antrag jedoch abgewiesen. Begründend führte das Erstgericht aus, eine Beantwortung der Fragen sei in Ermangelung des Vorliegens entsprechender buchhalterischer Unterlagen nicht möglich. Sollte der Beweiser-gänzungsantrag des Beschuldigten auch darauf abzielen, die entsprechenden Geschäftsunterlagen der Tochtergesellschaften der Holding, so überhaupt vorhanden, beizuschaffen, wäre dieser Antrag an die Staatsanwaltschaft als Leiterin des Verfahrens zu richten gewesen. Die diesbezüglichen Beweisanträge des Beschuldigten seien somit, weil die Beweisaufnahme in Ermangelung des Vorhandenseins der notwendigen Unterlagen unmöglich sei, abzuweisen gewesen.

## 2. Die Entscheidung des OLG Wien

Der Beschuldigten erhob gegen den abweisen-den Teil des Beschlusses Beschwerde gem § 87 Abs 1 StPO. Das OLG Wien gab der Beschwerde des Beschuldigten teilweise statt und führte wie folgt aus:

„Fallbezogen erfolgte eine gerichtliche Sachverständigenbestellung im Sinne des § 126 Abs 5 StPO. In diesen Fällen sieht § 104 Abs 2 StPO vor, dass, soweit sich im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme Umstände ergeben, die für die Beurteilung des Tatverdachts bedeutsam sind, das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag weitere Beweise selbst aufnehmen kann. Somit weist Abs 2

<sup>1</sup> Die Autoren waren im Rahmen des Beschwerdeverfahrens für den Beschuldigten als dessen Rechtsvertreter tätig.

<sup>2</sup> Siehe dazu zB Huber in Birklbauer/Haumer/Nimmer-voll/Wess (Hrsg), Linzer Kommentar zur StPO (2020) § 104 Rz 8.

leg. cit. dem Gericht eine eingeschränkte eigene Ermittlungsfunktion zu. Die für die Beurteilung des Tatverdachts bedeutsamen – sowohl entlastenden als auch belastenden – Umstände können vom Gericht durch unmittelbare Aufnahme von Beweisen selbst erhoben werden (Fabrizy, StPO<sup>13</sup> § 104 Rz 2). Die gesamte Sachverständigenbeweisführung wird zu einem Anwendungsfall der gerichtlichen Beweisaufnahme nach § 104 StPO, sodass dem Gericht ab diesem Zeitpunkt daher auch die Führung des Sachverständigen sowie die Erledigung von Beweisanträgen (§ 55 StPO) in Bezug auf gewünschte weitere Erhebungen des Sachverständigen obliegt (Hinterhofer, WK-StPO § 126 Rz 151 mwN). Somit besteht eine – auch amtswegig wahrzunehmende – Beweisaufnahmeobliegenheit des Gerichts in Ansehung der durch einen (gerichtlich bestellten) Sachverständigen zu klärenden Tatumstände. Der Experte hat sich nach Beauftragung durch das Gericht mit der Gutachtenserstattung(-ergänzung) im Falle der ihm nicht möglichen Beischaffung von Unterlagen an das Gericht zu wenden. Dieses hat als das den Sachverständigen führende Organ die weiteren erforderlichen Schritte zu setzen. Nur wenn die Aussichtslosigkeit von vornherein feststeht oder durch den Experten keine der Sachverhaltsaufklärung dienende Umstände geklärt werden sollen, kann sogleich die Befassung mit weiteren Fragen abgelehnt werden.

Die Unmöglichkeit der Beweisaufnahme kann zum derzeitigen Zeitpunkt nicht abschließend beurteilt werden. Ein Sachverständigenbeweis ist unter anderem nämlich (nur dann) aussichtslos, wenn die erforderliche Befundaufnahme nicht (mehr) möglich ist (Fabrizy aaO § 55 Rz 14). Fallbezogen steht bloß nicht fest, wo sich die für die Beantwortung der Fragen relevanten Unterlagen befinden. Da es sich aber um Buchhaltungsunterlagen handelt, ist dem Beschwerdeführer dahingehend zu folgen, dass die der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist unterliegenden Unterlagen auch dem bestellten Wirtschaftsprüfer X vorgelegen haben und von diesem geprüft worden sein sollten, weshalb diese beschaffbar sein müssten. Erst wenn auch diese Informationsbeschaffung – durch den Experten oder das Gericht – scheitert, steht fest, dass die Beweisaufnahme tatsächlich nicht möglich ist, sich die Beantwortung der Fragen als undurchführbar erweist und die Befassung des Sachverständigen keinen Sinn macht.<sup>43</sup>

### 3. Kritische Würdigung

#### 3.1. Unmöglichkeit der Beweisaufnahme?

Das Erstgericht wies die beantragten Fragen des Beschuldigten an den Sachverständigen mit der (unzutreffenden) Begründung, die Beweisaufnahme sei in Ermangelung des Vorhandenseins der notwendigen Unterlagen unmöglich, ab. Hierzu hat das OLG Wien ausdrücklich klarge-

stellt, dass man allein aus dem Nichtvorliegen der für die Gutachtenserstattung notwendigen Unterlagen nicht auf die Unmöglichkeit des Beweisantrags schließen kann. Diesem Ergebnis ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Ein Beweisantrag gem § 55 StPO hat grundsätzlich Beweisthema, Beweismittel und jene Informationen, die für die Durchführung der Beweisaufnahme erforderlich sind, zu bezeichnen. Soweit dies nicht offensichtlich ist, ist zu begründen, weswegen das Beweismittel geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären. Nach § 55 Abs 2 StPO sind unzulässige, unverwertbare und unmögliche Beweise nicht aufzunehmen. Im Übrigen darf eine Beweisaufnahme auf Antrag des Beschuldigten nur unterbleiben, wenn das Beweisthema offenkundig oder für die Beurteilung des Tatverdachts ohne Bedeutung ist, das beantragte Beweismittel nicht geeignet ist, eine erhebliche Tatsache zu beweisen, oder das Beweisthema als erwiesen gelten kann.<sup>44</sup>

Für die Beweisaufnahme durch Sachverständige gilt § 55 StPO mit der Maßgabe, dass eine mangelhafte Begründung der Eignung, das Beweisthema zu klären, zur Unterlassung der Beweisaufnahme nur berechtigt, wenn der Antrag zur Verzögerung gestellt wurde (§ 104 Abs 1 StPO). Auch für den Beschuldigten ist somit im Rahmen des gerichtlichen Sachverständigenbeweises eine Erkundungsbeweisführung zulässig.<sup>45</sup> Der Beschuldigte bekommt daher – ebenso wie die Staatsanwaltschaft – sämtliche Befundaufnahmen oder gutachterlichen Schlussfolgerungen, die er im Bereich der Sachkunde des Sachverständigen von diesem haben will, gleichermaßen ungeprüft.<sup>46</sup>

Unrichtig ist der vom Erstgericht gezogene Schluss, allein aus dem Umstand, dass sich Unterlagen (noch) nicht im Strafakt befinden und dem Sachverständigen somit (noch) nicht zur Verfügung stehen, sei die generelle Unmöglichkeit der Aufnahme eines Sachverständigenbeweises abzuleiten. Richtigerweise muss **zunächst die Bestellung des Sachverständigen und seine Beauftragung** erfolgen. Erst in einem **nächsten Schritt** ist zu eruieren, welche Unterlagen benötigt werden, welche bis dato zur Verfügung stehen und welche zur Erstattung des Gutachtens noch beizuschaffen sind. Sodann hat das Gericht – wenn es sich wie hier um einen gerichtlich geführten Sachverständigen handelt – die zur Beischaffung der Unterlagen erforderlichen Schritte zu setzen (siehe sogleich Pkt 3.2.).

Sollte nach Bestellung und Beauftragung des Sachverständigen durch das Gericht sowie nach Vornahme der erforderlichen Erhebungen

<sup>4</sup> Vgl zu alledem näher McAllister/Wess in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 55 Rz 6 ff.

<sup>5</sup> Pilnacek/Stricker in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 104 Rz 30/5 mwN; Huber in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, §104 Rz 8.

<sup>6</sup> Ratz, Was gilt mit Inkrafttreten des StRÄG 2015 für Sachverständige im Strafprozess? ÖJZ 2015, 835 (836); Pilnacek/Stricker in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 104 Rz 30/5.

<sup>3</sup> OLG Wien 29. 1. 2020, 22 Bs 276/19b.

durch den Sachverständigen selbst oder nach dem erforderlichen Tätigwerden durch das Gericht feststehen, dass die erforderlichen Unterlagen **tatsächlich nicht zur Verfügung stehen bzw gestellt werden können** – zB weil sie nicht mehr existieren –, hätte dies dann, aber eben **erst dann**, die Unmöglichkeit der Aufnahme des Sachverständigenbeweises zur Folge.<sup>7</sup> Den Beweisantrag von vornherein wegen Unmöglichkeit abzuweisen, ist jedoch unzulässig. Etwas anderes würde nur gelten, wenn etwa eine Urkunde schon bei früheren Bemühungen nicht auffindbar war, die Unmöglichkeit der Beweisaufnahme somit schon im Vorhinein feststeht.<sup>8</sup>

### 3.2. Zuständigkeit

Dem Sachverständigen müssen zur Erstellung von Befund und Gutachten grundsätzlich all jene Informationen zugänglich gemacht werden, die er dazu benötigt.<sup>9</sup> Dies hat vorrangig im Wege der Akteneinsicht zu geschehen. Sind die benötigten Unterlagen jedoch (noch) nicht im Akt vorhanden, bestehen im Ermittlungsverfahren mehrere Möglichkeiten:

Zunächst ist die Staatsanwaltschaft gem § 103 Abs 2 StPO befugt, Ermittlungen (auch) durch einen Sachverständigen durchführen lassen, etwa wenn ihr die notwendigen Kenntnisse fehlen.<sup>10</sup> Der Sachverständige könnte daher – im Auftrag der Staatsanwaltschaft – selbst Ermittlungen vornehmen, um an die benötigten Unterlagen zu gelangen.

Darüber hinaus entspricht es der OGH-Rsp, dass eine fundierte Gutachtenserstellung im Regelfall eine eigenständige Erhebung im Rahmen der Befundaufnahme (etwa durch Beischaffung von Krankengeschichten oder eigene psychiatrische Untersuchung des Betroffenen) erfordert, um eine fachkundige Aussage zu einem bereits bestehenden Verdacht betreffend eine entscheidende Tatsache (zB Schwere der Verletzung, Zurechnungsfähigkeit, Gefährlichkeit) oder zu einen erheblichen Umstand (zB Aussagetüchtigkeit eines Zeugen) treffen zu können.<sup>11</sup> Zumindest in engen Grenzen können die zur Urkundenbeschaffung erforderlichen Schritte demnach bereits durch den Sachverständigen selbst sowie ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft und Heranziehung des § 103 Abs 2 StPO gesetzt werden.

In keinem der beiden Fälle werden dem Sachverständigen jedoch Zwangsbefugnisse eingeräumt, sodass er sich – sollte es erforderlich sein (zB zur Sicherstellung der für das Gutachten benötigten Unterlagen) – im Normalfall während des Ermittlungsverfahrens an die Staatsanwaltschaft zu wenden hat.<sup>12</sup>

Im konkreten Fall handelt es sich jedoch um einen gem § 126 Abs 5 StPO gerichtlich bestellten und somit auch gerichtlich geführten Sachverständigen. Jenes Organ, das den Sachverständigen führt, ist auch für die rechtlich korrekte Abwicklung des Sachverständigenbeweises verantwortlich.<sup>13</sup> Die sonst gegenüber der Staatsanwaltschaft (als Leiterin des Ermittlungsverfahrens) bestehenden Rechte stehen nun gegenüber dem Ermittlungsrichter zu.<sup>14</sup>

Handelt es sich um einen gerichtlich bestellten und geführten Sachverständigen, ist es zum einen unzulässig, dass die Staatsanwaltschaft Ermittlungen direkt durch diesen Sachverständigen durchführen lässt. Ihr bleibt, ebenso wie dem Beschuldigten, nur die Möglichkeit, die Aufnahme von Beweisen gem § 55 StPO einzeln zu beantragen (§ 104 Abs 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft wechselt diesbezüglich zu einer reinen Verfahrenspartei.<sup>15</sup>

Zum anderen hat sich der Sachverständige – für den Fall, dass ihm Unterlagen nicht zur Verfügung stehen und er sich diese aufgrund des notwendigen Einsatzes von Zwangsmitteln/-befugnissen auch nicht durch eigenständige Erhebungen beschaffen kann – nicht an die Staatsanwaltschaft, sondern an das **Gericht** zu wenden. Das Gericht als das den Sachverständigen führende Organ hat sodann die weiteren erforderlichen Schritte zu setzen.<sup>16</sup>

So hat das Gericht gem § 104 Abs 2 StPO das Recht, Beweise von Amts wegen oder auf Antrag aufzunehmen, soweit sich im Rahmen einer gerichtlichen Beweisaufnahme Umstände ergeben, die für die Beurteilung des Tatverdachts bedeutsam sind.<sup>17</sup> Im Fall des gerichtlich geführten Sachverständigenbeweises obliegt es daher dem Gericht, dem Sachverständigen die zur Gutachtenserstattung erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Eindeutig zeigt die Entscheidung des OLG Wien, dass im Rahmen des gerichtlich bestellten und geführten Sachverständigenbeweises jedenfalls das **Gericht** für die weiteren Erhebungen bzw Beischaffungen der erforderlichen Unterlagen zuständig sein muss, und nicht die Staatsanwaltschaft „als Leiterin des Ermittlungsverfahrens“, wie vom Erstgericht vertreten. Das Gericht trifft somit, wie das OLG Wien richtigerweise festgestellt hat, eine – auch amtswegig wahrzunehmende – **Beweisaufnahmeobliegenheit** in Ansehung der durch einen (gerichtlich bestellten) Sachverständigen zu klärenden Tatumstände.

<sup>7</sup> Schmöller in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 55 Rz 82.

<sup>8</sup> Schmöller in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 55 Rz 82.

<sup>9</sup> Hinterhofer in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 127 Rz 75.

<sup>10</sup> Flora in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 103 Rz 12; Artner in Birkbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 103 Rz 6.

<sup>11</sup> OGH 23. I. 2014, 12 Os 90/13x.

<sup>12</sup> Hinterhofer in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 127 Rz 76; Dangl/Wess in Birkbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 127 Rz 9.

<sup>13</sup> Hinterhofer in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 125 Rz 12.

<sup>14</sup> OGH 25. 6. 2018, 17 Os 7/18k (17 Os 13/18t, 17 Os 14/18i); Dangl/Wess in Birkbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 127 Rz 90.

<sup>15</sup> Dangl/Wess in Birkbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 127 Rz 89.

<sup>16</sup> Dangl/Wess in Birkbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 127 Rz 90.

<sup>17</sup> Huber in Birkbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 104 Rz 12.

Eine andere Sichtweise würde den Zweck der Reformierung des Sachverständigenbeweises, nämlich dem **Grundsatz der Waffengleichheit** nachzukommen und somit ein **faies Verfahren iSd Art 6 EMRK** zu garantieren, konterkarieren: Müsste sich der Sachverständige innerhalb des gerichtlich geführten Sachverständigenbeweises nämlich wiederum an die Staatsanwaltschaft wenden, wenn er für die vom Gericht in Auftrag gegebene Gutachtenserstellung notwendige Unterlagen benötigt und diese nicht von sich aus beschaffen kann, würde dies dem – verfassungsrechtlich notwendigen – Gebot, alle Kommunikation ausschließlich über das Gericht erfolgen zu lassen, entgegenstehen.

Zudem kann nicht vom Beschuldigten verlangt werden, dass er sich im Vorfeld der Gutachtensergänzung an die Staatsanwaltschaft wendet und einen Antrag nach § 55 StPO auf Beischaffung der Unterlagen stellt. Andernfalls hätte es die Staatsanwaltschaft in der Hand, den Antrag auf Gutachtensergänzung im Rahmen des gerichtlich geführten Sachverständigenbeweises in dem Sinn zu „kontrollieren“, als sie dem Antrag nicht nachkommt. Hierbei ist insb zu beachten, dass der Beschuldigte auch bei einem Beweisantrag im Ermittlungsverfahren, soweit dies nicht offensichtlich ist, zu begründen hat, weshalb die beantragte Beweisaufnahme geeignet ist, das Beweisthema zu klären (§ 55 Abs 1 StPO), widrigenfalls diese gem § 55 Abs 2 Z 2 StPO unterbleiben darf.<sup>18</sup> Eben dies wird dem Beschuldigten im Rahmen des gerichtlich bestellten Sachverständigenbeweises jedoch nicht abverlangt; auch er ist zur Erkundungsbeweisführung berechtigt.<sup>19</sup>

Käme die Staatsanwaltschaft dem Antrag auf Beischaffung der Unterlagen nun aber nicht nach, so hätte dies – wenn man der Ansicht des Erstgerichts folgt – automatisch die Unmöglichkeit des Sachverständigenbeweises zur Folge. Und selbst wenn man richtigerweise nicht von der sofortigen Unmöglichkeit des Beweisantrags ausgeht, so wird die Beweisaufnahme doch **faktisch vereitelt**, weil dem Sachverständigen die benötigten Unterlagen eben nicht zur Verfügung stehen bzw gestellt werden.

Der Beschuldigte wäre hierdurch schlechter gestellt als die Staatsanwaltschaft, weil ihm die Erkundungsbeweisführung im Rahmen des gerichtlich geführten Sachverständigenbeweises **faktisch verunmöglicht** wird. Eine solche Sichtweise würde daher ebenso dem **Grundsatz der Waffengleichheit** und **des fairen Verfahrens entgegenstehen** und wäre überdies auch geeignet, das Recht des Beschuldigten, Fragen an den Sachverständigen zu richten, faktisch zu verhindern. Insb weil es sich um einen gerichtlich ge-

führten Sachverständigen handelt, kommt dabei bereits im Ermittlungsverfahren der Möglichkeit des Beschuldigten, Fragen an den Sachverständigen stellen zu können, besondere Bedeutung zu.

Dass § 104 Abs 2 StPO auch im Rahmen des gerichtlich geführten Sachverständigenbeweises angewendet werden kann, hat das OLG Wien ausdrücklich in seiner Entscheidung bestätigt. Gleichzeitig hat es damit der im Beschwerdeverfahren geäußerten Ansicht der OStA, das Gericht könne nur nach Maßgabe des § 55 StPO beantragte Beweise (Befund, Gutachten, Fragen) aufnehmen, weshalb ein Verweis auf § 104 Abs 2 StPO fehl gehe, eine Absage erteilt. Richtig ist zwar, dass der Beschuldigte und die Staatsanwaltschaft die Aufnahme dieser Beweise nach Maßgabe von § 55 StPO einzeln beantragen müssen. Dies ist im gegenständlichen Fall durch die beantragten Fragen an den Sachverständigen auch geschehen.

Ergeben sich nun bei der (beantragten) Beweisaufnahme, also dem – gerichtlich geführten – Sachverständigenbeweis, Umstände, die für die Beurteilung des Tatverdachts bedeutsam sind, so kann das Gericht diese von Amts wegen und ohne weitere Antragstellung<sup>20</sup> im Rahmen des § 104 Abs 2 StPO aufnehmen.<sup>21</sup> Strikt zu unterscheiden ist daher zwischen der Beweisaufnahme an sich (der Beauftragung des Sachverständigen mit dem konkreten Auftrag), hinsichtlich derer das Gericht an den Antrag von Staatsanwaltschaft oder Beschuldigten gebunden ist, und den sich dabei ergebenden, für die Beurteilung des Tatverdachts bedeutsamen Umständen, die das Gericht von Amts wegen aufnehmen kann.

Allerdings erfährt § 104 Abs 2 StPO eine wesentliche Einschränkung. Nach dem Gesetzeswortlaut kann das Gericht „*weitere Beweise selbst aufnehmen*“. Im Unterschied dazu sieht § 105 Abs 2 StPO etwa vor, dass das Gericht, soweit dies zur Entscheidung über einen Antrag auf Verhängung und Fortsetzung der Untersuchungshaft sowie auf Bewilligung bestimmter anderer Zwangsmittel (§ 105 Abs 1 StPO) aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen erforderlich ist, „*weitere Ermittlungen durch die Kriminalpolizei anordnen oder von Amts wegen vornehmen*“ kann.

Während § 105 Abs 2 StPO somit ausdrücklich die Möglichkeit des Gerichts normiert, der Kriminalpolizei Anordnungen zu erteilen, wird aus dem Wortlaut des § 104 Abs 2 StPO abgeleitet, dass das Gericht im Rahmen des § 104 StPO nicht befugt ist, von Amts wegen Ermittlungen anzuordnen, zu deren Vornahme die Kriminalpolizei heranzuziehen wäre.<sup>22</sup> Das Gericht kann somit zB keine Hausdurchsuchung anordnen,

<sup>18</sup> Vgl nur RIS-Justiz RS0099453; RS0118444; OGH 11. 8. 2014, 17 Os 25/14a; McAllister/Wess in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 55 Rz 6 ff.

<sup>19</sup> Pilnacek/Stricker in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 104 Rz 30/5; Huber in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 104 Rz 8.

<sup>20</sup> Koller in Schmölzer/Mühlbacher (Hrsg), StPO<sup>1.02</sup>, § 104 Rz 10; Huber in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 104 Rz 17.

<sup>21</sup> In diesem Sinne auch Ratz, Zur grundrechtskonformen Lösung der Sachverständigenfrage im Strafprozess, in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014 (2014) 229 (239).

um an die vom Sachverständigen benötigten Unterlagen zu gelangen. Andererseits ist das Gericht nicht an eine vorangegangene Sicherstellung gebunden. Werden dem Gericht zB von dritter Seite unmittelbar Beweisgegenstände übergeben, die einer Beschlagnahme zuzuführen sind, ist im Rahmen seiner Tätigkeit nach § 104 Abs 2 StPO keine vorangehende Sicherstellung notwendig.<sup>23</sup>

Kann das Gericht die benötigten Beweise nicht selbst und ohne Zuhilfenahme der Kriminalpolizei aufnehmen, besteht gem § 104 Abs 2 letzter Satz StPO nur die Möglichkeit, die Staatsanwaltschaft auf die Notwendigkeit bestimmter weiterer Ermittlungen aufmerksam zu machen.<sup>24</sup> Für die Staatsanwaltschaft entsteht aus einer solchen Anregung jedoch keine Handlungs- oder Entscheidungspflicht. Zudem ist in der Anregung kein „Beweisantrag“ zu sehen, gegen dessen Ablehnung mit Einspruch wegen Rechtsverletzung gem § 106 StPO vorgegangen werden könnte.<sup>25</sup> In der Lit wird für diesen Fall auf das Recht des Beschuldigten hingewiesen, nach erfolgter Akteneinsicht einen gleichlautenden Beweisantrag bei der Staatsanwaltschaft zu stellen.<sup>26</sup> Dass dies für den Beschuldigten kein taugliches Mittel darstellt, wurde jedoch bereits ausgeführt. Der Beschuldigte befindet sich somit in der für ihn ungünstigen Situation, zwar grundsätzlich ein Recht auf die Führung eines Erkundungsbeweises zu haben, hierfür jedoch wiederum auf die Staatsanwaltschaft angewiesen und ihr somit faktisch untergeordnet zu sein. Im Hinblick auf den Zweck der Änderung des Sachverständigenbeweises ist dies im Lichte des Grundsatzes der Waffengleichheit ein äußerst unbefriedigendes und grundrechtlich bedenkliches Ergebnis. So erfreulich die Entscheidung des OLG Wien daher aus Beschuldigten-sicht auf den ersten Blick sein mag, so zeigt sie doch einmal mehr, dass nach wie vor ungeklärte Fragen iZm dem Sachverständigenbeweis bestehen bleiben.

### 3.3. Lösungsansätze

Abhilfe ließe sich schaffen, indem man dem Gericht im Rahmen des gerichtlich geführten Sachverständigenbeweises mit § 105 Abs 2 StPO **vergleichbare eigenständige Ermittlungsbefugnisse** zuerkennt. Hier wäre aber wohl der Gesetzgeber gefragt, weil der Sachverständigenbeweis explizit unter § 104 StPO eingeordnet ist und diese Bestimmung vom Wortlaut und im Vergleich zu § 105 StPO derartige Anordnungs-befugnisse ausdrücklich nicht normiert.

<sup>22</sup> Pilnacek/Stricker in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 104 Rz 33; Huber in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 104 Rz 14.

<sup>23</sup> Pilnacek/Stricker in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 104 Rz 31; aA Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 115 Rz 4.

<sup>24</sup> Huber in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, LiK StPO, § 104 Rz 20.

<sup>25</sup> Pilnacek/Stricker in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 104 Rz 41.

<sup>26</sup> Pilnacek/Stricker in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 104 Rz 41.

Anderenfalls ließe sich ein Art 6 EMRK entsprechendes Ergebnis wohl nur durch eine (einschränkende) Interpretation des § 55 StPO erreichen: Wird eine Beweisaufnahme gleichsam als „Vorstufe“ für den Sachverständigenbeweis im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme notwendig, müssten die Erfordernisse an den entsprechenden Beweisantrag des Beschuldigten gem § 55 StPO gegenüber der Staatsanwaltschaft (zB auf Sicherstellung der benötigten Unterlagen) dahingehend interpretiert werden, dass für diesen Antrag dieselben – nur herabgesetzten – Voraussetzungen wie für einen Antrag des Beschuldigten auf gerichtliche Beweisaufnahme durch den Sachverständigen iSd § 104 Abs 1 StPO gelten. Ebenso wie das Gericht im Rahmen des § 104 Abs 1 StPO müsste die Staatsanwaltschaft einem Antrag auf Sicherstellung der zur Gutachtenserstattung erforderlichen Unterlagen somit auch **ohne Begründung der Eignung**, das Beweisthema zu klären, stattgeben. Es bleibt daher letztendlich abzuwarten, wie sich die Sichtweise der Gerichte und der Staatsanwaltschaften zu dieser Frage entwickeln wird.

### ► Auf den Punkt gebracht

Im Fall der gerichtlichen Sachverständigenbestellung iSd § 126 Abs 5 StPO obliegt dem Gericht die Führung des Sachverständigenbeweises. Benötigt der Sachverständige für die Erstattung von Befund und Gutachten Unterlagen und ist es ihm nicht möglich, sich diese selbst zu beschaffen, muss er sich an das Gericht – und nicht an die Staatsanwaltschaft – wenden. Das Gericht als das den Sachverständigen führende Organ hat sodann die weiteren erforderlichen Schritte zu setzen. Der Umstand, dass nicht feststeht, wo sich allfällige Unterlagen befinden, rechtfertigt die Abweisung eines Antrags auf Gutachtenser-gänzung wegen Unmöglichkeit nicht. Nur wenn die Aussichtslosigkeit von vornher-ein feststeht oder durch den Experten keine der Sachverhaltsaufklärung dienen-den Umstände geklärt werden sollen, kann sogleich die Befassung mit weiteren Fragen abgelehnt werden. Für das Gericht besteht somit zwar eine Beweisaufnahmeobliegen-heit in Ansehung der durch einen (gerichtlich bestellten) Sachverständigen zu klärenden Tatumstände. Durch die aufgezeigten Defizite, mit denen die Regelung in § 104 Abs 2 StPO (verglichen mit § 105 Abs 2 StPO) im Hinblick auf die Kompetenzen des Gerichts jedoch behaftet ist, entsteht für den Beschuldigten dennoch ein im Lichte des Grundsatzes der Waffengleichheit äußerst unbefriedigendes und grundrechtlich bedenkliches Ergebnis.



## Print? Digital? Kombi? Ab 2021 in drei Dimensionen!

- Print
- Digital Light: 1 Zugang
- Digital Standard: 3 Zugänge
- Print & Digital: 3 Zugänge

## Jetzt Jahresabo 2021 bestellen!

### Bestellformular Ja, ich bestelle

ZWF-Jahresabo 2021  
(7. Jahrgang 2021, Heft 1-6)

Print ..... EUR 238,-  
Digital light..... EUR 244,-  
Digital ..... EUR 262,-  
Print & Digital ..... EUR 264,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

- Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: [lindeverlag.at/agb](http://lindeverlag.at/agb) | Datenschutzbestimmungen: [lindeverlag.at/datenschutz](http://lindeverlag.at/datenschutz).  
Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. 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. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H  
Scheydgasse 24, 1210 Wien  
Handelsgericht Wien  
FB-Nr: 102235X, ATU  
14910701  
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen:  [lindeverlag.at](http://lindeverlag.at)  [office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at)  01 24 630  01 24 630-23