

Jahrbuch



Recht

Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit

12

herausgegeben von

Peter Lewisch

Norbert WESS

Aktuelle Rechtsfragen zur Stellung des Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren

Inhaltsübersicht

I. Einleitung.....	117
II. Rechtslage und Judikatur zum Sachverständigen vor In-Kraft-Treten der StPO-Reform BGBl I 2004/19 (1. 1. 2008).....	118
A. Im Vorverfahren	118
B. Im Hauptverfahren	120
C. Rechtsprechung des OGH zum Privatsachverständigen.....	120
III. Rechtslage nach In-Kraft-Treten der StPO-Reform BGBl I 2004/19 (1. 1. 2008)	121
A. Im Ermittlungsverfahren	121
B. Im Hauptverfahren	122
IV. Aktuelle Diskussion	123
A. Vorgaben des Verfassungsrechts insbesondere Art 6 MRK.....	125
B. Beispiele aus der Praxis.....	127
V. Eigene Lösungsvorschläge	127
VI. Resümee	129

I. Einleitung

Es gibt, gerade in Wirtschaftsstrafprozessen, kaum ein Thema, das derzeit sowohl unter Juristen als auch unter Nicht-Juristen derart intensiv und kontrovers diskutiert wird, wie jenes bezüglich der Stellung von (Privat-) Sachverständigen in und rund um einen Strafprozess. Auslöser hierfür war und ist der sog „*Birnbacher*“-Prozess in Kärnten, der in seiner Konstellation wohl einzigartig ist, da in diesem im Ermittlungsverfahren gleich eine Mehrzahl an (von der Kärntner Landesholding) eingeholten Privatgutachten dazu geführt hat, dass die Staatsanwaltschaft Klagenfurt das Verfahren gegen sämtliche Beschuldigten (sogar: zweimal) eingestellt hat. Aufgrund massiven

politischen Drucks von einer der Oppositionsparteien in Kärnten wurde das Verfahren jedoch ein drittes Mal wieder aufgenommen und hat die Staatsanwaltschaft Klagenfurt sodann einen eigenen Sachverständigen im Vorverfahren bestellt. Dieser von der Staatsanwaltschaft Klagenfurt beauftragte Sachverständige kam dann, nahezu diametral zu den bisherigen Gutachten, zu einem völlig anders gelagerten Ergebnis. Dieses Gutachten war in weiterer Folge dann auch die Grundlage dafür, dass die Staatsanwaltschaft Klagenfurt das Verfahren nicht noch ein drittes Mal eingestellt hat, sondern Anklage gegenüber vier Personen erhob, wobei diese Anklage bereits zu ersten spektakulären Geständnissen im Zuge der Hauptverhandlung durch zwei der Beschuldigten geführt hat.

Dieser aktuelle Fall wird nun gerne, insbesondere von Vertretern der Justiz, zur Argumentation für die Beibehaltung der bisherigen Judikatur und Praxis herangezogen, welche Privatgutachten im Hauptverfahren (also in der Hauptverhandlung) generell nicht zulässt. Hätte man im „Birnbacher“-Prozess, so die Befürworter dieser Ansicht, nicht auch im Vorverfahren den vorgelegten Privatgutachten der Kärntner Landesholding derart hohe Bedeutung beigemessen, dann wäre auch nicht zweimal, wie sich nunmehr herausgestellt hat: zu Unrecht, das Verfahren eingestellt worden.

Kann eine solche Argumentation tatsächlich überzeugen? Der folgende Beitrag stellt kurz die alte Rechtslage samt Judikatur der neuen Rechtslage gegenüber und gibt dann die aktuellen Lehr- und Praxismeinungen wieder, um dann selbst ein Resümee darüber zu ziehen.

II. Rechtslage und Judikatur zum Sachverständigen vor In-Kraft-Treten der StPO-Reform BGBl I 2004/19 (1. 1. 2008)

A. Im Vorverfahren

Das Vorverfahren wurde vor der umfassenden StPO Reform 2004, die am 1. 1. 2008 in Kraft getreten ist, im damaligen X. Hauptstück als „Voruntersuchungen“, bzw – für Wirtschaftsstrafverfahren wenig praxisrelevant – im IX. Hauptstück unter „Vorerhebungen“ erfasst. Der damalige Gesetzeswortlaut lautete noch wie folgt: *Die Voruntersuchung hat den Zweck, die gegen eine bestimmte Person erhobene Anschuldigung einer strafbaren Handlung einer vorläufigen Prüfung zu unterwerfen und den Sachverhalt so weit zu klären, als es nötig ist, um die Momente festzustellen, die geeignet sind, entweder die Einstellung des Strafverfahrens herbeizuführen oder die Verletzung in den Anklagestand und die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vorzubereiten* (§ 91 Abs 2 StPO aF). Die Einleitung der Voruntersuchungen erfolgte durch den Untersuchungsrichter (vgl dazu bspw § 92 Abs 1 StPO aF), der Staatsanwalt konnte eine solche Einleitung lediglich beantra-

gen, über dessen Antrag wiederum der Untersuchungsrichter mit Beschluss zu entscheiden hatte (§ 92 Abs 2 und 3 StPO aF). Die Voruntersuchungen wurden in der Regel vom Untersuchungsrichter persönlich und unmittelbar geführt (§ 93 Abs 1 StPO aF).

War einmal die Voruntersuchung eingeleitet, so schritt der Untersuchungsrichter, ohne weitere Anträge des Anklägers abzuwarten, von Amtes wegen ein, um den Tatbestand zu erheben, den Täter zu ermitteln und die zur Überführung oder Verteidigung des Beschuldigten dienenden Beweismittel so weit festzustellen, als es der Zweck der Voruntersuchung erforderte (§ 96 StPO aF). Untersuchungsrichter nahm in der damaligen Konstellation der Staatsanwalt, das erscheint wesentlich zu betonen, und zwar bei sonstiger Nichtigkeit, nicht vor (§ 97 Abs 2 erster Satz StPO aF).

Die aufgezeigten Bestimmungen führen daher unstrittig zu der Erkenntnis, dass bis zum Inkrafttreten der StPO-Reform mit 1. 1. 2008 (BGBl I 2004/19) der, man möchte fast sagen: der herausragende, Leiter der Voruntersuchungen das Gericht, namentlich der Untersuchungsrichter, war. Damit einhergehend war es natürlich auch der Untersuchungsrichter, dem die Auswahl des Sachverständigen im Rahmen der Voruntersuchungen zustand (§ 119 Abs 1 erster Satz StPO aF). Der Ankläger und der Beschuldigte waren wiederum im Rahmen der Voruntersuchungen darauf beschränkt, wegen der Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen Anträge zu stellen (§ 97 Abs 1 StPO aF). Erwähnenswert, wenngleich in der Praxis von nahezu keiner Relevanz, ist, dass aufgrund der Bestimmung des § 118 Abs 2 StPO aF vorgesehen war, dass *wenn es wegen der Schwierigkeit der Beobachtung oder Begutachtung erforderlich ist, zwei Sachverständige beizuziehen* waren. In der Lehre wurde für solche Fälle die Beiziehung von zwei Sachverständigen gefordert, die – unabhängig voneinander – je einen eigenen Befund und ein eigenes Gutachten erstatten¹. Die Judikatur hat es hingegen für ausreichend erachtet, wenn zwei Fachleute ein gemeinsames Gutachten erstatten². Weiters haben aber die Gerichte das Vorliegen eines *schwierigen Falles* bereits dann schon verneint und in Abrede gestellt, wenn das Gericht dem bestellten Sachverständigen eine einwandfreie Arbeit zutraut³. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass bereits nach der alten Rechtslage die Gerichte keine besonders ausgeprägte Tendenz erkennen haben lassen, zwei oder mehrere Gutachten, insbesondere auch von verschiedenen Sachverständigen, einzuholen, wenngleich man die Bestimmung des § 118 Abs 2 StPO aF gerade bei komplexen Wirtschaftsstrafsachen durchaus auch anders auslegen und interpretieren hätte können. Umso weniger war man seit jeher geneigt, Privatgutachten des Beschuldigten Beachtung zu schenken (dazu sogleich unter II.C.).

1 Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁷ (2002) Rz 367.

2 SSSt 56/32.

3 JBl 2000, 533, kritisch dazu Bertel/Venier (FN 1).

B. Im Hauptverfahren

Der Gang und der Ablauf der Hauptverhandlung waren primär im XVIII. Hauptstück der StPO geregelt⁴. Selbstredend war der vorherige Untersuchungsrichter, der eben auch den Sachverständigen im Vorverfahren ausgewählt und mit einem konkreten Gutachtensauftrag (Fragenkatalog) bestellt hat, als Verhandlungsrichter ausgeschlossen (§ 69 Z 1 StPO aF)⁵. Für den Sachverständigen galt eine solche Regelung hingegen nicht. Im Hauptverfahren hatte daher auch im alten System der StPO das jeweilige Gericht die Möglichkeit, dieselbe Person zum Gerichtssachverständigen zu bestellen, die bereits vorab vom Untersuchungsrichter als Sachverständiger bestellt worden ist. Gerade in komplexen Wirtschaftsstrafsachen wurde und wird regelmäßig dieselbe Person in weiterer Folge als Sachverständiger der Hauptverhandlung beigezogen.

C. Rechtsprechung des OGH zum Privatsachverständigen

Bereits im alten System der StPO haben sich die Beschuldigten regelmäßig darum „bemüht“ ihre eigenen Gutachter (weitläufig bezeichnet als „Privatgutachter“) in die Hauptverhandlung einzubringen. Dazu hat sich eine über viele Jahre und Jahrzehnte einhellige, im Sinne von: ablehnende, Rechtsprechung entwickelt.

*Fabrizy*⁶ stellt in seinem Kurzkomentar zur StPO die Judikatur des OGH⁷ wie folgt dar: „Als Privatsachverständige werden sachkundige Personen bezeichnet, die auf Ersuchen von Prozessparteien für diese (meist honorierte) Gutachten abgeben. Diese Privatsachverständigen sind keine im Strafverfahren bestellten Sachverständigen (vgl LSK 1979/369), ihre Gutachten sind keine beachtlichen Beweismittel (EvBl 1994/62). Die Bedeutung sog Privatsachverständigen liegt somit allein in der persönlichen Information der Parteien und ihrer Vertreter (SSSt 62/3152). Wird ein Privatgutachten dennoch zum Akt genommen, so kann nur dessen Befund zu erheblichen Bedenken iS des § 281 Abs 1 Z 5a Anlass geben (SSSt 2004/3 = EvBl 2004/113; s auch SSSt 2006/85 = EvBl 2007/77). Wird ein Privatgutachten in der Hauptverhandlung verlesen, so muss sich das Urteil auch damit auseinandersetzen (KH 2941). In der Hauptverhandlung abgehörte Privatgutachter sind Zeugen, weil das Ziehen von Schlüssen den gerichtlich beigezogenen Gutachtern vorbehalten ist (SSSt 2004/3 = EvBl 2004/113).“

4 Für den vorliegenden Beitrag erscheint es ausreichend, lediglich auf die Bestimmungen des Schöffengerichtes zu verweisen.

5 Diese Regelung gilt natürlich auch nach der StPO-Reform für Richter, nunmehr umfassend geregelt in §§ 43 ff StPO.

6 *Fabrizy*, StPO¹¹ Rz 9 zu § 126.

7 Freilich ist die von *Fabrizy* zitierte Judikatur allesamt noch zu der alten Rechtslage, vor Inkrafttreten der StPO-Novelle 2004 (BGBl I 2004/19), in Kraft getreten am 1. 1. 2008, ergangen.

Auch *Hinterhofer* hält im (aktuellen) Wiener Kommentar – unter Verweis auf entsprechende Judikatur⁸ – dazu fest: *Da die Auswahl von Sachverständigen ausschließlich der Staatsanwaltschaft bzw dem Gericht zukommt, handelt es sich bei diesen Privatexperten nicht um Sachverständige iSd StPO.⁹ Von staatsanwaltschaftlich oder gerichtlich bestellten Sachverständigengutachten unterscheiden sich Privatgutachten zudem dadurch, dass ihnen die Garantie der Unparteilichkeit fehlt, weil sie eben gerade auf Veranlassung einer Prozesspartei erstellt werden.¹⁰*

III. Rechtslage nach In-Kraft-Treten der StPO-Reform BGBl I 2004/19 (1. 1. 2008)

A. Im Ermittlungsverfahren

Wie *Pilnacek* und *Pleischl*, die im Übrigen an der Reform entscheidend mitgewirkt haben, im Vorwort zu ihrem Buch „Das neue Vorverfahren“ bereits treffend festhalten¹¹, liegt das grundlegend Neue an der Reform, in erster Linie in der nun „*einheitlichen Struktur des sogenannten Vorverfahrens, sohin dem Verfahren bis zum Einbringen der Anklage. Die bisherige Teilung in mehrere Verfahrensarten mit unterschiedlichen Leitungskompetenzen wird zugunsten eines einheitlichen, von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft kooperativ geführten Ermittlungsverfahrens aufgegeben. Die faktische Ermittlungskompetenz der Kriminalpolizei*“ – so die Autoren weiter – „*wird anerkannt, andererseits strafverfahrensrechtlichen Leitprinzipien und der rechtlichen Leitung der Staatsanwaltschaft untergeordnet. Die Staatsanwaltschaft hat das Ermittlungsverfahren zu leiten und über die Form seiner Beendigung zu entscheiden. Der Kriminalpolizei werden Berichtspflichten auferlegt, um die Kommunikation mit der Staatsanwaltschaft zu institutionalisieren und dieser zu ermöglichen, ihre Leitungsbefugnis zu aktualisieren. 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 vielmehr zu einer reinen (wie die Autoren vermeinen: umfassenden) Kontrollinstanz.

Es ist 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 Staatsanwaltschaft hin, übertragen worden. Die in Rede stehende Reform der Strafprozessordnung ist nicht zuletzt aus diesem Grund die – wie die Autoren

8 Ebenfalls ergangen zu der Rechtslage vor Inkrafttreten der StPO-Reform (FN 6).

9 *Hinterhofer*, WK-StPO § 125 Rz 18 mwN.

10 *Hinterhofer*, WK-StPO § 125 Rz 18 mwN.

11 *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren (2005).

festhalten – „am längsten diskutierte, umfang- und inhaltsreichste Änderung des Strafverfahrens seit In-Kraft-Treten der Strafprozessordnung 1873“.

Seit Inkrafttreten der Reform am 1. 1. 2008 ist es daher der Staatsanwalt, der das Ermittlungsverfahren leitet und über dessen Fortgang und Beendigung entscheidet. Gegen den erklärten Willen des Staatsanwaltes darf ein Ermittlungsverfahren weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (§ 101 Abs 1 StPO). Es liegt daher auch in der alleinigen Entscheidung des Staatsanwaltes, ob er im Rahmen des Vorverfahrens einen Sachverständigen bestellt¹², welche Person er hierzu auswählt und welchen konkreten Gutachtensauftrag (Fragenkatalog) er diesem erteilt (vgl dazu § 126 Abs 3 erster Satz StPO).

B. Im Hauptverfahren

Für die in diesem Beitrag aufgeworfene Fragestellung der Sachverständigenbestellung ist, wenn man so möchte, keinerlei Änderung erfolgt. Selbstverständlich wird im Hauptverfahren der Sachverständige (nach wie vor) vom Gericht bestellt (§ 126 Abs 3 mit Verweis auf § 210 Abs 2 StPO). Da in der Praxis aber nahezu stets *derselbe* Sachverständige zum Gerichtssachverständigen bestellt wird, der vorab als Sachverständiger für die Staatsanwaltschaft bestellt war¹³, ergibt sich die wesentliche Neuerung daher „indirekt“, nämlich insofern als der sog „Zeuge der Anklage“ – dessen Gutachten regelmäßig eine entscheidungsrelevante Grundlage für die Erhebung der Anklage war – in weiterer Folge zum Gerichtssachverständigen „mutiert“. Der Begriff „Zeuge der Anklage“ wird – wie der Autor im Zuge des 10. Österreichischen StrafverteidigerInnenkongresses am 23. und 24. 3. 2012 feststellen musste – gerade von (prominenten) Wirtschaftssachverständigen mitunter vehement in Abrede gestellt. Der Begriff erscheint aber insofern gerechtfertigt, als der Staatsanwalt – *expressis verbis* – mit Einbringung der Anklage vom bisherigen *Leiter* des Verfahrens zum *Beteiligten* des Verfahrens mutiert (§ 210 Abs 1 StPO). Wenn sich nun aber diese Anklage – wie es bei komplexen Wirtschaftsstrafrechtsausen wesensimmanent der Fall ist – zu einem wesentlichen (wenn nicht sogar: überwiegenden) Teil auf das eingeholte Sachverständigengutachten im Vorverfahren gründet, dann erscheint auch der Begriff des Sachverständigen als „Zeugen der Anklage“ gerechtfertigt.¹⁴

12 Ausgenommen sind hievon lediglich gerichtliche Ermittlungen und Beweisaufnahmen gem § 104 f StPO, die in komplexen Wirtschaftsstrafrechtsausen nahezu ohne Bedeutung sind.

13 *Hinterhofer*, WK-StPO § 125 Rz 5; *Bruckmüller/Schumann*, Zur Beiziehung von Sachverständigen und PrivatgutachterInnen im Strafprozess, *juridikum* 2008, 73; *Todor-Kostic*, Sachverständigenbeweis und Sachverständigenauswahl. Problembereiche im Lichte des § 126 StPO neu, *AnwBl* 2011, 134.

14 Diesen Terminus bspw daher auch verwendend *Stuefer*, Wirtschaftsstrafrecht aktuell, Das Rad nicht rückwärts drehen – Zur Frage der Bestellung von Sachverständigen im Strafverfahren, *JSt* 2/2012, 71.

Dieses Ergebnis ist auch – wenn man so möchte – ganz bewusst in Kauf genommen worden. Wie *Pilnacek/Pleischl* ausführen, ergibt sich aus der Leitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren auch die Berechtigung der Staatsanwaltschaft, Sachverständige zur Unterstützung der Ermittlungen beizuziehen. Ausdrücklich wird in diesem Zusammenhang auch von den Autoren und Mitbegründern der StPO-Reform festgehalten, dass eine (weiterhin) „gerichtliche Auswahl und Bestellung von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren mangels verfahrensleitender Kompetenz des Gerichts wenig zweckmäßig wäre. Im Übrigen sollen Sachverständige ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit grundsätzlich durch Persönlichkeit und fachliche Kompetenz und nicht durch einen Bestellvorgang dokumentieren“¹⁵. Schließlich hat man – im vollen Bewusstsein dazu – im Zuge der Reform 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 er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist¹⁶.

IV. Aktuelle Diskussion

An diese nunmehrige Konstellation anknüpfend hat sich nun eine rege Diskussion in der Lehre und bei Praktikern entflammt¹⁷, die wohl auch zeitnah von der Judikatur zu beantworten sein wird. Denn eines ist gewiss. Selbst wenn der Gesetzgeber pro futuro wieder eine andere Regelung einführt, sind derzeit in erster Instanz zahlreiche prominente und wirtschaftlich bedeutsame Strafverfahren entschieden worden (oder seit Jahren anhängig), in welchen im Vorverfahren die Bestellung des Sachverständigen durch die Anklagebehörde erfolgt ist.

Studiert man unvoreingenommen die aktuellen Lehrmeinungen und auch die Medienartikel prominenter und ausgewiesener Strafrechtsexperten lässt sich konstatieren, dass die gegenwärtige Bestellungspraxis nahezu niemand

15 *Pilnacek/Pleischl* (FN 11) Rz 543 sowie EBRV StPREfG 2004, 176.

16 Vgl dazu auch näher *Pilnacek/Pleischl* (FN 11) Rz 546 ff.

17 Vgl dazu nur *Graf*, Die Rolle des Sachverständigen im Prozess, *juridikum* 2008, 24 ff; *Bruckmüller/Schumann* (FN 12); *Moring*, Der Sachverständige in Wirtschaftsstrafsachen und Probleme der Sicherung eines fairen Verfahrens, in *Miklau-FS* (2006) 353 ff; *Todor-Kostic* (FN 13), *Ratz*, Zur Reform der Hauptverhandlung und des Rechtsmittelverfahrens, *ÖJZ* 2010, 387 ff; *Hinterhofer* WK-StPO § 125 Rz 5 f; *Stuefer* (FN 14); *Ehrbar*, Der Kampf um Sachverständigengutachten in Wirtschaftsstrafprozessen (I), *JSt* 1/2012, 16; *Wess*, Der Kampf um Sachverständigengutachten in Wirtschaftsstrafprozessen (II), *JSt* 1/2012, 18; *Kralik*, Der Kampf um Sachverständigengutachten in Wirtschaftsstrafprozessen (III), *JSt* 1/2012, 20; *Prochaska/Kinczel*, Inquisitionsprozess „light“?, *Die Presse* vom 2. 4. 2012, Rechtspanorama; *Kordik*, Staatsanwälte pflanzt man nicht, *Die Presse* vom 10. 3. 2012; *Lewisch*, Der Zugang zum OGH in Strafsachen aus anwaltlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Zugang zum OGH (2012) 152 ff.

mehr für rechtlich gänzlich unbedenklich erachtet. Das ist auch wenig verwunderlich. Wenn man die obigen Ausführungen nochmals rekapituliert, ist der Widerspruch in sich leicht erkennbar. Man kann wohl nicht ernsthaft in einem Atemzug behaupten, dass Privatgutachten bereits von vornherein nicht zuzulassen sind, weil ihnen *die Garantie der Unparteilichkeit fehlt, da sie eben gerade auf Veranlassung einer Prozesspartei erstellt werden*¹⁸ und andererseits wiederum die Bestellung von Sachverständigen im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft mit der Begründung für zulässig erachten, dass *diese Sachverständigen der Staatsanwaltschaft ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit grundsätzlich durch Persönlichkeit und fachliche Kompetenz und nicht durch einen Bestellvorgang dokumentieren*¹⁹. So ist auch die Staatsanwaltschaft, spätestens im Hauptverfahren, unstreitig „eine der Prozessparteien“ (vgl § 210 Abs 2 StPO). Warum soll daher auch ein Sachverständiger des Beschuldigten nicht ausreichend Persönlichkeit dafür besitzen, dass er seine Unabhängigkeit und Unbefangenheit ausreichend dokumentiert? Eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Beschuldigten liegt daher auf der Hand.

In diesem Sinne hält daher auch der OGH in seinem Tätigkeitsbericht im März 2011 fest, dass die Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese im Ermittlungsverfahren dem Gericht zu übertragen ist. Das – so der OGH wortwörtlich in diesem Tätigkeitsbericht – „*durch Wechsel der Staatsanwaltschaft nach Anklageerhebung in die Rolle einer Verfahrensbeteiligten offensichtliche Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 3 lit d MRK würde dadurch vermieden*“ werden. Privatsachverständige möchte der OGH weiterhin nicht zulassen, da diese, wie er ausführt, „*den Prozess sehr hemmen, sodass sogar in adversatorischen Systemen wie in England eine Tendenz zu deren Abschaffung erkennbar wird*“.²⁰

Die dazu gegenteilige Position nimmt bspw *Todor-Kostic* ein.²¹ Im Ergebnis vertritt er den Standpunkt, dass ausgehend von der Konzeption des neuen Ermittlungsverfahrens, nach welcher die Staatsanwaltschaft in der Regel den Sachverständigen, der in der Praxis von den Gerichten zumeist übernommen wird, für das gesamte weitere Verfahren faktisch bindend vorgibt, nicht mehr im Einklang mit der Judikatur des OGH zur strikten Nichtzulassung von Privatgutachten im gerichtlichen Verfahren stehen kann.²²

18 Vgl dazu oben den Judikaturhinweis zur früheren Rechtslage unter II.C.

19 Vgl dazu oben unter III.B.

20 *Moringe* (FN 17), so im Ergebnis schon der Vorschlag von *Ratz* (FN 17).

21 (FN 13).

22 So im Ergebnis auch *Stuefer* (FN 14); *Prochaska/Kinczel* (FN 17); *Wess*, Der Kampf um Sachverständigengutachten in Wirtschaftsstraftprozessen, in *Soyer/Stuefer* (Hrsg), Strafverteidigung – Kritik vorbeugender Maßnahmen/Sicherheit, 111 ff und wohl auch *Moringe* (FN 17).

A. Vorgaben des Verfassungsrechts insbesondere Art 6 MRK

Welche Vorgaben gibt nun aber hier das Verfassungsrecht bzw die Judikatur des EGMR tatsächlich? Art 6 MRK sieht vor, dass jedermann Anspruch auf ein faires Verfahren hat. In Art 6 Abs 3 lit d wird nun explizit festgehalten, dass dazu auch das Recht gehört, *die Ladung und die Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die Belastungszeugen zu erwirken*. Lesenswert erscheint in diesem Zusammenhang der Beitrag von *Moringe* in der Festschrift *Miklau*. So hält auch *Moringe* zutreffend fest, dass in seiner Gesamtheit das Vorverfahren in Wirtschaftsstrafsachen von einem richterlichen zu einem solchen des Sachverständigen mutiert ist. Bei der von der Rechtsprechung – allenfalls weiterhin – gebilligten Vorgangsweise erzeugt der Sachverständige durch seine direkte Intervention in der Hauptverhandlung regelmäßig den Eindruck, Hilfsperson der Anklagebehörde und nicht unabhängiges und unparteiliches Beweismittel zu sein. Es sei an dieser Stelle betont, dass diese Konstellation per se noch nicht zu beanstanden ist. Im Lichte des Art 6 Abs 3 lit d MRK muss es dann aber auch für den Beschuldigten möglich sein, eine Hilfsperson für die Verteidigung in gleichem Ausmaß beizuziehen. Schließlich hält *Moringe*²³ völlig zu Recht fest, dass die Zulassung und prozessuale Berücksichtigung von Privatgutachten im Hauptverfahren keiner zusätzlichen, im Sinne von expliziten, Normierung in der StPO bedarf. Der StPO sind vielmehr Beweismittelverbote weitgehend fremd, das Privatgutachten benötigt daher auch keiner spezifischen Benennung im Gesetz, um zulässig zu sein, da als Beweismittel alles gelten muss, was nach rein logischen Grundsätzen Beweis zu machen, dh die Wahrheit zu ergründen geeignet ist. An dieser Stelle kann und muss ein Verweis auf § 3 StPO genügen, wonach eben genuine Aufgabe des Strafgerichtes ist, die Wahrheit zu erforschen. Die zur Belastung und die zur Verteidigung des Beschuldigten dienenden Umstände sind mit der *gleichen* Sorgfalt zu ermitteln. Höchst interessant sind schließlich die Untersuchungen und Ausführungen von *Moringe* dahingehend, wonach im Gegensatz zum Strafprozessreformgesetz 2004 in den früheren Diskussionsentwürfen 1998 und 2001 noch sehr wohl vorgesehen war, dass der Beschuldigte zu beweiserheblichen Tatsachen Privatgutachten verwenden kann und dieses Vorhaben, ohne jeglichen Kommentar in den Materialien, in weiterer Folge wieder herausgenommen worden ist.

Schließlich analysiert *Moringe* jene beiden Urteile des EGMR mit Österreichbezug, die bis dato zum Themenkreis Sachverständigenbeweis ergangen sind. Einmal wurde eine Konventionsverletzung iSd Art 6 MRK festgestellt²⁴, einmal eine solche verneint²⁵. Im Fall der festgestellten Konventionsverletzung (*Bönisch*) wurde beanstandet, dass gem § 48 LMG in der damals gel-

23 So auch *Todor-Kostic*, (FN 13).

24 EGMR 6. 5. 1985, *Bönisch* gegen Österreich, 9658/79.

25 EGMR 29. 8. 1991, *Brandstetter* gegen Österreich, 11170/84, 12876/87 (ÖJZ 1992/3 [MRK]).

tenden Fassung, der Direktor der Bundesanstalt für Lebensmitteluntersuchung, der auch die Strafanzeige erstattet hatte, in weiterer Folge auch zum gerichtlichen Sachverständigen bestellt worden ist. Im Fall der nicht festgestellten Konventionsverletzung (*Brandstetter*) wurde wiederum – im Ergebnis: vergeblich – releviert, dass der in Rede stehende Gerichtssachverständige von derselben Behörde stammte (landwirtschaftlich chemische Bundesversuchsanstalt), die auch die Anzeige gegen den Beschuldigten eingebracht hat. Dieser Gerichtssachverständige war aber – das gilt es für den vorliegenden Beitrag zu betonen – in keiner Weise in die Verfassung der ursprünglichen Anzeige gegen Herrn Brandstetter involviert. Mit anderen Worten: es lag keine Personenidentität zwischen Sachverständigen des Anzeigers und Gerichtssachverständigen vor.

Zutreffend hält nun *Moringe* – auch unter Verweis auf sonstige Judikatur des EGMR²⁶ – fest, dass der Gerichtshof keine Beweisregeln als solches aufstellt. Dem Gerichtshof ist vielmehr in einer Gesamtschau wichtig und wesentlich, ob das Verfahren, inklusive der Art *wie* Beweise aufgenommen, zugelassen und beurteilt werden, *fair* im Sinne 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 in merito zu prüfen. Kommt man dergestalt zu dem Ergebnis, dass der Sachverständige, in merito, als „Zeuge gegen den Anklagten“ zu werten ist, wird die Waffengleichheit verletzt, wenn der Angeklagte nicht seinerseits die gleichen Rechte eingeräumt bekommt.²⁷ Näheres Zusehen zeigt daher, dass der EGMR schon seit Langem den Terminus „Zeuge gegen den Anklagten“ verwendet und in diesem Sinne die Waffengleichheit prüft.

Betrachtet man die gegenwärtige Bestellungspraxis von Sachverständigen in Wirtschaftsstrafprozessen (Personenidentität des Sachverständigen im Vorverfahren und im Hauptprozess; regelmäßige Anwesenheit des Sachverständigen schon bei den Beschuldigten- und Zeugeneinvernahmen im Vorverfahren; durchgehende Präsenz des Sachverständigen während des gesamten Hauptverfahrens samt umfassenden Fragerechts gegenüber den Beschuldigten im Hauptverfahren; umfassende Präsentation seines, im Vorverfahren im Auftrag der Staatsanwaltschaft abgegebenen, Gutachtens im Hauptverfahren, ohne, dass ein Sachverständiger der Verteidigung ein anderslautendes Gutachten präsentieren dürfte), dann kann man mE nur zu dem Ergebnis gelangen, dass die gegenwärtige Konstellation dem Fall *Bönisch* entspricht und nicht dem Fall *Brandstetter*.

26 EGMR 28. 10. 1996, *Mantovanelli* gegen Frankreich, 8/1996/627/810, Rz 34.

27 *Moringe*, (FN 17) 362 f.

B. Beispiele aus der Praxis

Diese soeben unter IV.A. erlangte Schlussfolgerung bestätigt sich um so mehr, wenn man sich die derzeitigen Gutachtensbestellungen und die konkreten Gutachtensaufträge an die Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren näher ansieht.

Der Autor hat bereits vor geraumer Zeit einen aktuellen Fall referiert, in welchem der Sachverständige von der Staatsanwaltschaft konkret mit der Beantwortung der Frage beauftragt worden ist, „*welche handelnden Personen haben von der konkreten Ausgestaltung der Emissionen einschließlich allfälliger mit den Investoren getroffener Neben-Vereinbarungen und einschließlich einer allfälligen Refinanzierung der Investoren, somit vom Vorgang in seiner Gesamtheit, gewusst bzw haben davon wissen müssen?*“²⁸ Wie mir Kollegen bestätigen, handelt es sich dabei auch um keinen Einzelfall. Wenngleich die konkrete Fragestellung besonders „exponiert“ – im Sinne einer unzulässigen Beweiswürdigung – erscheinen mag, ist jedenfalls zu konstatieren (man denke nur an die Fragestellungen bei Kridaverfahren oder bei diversen Bilanzdelikten), dass es oft für die Staatsanwaltschaft gar nicht möglich ist, konkrete Gutachtensaufträge zu formulieren, in welchen sich der Sachverständige nicht auch, allenfalls auch nur am Rande, zumindest also peripher mit Fragen der Beweiswürdigung und/oder der Beantwortung von Rechtsfragen zu beschäftigen hat²⁹.

Die Erfahrungen der Praxis bestärken daher nur noch mehr die Ergebnisse unter IV.A. wonach der Sachverständige, in merito, regelmäßig als „Zeuge der Anklage oder gegenüber dem Angeklagten“ zu betrachten ist.

V. Eigene Lösungsvorschläge

Auch diese hat der Autor bereits an anderer Stelle unterbreitet.³⁰ Man kann mE nur entweder beide Sachverständigen „auf Augenhöhe“ in den Prozess einbringen oder aber eine davon dritte, unabhängige, Person zum Gerichtssachverständigen bestellen. Die Stoßrichtung von *Ratz*³¹ respektive des OGH in seinem Tätigkeitsbericht aus März 2012 überzeugen nicht. Eine Gesetzesänderung dahingehend, dass auch im Vorverfahren wieder das Gericht, das müsste jetzt der sog Haft- und Rechtsschutzrichter sein, die Bestellung des Sachverständigen vornimmt, kann nicht die frühere Konstellation wiederherstellen, da das Gericht im Vorverfahren de facto keinerlei Leitungsbefugnisse, sondern nur mehr rein Kontrollbefugnisse, hat. Auch die

28 *Wess*, (FN 17) – alle Rechtsmittel gegen solche Fragestellungen blieben im Übrigen – zumindest bis dato – erfolglos.

29 Siehe dazu auch den Hinweis von *Kralik* (FN 17).

30 *Wess* in *Soyer/Stuefer*, (FN 22).

31 FN 17 so auch offensichtlich *Lewisch* beim Gabelhofer Strafrechtsseminar 2011 (vgl dazu den Hinweis von *Lewisch*, [FN 17] in FN 25).

Argumente im Sinne der Prozessökonomie (§ 126 Abs 2c StPO) überzeugen nicht³². Es könnte einem Beschuldigten die Option eingeräumt werden, dass er sich ausdrücklich mit der – personenidenten – Bestellung des Sachverständigen des Vorverfahrens zum Gerichtssachverständigen des Hauptverfahrens einverstanden erklärt. Ohne seine ausdrückliche Zustimmung kann ein solches Kriterium der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit aber keinesfalls über die verfassungsrechtliche Garantie eines fairen und objektiven Strafgerichtsverfahrens gestellt werden.

Schließlich kann aber auch die Unterscheidung von *Ratz* zwischen akkusatorischen Systemen einerseits und adversatorischen Systemen andererseits als Argument gegen die Beiziehung von Privatsachverständigen nicht überzeugen³³. *Ratz* vermeint, nur in adversatorischen Verfahren benötige man – wenn überhaupt – Privatsachverständige, weil es dort allein Sache der Parteien wäre, die Beweismittel für ihren Standpunkt zu präsentieren. Wenn *Ratz* in diesem Zusammenhang ausführt, dass *naturgemäß Privatsachverständige einen Störfaktor in dem durch amtswegige Wahrheitsforschung determinierten akkusatorischen Prozess [bilden], weil hier der Sachverständige eben nicht Gehilfe der jeweils beweisführenden Partei ist, sondern dem Gericht beistehen soll*, dann ist ihm entgegenzuhalten, dass wohl nichts anderes für den Zeugen der Anklage, den von der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren bestellten Sachverständigen, gelten kann. Im Übrigen bliebe es einem Gericht unbenommen, weder den Zeugen der Anklage noch den Zeugen der Verteidigung zum Gerichtssachverständigen zu bestellen, sondern vielmehr eine dritte Person.

Letztendlich kann nur ein Argument überzeugen. Die Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitsforschung (§ 3 StPO) ist im gerichtlichen Strafverfahren über alle sonstigen Überlegungen zu stellen. Damit korrespondiert aber auch ein Verfahrensrecht, das bereits von vornherein jeglichen Anschein einer unsachlichen Differenzierung hintanhält. Wie *Lewisch* im Übrigen zutreffend festhält, lässt sich die Ermittlung der materiellen Wahrheit ohnehin stets besser im Widerstreit von Positionen als durch ein Informationsmonopol sicherstellen³⁴.

32 Auch dazu *Ratz*, (FN 17).

33 *Ratz*, (FN 17) 388.

34 *Lewisch*, (FN 17) 153 f, *Lewisch* weist aaO im Übrigen auch völlig zu Recht darauf hin, dass im österreichischen Verwaltungs(straf)recht bereits seit Jahrzehnten die Zulassung von Privatsachverständigen anerkannt ist. „Mit größter Selbstverständlichkeit“ – so *Lewisch* – „von niemanden in Frage gestellt und ohne jeden nachteiligen Einfluss auf die Qualität der Entscheidungen besteht im VStG das Recht des Beschuldigten, einem Gutachten eines Amtssachverständigen auf gleicher fachlicher Ebene durch Privatgutachten entgegenzutreten. Was aber im Verwaltungsstrafverfahren recht ist, muss doch auch im Strafprozessrecht billig sein“.

VI. Resümee

Im Ergebnis ist wohl festzuhalten, dass die derzeitige Bestellungspraxis ein und desselben Sachverständigen im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft und im gerichtlichen Hauptverfahren durch das Gericht in Kombination mit der strikten Nicht-Zulassung von Sachverständigen der Beschuldigten im Hauptverfahren gegen Art 6 Abs 3 lit d MRK verstößt. Die Bestimmung des § 126 Abs 4 letzter Satz StPO, ganz bewusst eingefügt durch den Gesetzgeber im Zuge der StPO-Reform, BGBl I 2004/19, ist verfassungswidrig, wenn man nicht eben auch Sachverständige der Verteidigung dieselben Rechte und dieselbe Position im Hauptverfahren einräumt.

Da man aber auch – wie bereits *Stuefer* zutreffend festhält – aufgrund der nunmehrigen umfassenden Leitungsbefugnis „das Rad der Zeit nicht mehr zurückdrehen kann“, erscheint eine MRK-konforme Vorgehensweise nur insofern möglich, als sich die Zeugen der Anklage mit den Zeugen der Verteidigung³⁵ im Hauptverfahren „auf Augenhöhe“ mit gleichen prozessualen Rechten begegnen müssen können. Das Gericht könnte im Übrigen von der Möglichkeit Gebrauch machen, einen eigenen Gutachter zu bestellen, der dann, man möchte fast sagen: erstmalig, die Bezeichnung Obergutachter tatsächlich verdient.

Der aktuelle Fall „*Birnbacher*“ kann sohin eine Beibehaltung an der derzeitigen Praxis in keiner Weise rechtfertigen. Ganz im Gegenteil, der Fall zeigt, dass sogar eine Mehrzahl an Sachverständigen irren können, wobei der Irrtum eben auch darin begründet sein mag, dass diese Sachverständige von ihrem Auftraggeber nur ein unzureichendes Maß an Information erhalten haben³⁶. In einem solchen Fall ist dem Sachverständigen auch kein Vorwurf zu machen. Man muss sich vor ihm im Hauptverfahren dann aber auch, aus Sicht des Gerichts, der Staatsanwaltschaft (oder eben auch der Verteidigung) nicht wirklich fürchten, zumal man allein aus seiner Befundaufnahme heraus dann relativ leicht erkennen wird können, dass dieser seitens seines Auftraggebers nicht das gesamte Bild präsentiert bekommen hat.

Ein solch unzureichendes Gutachten könnte aber, und das ist der entscheidende Punkt, ebenso durch den Sachverständigen der Anklage erfolgen. Diese Expertise hätte dann aber gegebenenfalls fatale negative Konsequenzen, insbesondere wenn man dieses Gutachten sodann im Hauptverfahren nicht adäquat, nämlich auf „Augenhöhe“, durch einen Zeugen der Verteidigung bekämpfen kann.

35 Insofern erscheint auch der Terminus „Privatgutachten“ nicht mehr adäquat. Vielmehr sollte man die Bezeichnung Sachverständiger (= Zeuge) der Anklage bzw Sachverständiger (= Zeuge) der Verteidigung verwenden.

36 Es sei an dieser Stelle nämlich auch erwähnt, dass gerade diese Gutachter der Kärntner Landesholding ansonsten über viele Jahre (teilweise sogar Jahrzehnte) hinweg regelmäßig als Gerichtssachverständige in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren fungieren.