

ZWVF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

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

SAVE THE DATE!

4. ZWF-Get-Together am 15. 1. 2019

Die vertiefende Analyse

Gläubigerschutz zwischen Insolvenz- und Strafrecht

Wirtschaftsstrafrecht

Wesentlichkeit und Schadenseignung nach § 163a StGB

Teilnahmerecht an Besprechungen mit dem Sachverständigen

Checkliste zu Hausdurchsuchungen

Europastrafrecht

Jetzt kommt die 5. Geldwäsche-Richtlinie

Finanzstrafrecht

Dringender Reformbedarf bei § 22 FinStrG

Gewerbsmäßige Tatbegehung der Abgabenhinterziehung

Tagungsbericht „Finanzstrafrecht 2018 – Forum für Praktiker“

Aus Sicht der Finanzstrafbehörde

Akteneinsicht im Finanzstrafverfahren

Zum Teilnahmerecht des Beschuldigten an Besprechungen der Staatsanwaltschaft mit dem (gerichtlich geführten) Sachverständigen im Ermittlungsverfahren

Zugleich eine Besprechung von OGH 25. 6. 2018, 17 Os 7/18k, 17 Os 13/18t, 17 Os 14/18i

Norbert Wess / Katharina Dangl



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



Mag. Katharina Dangl ist Rechtsanwaltsanwärtlerin bei wkklaw Rechtsanwälte in Wien.

Durch die Neuregelung des Sachverständigenbeweises sollte das zuletzt massiv kritisierte Ungleichgewicht zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigten ausgeglichen werden. Doch auch nach dem StPRÄG 2014 ergeben sich rund um den Sachverständigenbeweis eine Reihe von Fragen, mit denen sich die Praxis – und zuletzt auch der OGH (OGH 25. 6. 2018, 17 Os 7/18k, 17 Os 13/18t, 17 Os 14/18i)¹ – auseinanderzusetzen hat.

1. Gerichtliche Führung des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren

Kaum ein anderes strafprozessuales Thema war in den letzten Jahren derart in Diskussion wie der Sachverständigenbeweis, insb die Stellung und Position des Sachverständigen.² Auslöser für diese Diskussion war die „große“, am 1. 1. 2008 in Kraft getretene StPO-Reform,³ die dazu geführt hat, dass der Sachverständige im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft bestellt, geführt und angeleitet wird. Im Fall der Anklageerhebung „mutierte“ ein solcher Sachverständiger regelmäßig zum gerichtlich bestellten Sachverständigen und hatte sodann sein – im Auftrag der Staatsanwaltschaft erstelltes Gutachten – als (nunmehr) Gerichtssachverständiger kritisch zu hinterfragen.⁴ Letztendlich hat der VfGH mit Erkenntnis vom 10. 3. 2015 die (damalige) Regelung des § 126 Abs 4 Satz 3 StPO idF BGBl I 2004/19 wegen Verstoßes gegen das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantierte Gebot der Waffengleichheit für verfassungswid-

rig erklärt.⁵ Die Neuregelung des § 126 Abs 5 StPO idF BGBl I 2014/71 sieht nun vor, dass der Beschuldigte auch schon im Ermittlungsverfahren – ohne Angabe von Gründen – die gerichtliche Führung des Sachverständigen verlangen kann.⁶ Von dieser Möglichkeit machen die Beschuldigten regelmäßig Gebrauch, zumal der OGH in der Zwischenzeit bereits judiziert hat, dass die Beibehaltung der Führung des Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren seitens des Beschuldigten einen Grundrechtsverzicht darstellt. Hat der Beschuldigte somit nicht bereits im Ermittlungsverfahren die gerichtliche Führung des Sachverständigen beantragt, kann er in weiterer Folge den ursprünglich von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren geführten Sachverständigen nun im Hauptverfahren nicht (allein) aus diesem Grund für befangen erklären und damit erfolgreich ablehnen.⁷ Dem gegenständlichen Ausgangssachverhalt liegt nun eine solche gerichtliche Führung des Sachverständigen (bereits) im Ermittlungsverfahren zugrunde.

2. Ausgangssachverhalt und Verfahrensgang

Als Ausgangspunkt der nachstehenden Erörterung soll der dem OGH für seine Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt kurz zusammengefasst dargestellt werden: In dem von der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) geführten Ermittlungsverfahren wurde ein Sachverständiger bestellt und mit der

¹ Die Autoren haben den in Rede stehenden Sachverhalt mittels Erneuerungsantrages gem § 363a StPO analog an den OGH herangetragen.

² Vgl hierzu (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) *Moringger*, Der Sachverständige in Wirtschaftsstrafsachen und Probleme der Sicherung eines fairen Verfahrens, in *Moos/Jesionek/Müller* (Hrsg), Strafprozessrecht im Wandel, FS Miklau (2006) 353 ff; *Todor-Kostic*, Sachverständigenbeweis und Sachverständigenauswahl. Problemfelder im Lichte des § 126 StPO neu, *AnwBl* 2011, 134; *Schwaighofer*, Der Sachverständigenbeweis im Strafverfahren (2014); *Mayer/Haidenhofer*, Der Sachverständige als Gehilfe des Staatsanwalts im Strafprozess, *AnwBl* 2014, 100; *Wess/Rohregger*, Der Sachverständige im Strafverfahren – Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH, *JSt* 2014, 200; *Schwaighofer*, Neverending story: Unreformierbarer „reformierter“ Sachverständigenbeweis, *AnwBl* 2015, 342; *Moringger/Haumer*, Sachverständige im Strafverfahren – Eine unendliche Geschichte, *JSt* 2016, 132.

³ BGBl I 2004/19.

⁴ Vgl dazu zB *Wess*, Aktuelle Rechtsfragen zur Stellung des Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren, in *Lewisich* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 117 (118 f).

⁵ Siehe dazu zB *Wess/Rohregger*, VfGH zur Doppelverwendung des Sachverständigen im Strafverfahren, *ZWF* 2015, 112 (112 ff).

⁶ Siehe dazu zB *Riffel*, Die Sachverständigen-Vorschlagsmöglichkeit des Beschuldigten nach § 126 Abs 5 StPO idF StPRÄG 2014, *RZ* 2016, 26; *Rebisant*, Waffengleichheit beim Sachverständigenbeweis: OGH, VfGH und StPRÄG 2014, in *Lewisich* (Hrsg), Jahrbuch für Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 205 (214); *Nemec/Wess*, Die neue Vorschlagsmöglichkeit eines Sachverständigen durch den Beschuldigten gem § 126 Abs 5 StPO idF, *ZWF* 2016, 94 (94 ff).

⁷ OGH 6. 9. 2016, 13 Os 66/16d; 16. 11. 2017, 12 Os 85/17t.

Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Der Beschuldigte beantragte – neben der für die weitere Erörterung der Entscheidung irrelevanten Erhebung des Sachverständigen aufgrund begründeter Zweifel an dessen Sachkunde – jedenfalls die Bestellung im Rahmen der gerichtlichen Führung und Beweisaufnahme. Das LG Korneuburg bestellte daraufhin denselben Sachverständigen im Rahmen der gerichtlichen Beweisaufnahme erneut.⁸

Die WKStA ersuchte in weiterer Folge, das konnte der Beschuldigte im Rahmen der Akteneinsicht dem AB-Bogen entnehmen, um Einräumung eines Gesprächstermins mit dem Sachverständigen zwecks Erörterung der den Gutachtensauftrag zugrundeliegenden und noch offenen Fragestellungen. Vor diesem Hintergrund beantragte der Beschuldigte, an diesem Gesprächstermin ebenfalls teilnehmen zu dürfen und von etwaigen weiteren Terminen zwischen der WKStA und dem (wohlgemerkt: gerichtlich geführten) Sachverständigen verständigt zu werden. Dieser Antrag wurde vom LG Korneuburg mit der Begründung zurückgewiesen, dass der StPO kein Recht des Beschuldigten oder seines Vertreters zu entnehmen sei, an derartigen Gesprächen teilzunehmen. Die WKStA hingegen, so das LG Korneuburg in der weiteren Begründung, werde deswegen beigezogen, weil es sich bei ihr – unabhängig von ihrer Parteistellung – um die ermittelnde Behörde handle. Es sei nicht zweckmäßig, dem Sachverständigen Aufträge zu erteilen bzw mit dem Sachverständigen Vorgehensweisen zu akkordieren, die dem Ermittlungsinteresse und den Ermittlungsintentionen der WKStA entgegenstehen könn(t)en. Aus der Beziehung der WKStA könne sich somit auch kein Verstoß gegen die Waffengleichheit ableiten lassen. Auch der gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde des Beschuldigten wurde vom OLG Wien nicht stattgegeben. § 126 Abs 5 StPO – so das OLG Wien – räume dem Beschuldigten kein Recht ein, an sämtlichen Besprechungsterminen mit einem gerichtlich bestellten Sachverständigen teilnehmen zu dürfen.

In weiterer Folge stellte der Beschuldigte einen Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens gem § 363a StPO analog.⁹ Durch die Beziehung nur einer Verfahrenspartei im Zuge derartiger Besprechungen werde nämlich das Recht

auf Waffengleichheit gem Art 6 EMRK neuerlich, wie bei der Vorgängerregelung des § 126 StPO, verletzt. Durch diesen Grundsatz soll vielmehr sichergestellt werden, dass die einander gegenüberstehenden Parteien verfahrensrechtlich vollkommen gleichgestellt werden. Da auch die Staatsanwaltschaft durch die gerichtliche Bestellung des Sachverständigen nur mehr als Verfahrenspartei angesehen werden könne, verletze deren Bevorzugung somit jedenfalls das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren.

Basierend auf diesem Erneuerungsantrags des Beschuldigten erhob die Generalprokuratur in weiterer Folge mit nahezu gleichlautenden Ausführungen eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gem § 23 Abs 1 StPO.¹⁰ Die Nichtgewährung der Teilnahmemöglichkeit des Beschuldigten an gegenständlichem Termin sei unter dem Aspekt der Waffengleichheit bedenklich; der OGH möge daher – so die Generalprokuratur – feststellen, dass das LG Korneuburg und das OLG Wien § 104 Abs 1 StPO iVm § 126 Abs 5 StPO verletzt haben. Die aufgezeigten Gesetzesverletzungen seien zwar geeignet, sich zum Nachteil des Beschuldigten auszuwirken; angesichts des bereits erfolgten Vollzugs der besagten Entscheidung und der Möglichkeit, die Rechtsverletzung im weiteren Verfahren geltend zu machen, bedürfe es nach Ansicht der Generalprokuratur keiner konkreten Wirkung iSd § 292 letzter Satz StPO.

3. Entscheidung des OGH

Der OGH hat der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes¹¹ vollinhaltlich Recht gegeben und festgestellt, dass die Beschlüsse des LG Wien sowie des OLG Wien § 104 Abs 1 StPO verletzt. Aus diesem Grund hat der OGH die Beschlüsse zur Gänze aufgehoben. Des Weiteren – entgegen den Ausführungen der Generalprokuratur in deren Nichtigkeitsbeschwerde – hat der OGH dem Erstgericht aufgetragen, dem Beschuldigten die Gelegenheit zu einem Besprechungstermin mit dem Sachverständigen unter denselben Bedingungen zu geben, wie er der Staatsanwaltschaft eingeräumt worden ist, also ohne deren Anwesenheit, sofern der Beschuldigte nicht durch seinen Verteidiger ausdrücklich erklärt, mit der Anwesenheit seitens der Staatsanwaltschaft einverstanden zu sein.

⁸ Dieses Phänomen in der Praxis sei an dieser Stelle nur am Rande bemerkt. In nahezu 100 % der Fälle, in denen der Beschuldigte die gerichtliche Führung des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren beantragt und dem Gericht auch einen (besser) qualifizierten Sachverständigen namhaft macht und/oder die mangelnde fachliche Qualifikation des bis dato vorgeschlagenen Sachverständigen releviert, ist zu konstatieren, dass das Gericht an der vorgeschlagenen Person seitens der Staatsanwaltschaft festhält.

⁹ Siehe zum Erneuerungsantrag ganz grundsätzlich zB *Rebisant*, Die Geltendmachung von Rechtsfehlern nach Rechtskraft durch den Verteidiger (Erneuerungsantrag, Wahrungsbewehrung), in *Kier/Wess* (Hrsg), Handbuch Strafverteidigung (2017) 405 (408 ff).

¹⁰ Erneuerungsanträge gem § 363a StPO analog führen – wenn die Generalprokuratur den Rechtsstandpunkt des Beschuldigten teilt – regelmäßig dazu, dass diese in weiterer Folge eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gem § 23 Abs 1 StPO ergriffen wird. Der OGH beginnt in einem solchen Fall mit der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes aufgrund der damit verbundenen Möglichkeit zur Feinprüfung auch unterhalb der Verfassungsstufe. Der Beschuldigte wird in weiterer Folge auf die Entscheidung des OGH zu dieser Nichtigkeitsbeschwerde verwiesen; vgl RIS-Justiz RS0126458.

¹¹ Der Beschuldigte wurde sodann hinsichtlich seines Erneuerungsantrags auf die zur Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ergangene Entscheidung verwiesen; vgl hierzu FN 10.

Der OGH sah sich also nicht nur veranlasst, die Verletzung des § 104 Abs 1 StPO festzustellen, sondern verknüpfte diese nach § 292 letzter Satz StPO mit einer konkreten Wirkung. Hierdurch soll dem LG die Möglichkeit gegeben werden, die erfolgte Verkürzung der Verteidigungsrechte auf die im Spruch ersichtliche Weise auszugleichen.

Begründend führt der OGH aus, dass die Änderung der Vorschriften über die Sachverständigenbestellung durch das StPRÄG 2014¹² mit der Intention erfolgte, grundrechtliche Bedenken gegen das davor bestehende System auszuräumen. Seither dürfe die Staatsanwaltschaft – anders als die Verteidigung – eine Beweisführung durch einen Sachverständigen auch bloß zur Erkundung veranlassen,¹³ weil für sie insoweit bloß § 103 Abs 2 StPO, für die Verteidigung § 55 StPO, gelte. Sofern die Staatsanwaltschaft das aber mache, ist die Verteidigung ihr in Bezug auf die veranlasste Beweisführung durch Sachverständige vollkommen gleichgestellt, womit dieselben Bedingungen iSd Art 6 Abs 3 lit d EMRK zu garantieren sind.

Anstelle der Bestellung oder auch bloß der Führung (§ 103 Abs 2 StPO) des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft¹⁴ stehe es der Verteidigung zu, die gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises zu verlangen, in welchem Fall alle Bestellungs- und Führungskompetenzen dem Gericht zukommen und die Staatsanwaltschaft – in Betreff dieser Beweisaufnahme (§ 104 StPO) – sofort zur Partei wird, demnach nur noch dieselben Rechte wie die Verteidigung hat (§ 104 Abs 1 iVm § 55 StPO). Die sonst gegenüber der Staatsanwaltschaft (als Leiterin des Ermittlungsverfahrens) bestehenden Rechte stünden nun gegenüber dem Ermittlungsrichter zu. Seine Entscheidungen (auch bloß die Zulassung einzelner Aufträge den Sachverständigen betreffend) seien als Beschlüsse anfechtbar. Was die Führung auf Verlangen nach gerichtlicher Beweisaufnahme vom Gericht bestellter Sachverständiger anlangt, gelten für Staatsanwaltschaft und Verteidigung dieselben Kriterien. Beide können unter den gleichen Bedingungen Fragen an den Sachverständigen richten oder die Ergänzung von Befund und Gutachten beantragen. Mangelhafte Begründung der Eignung, das Beweisthema zu klären, berechtige nur dann zur Unterlassung der Beweisaufnahme, wenn der

Antrag zur Verzögerung gestellt wurde (§ 104 Abs 1 StPO). Der Einzelrichter (§ 31 Abs 1 Z 1 StPO) habe beide Teile über diese Frage tunlichst in gleicher Weise anzuhören. Der Austausch der Parteien mit dem vom Gericht geführten Sachverständigen habe – im Interesse der Waffengleichheit und um dessen Position als neutrale Beweisperson nicht zu unterlaufen – über das Gericht zu erfolgen.

Dem Gericht stehe es (wie das Beschwerdegericht an sich zutreffend betont) offen, mit dem von ihm geführten Sachverständigen – etwa zur Wahrung des Beschleunigungsgebots (§ 9 Abs 1 StPO) oder der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (§ 126 Abs 2c StPO) iZm dem Gutachtensauftrag – auch ohne die Parteien zu kommunizieren. Hält es aber (wie hier) die Beteiligung einer Partei an einem Gespräch mit dem Sachverständigen über die weitere Vorgangsweise in Bezug auf den Gutachtensauftrag und darauf gerichtete Anträge für geboten, habe es – um den Zweck gerichtlicher Aufnahme des Sachverständigenbeweises nicht zu konterkarieren – der anderen Partei Gelegenheit zu geben, an diesem Gespräch teilzunehmen.

4. Fazit

Der Entscheidung des OGH ist vollinhaltlich zuzustimmen. Der OGH hat richtigerweise erkannt, dass das Vorgehen des LG Korneuburg eine Verletzung des § 104 Abs 1 StPO darstellt:

Neben der Rechtsschutz- und Kontrollfunktion kommt dem Gericht im Ermittlungsverfahren auch die Aufgabe zu, bestimmte Beweise im Rahmen einer eigenständigen Beweisaufnahme aufzunehmen (§ 104 StPO). Dazu zählt neben der Tatrekonstruktion und der kontradiktorischen Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten seit dem StPRÄG 2014 auch die Aufnahme des Sachverständigenbeweises im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme gem § 126 Abs 5 StPO. Es steht daher nunmehr der Verteidigung das Recht zu, die gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises zu verlangen; in diesem Fall liegen die den Sachverständigen betreffenden Bestellungs- und Führungskompetenzen bereits im Ermittlungsverfahren ausschließlich beim Gericht – und nicht mehr bei der Staatsanwaltschaft.

Das Gericht ist iSd § 104 Abs 1 StPO für die gesamte weitere Gutachtenerstattung zuständig; hinsichtlich des Sachverständigenbeweises verliert die Staatsanwaltschaft daher ihre Befugnis zur Leitung bzw Führung des Ermittlungsverfahrens.¹⁵ Die Staatsanwaltschaft wird vielmehr sofort zur Verfahrenspartei.¹⁶ Ihr kommen

¹² Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, BGBl I 2014/71.

¹³ Gemeint ist hierbei wohl, dass eine Erkundungsbeweisführung nunmehr auch bei gerichtlicher Führung des Sachverständigen möglich ist. Die Durchführung von Erkundungsbeweisen im Ermittlungsverfahren war der Staatsanwaltschaft bereits vor der Novelle möglich; vgl hierzu *Rebisant* in *Lewis*, JB Wirtschaftsstrafrecht 2015, 207 sowie unten.

¹⁴ Mit der Konsequenz, zum Verlangen nach Austausch des Sachverständigen ausschließlich aufgrund dieses Umstands im Hauptverfahren nicht mehr berechtigt zu sein.

¹⁵ *Nimmervoll*, Das Strafverfahren² (2017) 208 f.

¹⁶ *Ratz*, Was gilt mit Inkrafttreten des StRÄG 2015 für Sachverständige im Strafprozess? ÖJZ 2015, 836; *Pilnacek/Stricker* in *WK StPO*, § 104 Rz 30/5; *Dietrich*, Verteidiger und (Privat-)SV, in *Kier/Wess*, HB Strafverteidigung, Rz 5.41; *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens (2017) Rz 7.689.

demnach – ebenso wie in der Hauptverhandlung¹⁷ – nur noch dieselben Rechte wie der Verteidigung zu.¹⁸

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Beschuldigte müssen die Beweise, die aufgenommen werden sollen, nunmehr einzeln beantragen, da das Gericht beim Sachverständigenbeweis nur die beantragten Beweise aufzunehmen hat (§ 104 Abs 1 StPO).¹⁹ Nach der Neuregelung zum Sachverständigenbeweis kann daher auch die Staatsanwaltschaft auf den Gutachtensauftrag des Gerichts lediglich durch Stellung (weiterer) Beweisanträge einwirken.

Ausgesprochen hat der OGH auch, dass nunmehr nicht nur die Staatsanwaltschaft eine Erkundungsbeweisführung durchführen kann: Einer der Hauptkritikpunkte der alten Rechtslage war, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren – auch durch den Sachverständigen – Erkundungsbeweise durchführen darf, bei deren Aufnahme noch offen ist, ob sie überhaupt geeignet sind, das Beweisthema durch Beweis einer erheblichen Tatsache zu klären, während dem Beschuldigten ein Beweisantrag, der einen bloßen Erkundungsbeweis betrifft, gem § 55 StPO verwehrt war.²⁰ Der OGH hält nun ausdrücklich fest, dass die Staatsanwaltschaft zwar auch im Rahmen eines gerichtlich bestellten Sachverständigen weiterhin gem § 103 Abs 2 StPO Beweisführung durch den Sachverständigen auch bloß zur Erkundung veranlassen kann. Dem Beschuldigten kommt nun aber iSd Waffengleichheit das gleiche Antragsrecht zu: Auch für ihn ist daher ein Erkundungsbeweisantrag im Rahmen des gerichtlich geführten Sachverständigenbeweis zulässig, sofern er nicht bloß zur Verzögerung gestellt wird.²¹

Auch hierdurch wird deutlich, dass bei der gerichtlichen Beweisaufnahme durch Sachverständige für die Staatsanwaltschaft und den Beschuldigten sämtliche Verfahrensrechte – sowohl gegenüber dem Gericht als auch gegenüber der jeweils anderen Partei – in gleicher Weise gelten. Daraus kann nun abgeleitet werden, dass eine Bevorzugung einer Verfahrenspartei durch das Gericht zwangsläufig zu einer Verletzung der Verfahrensrechte der anderen Verfahrenspartei führt.

Im gegenständlichen Verfahren bat die Staatsanwaltschaft das Gericht nun in weiterer

Folge um die Einräumung eines Gesprächstermins mit dem nunmehr gerichtlich bestellten Sachverständigen, um einige, dem Gutachtensauftrag zugrunde liegende und noch offene Fragen zu erörtern. Möchte man solche Besprechungstermine durchführen – was aus prozessökonomischen Gründen durchaus nachvollziehbar ist –, so muss dies aber zwangsläufig bedeuten, dass an diesen Besprechungen alle Verfahrensbeteiligten teilnehmen dürfen. Insb muss bei Teilnahme einer Verfahrenspartei an einer Besprechung mit dem Sachverständigen auch der im Verfahren gegenüberstehenden anderen Verfahrenspartei die Möglichkeit der Teilnahme an ebendieser Besprechung eingeräumt werden, vor allem wenn – wie vorliegend – ausdrücklich der Antrag gestellt wird, an der gegenständlichen Besprechung teilnehmen zu dürfen.

Insofern ist die Situation beim Sachverständigenbeweis im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme durchaus vergleichbar mit jener bei der kontradiktorischen Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten nach den Bestimmungen des § 165 StPO. Auch dort wird die Staatsanwaltschaft neben dem Beschuldigten und sonstigen Verfahrensbeteiligten zur Partei des Verfahrens. Hier legt § 165 Abs 2 StPO ausdrücklich das Beteiligungsrecht der Staatsanwaltschaft sowie des Beschuldigten fest und entspricht dadurch dem Fairnessgebot und dem Grundsatz der Waffengleichheit.²²

Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass sich im Gesetz zwar keine Grundlage findet, die im Fall eines gerichtlich geführten Sachverständigenbeweises das Stattfinden von Besprechungsterminen zwischen dem Sachverständigen und einer oder sämtlichen Verfahrensparteien vorsieht. Umgekehrt findet sich aber auch keine gesetzliche Regelung, die es einer Verfahrenspartei dieser Beweisaufnahme alleine, also wie im gegenständlichen Fall nur der Staatsanwaltschaft, erlauben würde, einen Besprechungstermin mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen zu beantragen und diesen alleine, ohne Anwesenheit der anderen Verfahrenspartei – des Beschuldigten –, wahrzunehmen.

Mangelt es jedoch an einer entsprechenden – ausdrücklichen – gesetzlichen Grundlage, ist den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten, wie jenen des fairen Verfahrens in Art 6 EMRK, umso mehr die ihnen gebotene Aufmerksamkeit zu widmen:

Da es sich auch bei der gerichtlichen Beweisaufnahme des Sachverständigenbeweises um ein gerichtliches Verfahren handelt, ist der Grundsatz der Waffengleichheit jedenfalls anwendbar und stets zu beachten.²³ Dieser Grundsatz normiert, dass alle Verfahrensbeteiligten in einem Verfahren gleichbehandelt werden müssen,²⁴

¹⁷ Vgl etwa OGH 23. 8. 2017, 15 Os 7/17v.

¹⁸ Ratz, Der neue Sachverständigenbeweis nach dem StPAG 2014, ÖJZ 2015, 23 (23); Ratz, ÖJZ 2015, 836; Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren, Rz 7.690; Dietrich in Kier/Wess, HB Strafverteidigung, Rz 5.41.

¹⁹ Rebisant in Lewisch, JB Wirtschaftsstrafrecht 2015, 214; Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren, Rz 7.690; Dietrich in Kier/Wess, HB Strafverteidigung, Rz 5.41.

²⁰ Vgl hierzu ausführlich Rebisant in Lewisch, JB Wirtschaftsstrafrecht 2015, 207.

²¹ So schon Rebisant in Lewisch, JB Wirtschaftsstrafrecht 2015, 215; Pilnacek/Stricker in WK StPO, § 104 Rz 30/5; Fabrizy, StPO¹⁵ (2017) § 104 Rz 1a; Ratz, ÖJZ 2015, 836.

²² Kirchbacher in WK StPO, § 165 Rz 5.

²³ Meyer-Ladewig, EMRK⁴ (2017) Art 6 Rz 154.

²⁴ Meyer-Ladewig, EMRK⁴, Art 6 Rz 106.

widrigenfalls ein Verstoß gegen das faire Verfahren nach Art 6 EMRK vorliegt.

Der Grundsatz der Waffengleichheit ist zentraler Bestandteil des Fairnessgebots des Art 6 EMRK und bildet gleichzeitig eine besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes.²⁵ Demnach sind die einander gegenüberstehenden Parteien verfahrensrechtlich grundsätzlich gleichzustellen. Jeder Partei muss ausreichende Gelegenheit eingeräumt werden, ihren Fall einschließlich aller ihrer Beweise unter solchen Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner bedeuten.²⁶

Nach Art 6 Abs 3 lit d EMRK gilt die Waffengleichheit insb beim Zeugenbeweis, zu dem auch der Sachverständigenbeweis zu zählen ist.²⁷ Der Grundsatz der Waffengleichheit gibt dem Beschuldigten gerade bei Personalbeweisen das Beiziehungsrecht, seinen Standpunkt mitsamt den Beweisen ohne wesentlichen Nachteil gegenüber anderen Beteiligten des Verfahrens einzubringen.²⁸

Dem Grundsatz der Waffengleichheit entsprechend darf im Fall der gerichtlichen Beweisaufnahme des Sachverständigenbeweises sämtlicher Austausch zwischen dem Sachverständigen und den sonstigen Verfahrensbeteiligten nur über das Gericht stattfinden, „um gerade die Waffengleichheit sicherzustellen“.²⁹ Doch allein dadurch ist die Waffengleichheit nicht vollständig abgesichert. Wesentlich ist, dass die nunmehr vom Gesetzgeber gewählte Regelung sicherstellen soll, dass alle Verfahrensbeteiligten zu diesem Personalbeweis den gleichen Zugang und die gleichen Rechte haben. Es ist ja gerade Sinn und Zweck der Novellierung des Sachverständigenbeweises durch das StPRÄG 2014 und der nunmehrigen Möglichkeit der Bestellung des Sachverständigen im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme, dass der Sachverständige nicht mehr zum Belastungszeugen werden kann und dem Beschuldigten jedenfalls dieselben Bedingungen sowie den gleiche Zugang zum Sachverständigen wie der Staatsanwaltschaft (und umgekehrt) zu ermöglichen.³⁰

²⁵ Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 596 f.

²⁶ EGMR 27. 10. 1993, Bsw-Nr 14.448/88, *Dombo Beheer B. V.* gg Niederlande, Rz 33; vgl auch VfGH 13. 12. 2012, G 137/11.

²⁷ Vgl EGMR 6. 5. 1985, Bsw-Nr 8.658/79, *Bönisch* gg Österreich, Rz 29; Grabenwarter in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 EMRK (2007) Rz 211; Ratz, Brauchen wir Privatsachverständige im Strafverfahren? in *Reindl-Krauskopf/Zerbes/Brandstetter/Lewis/Tipold* (Hrsg), FS Fuchs (2014) 377 (391); *Swiderski*, Ist die Bestimmung und Führung des Sachverständigen im Strafverfahrensrecht verfassungsrechtlich unbedenklich? ÖJZ 2014, 958 (958).

²⁸ Vgl Grabenwarter in *Korinek/Holoubek*, BVR, Art 6 EMRK Rz 79, 99, 101 mwN; *Frowein/Peukert*, EMRK³ (2009) Art 6 Rz 147; *Meyer-Ladewig*, EMRK⁴, Art 6 Rz 106.

²⁹ *Rebisant* in *Lewis*, JB Wirtschaftsstrafrecht 2015, 215.

³⁰ Vgl *Ratz*, ÖJZ 2015, 836; *Rebisant* in *Lewis*, JB Wirtschaftsstrafrecht 2015, 212 f.

Entsprechend dürfen auch die Parteiöffentlichkeit und der Zugang zu einem Beweismittel nicht einseitig gewährt werden.³¹ Dies trifft richtigerweise nicht nur auf das Stadium des Hauptverfahrens zu, sondern muss auch im Fall gerichtlicher Beweisaufnahme des Sachverständigenbeweises gelten, da auch hier die Staatsanwaltschaft nur mehr als Verfahrenspartei anzusehen ist und ihr demnach „nur noch“ dieselben Rechte wie der Verteidigung zukommen. Der Grundsatz der Waffengleichheit erfordert weiters, dass der Grundrechtsberechtigte von den an das Gericht gestellten Anträgen und Schriftsätzen der Staatsanwaltschaft Kenntnis erlangt. Nichts anderes kann für mündlich im Rahmen eines Besprechungstermins an das Gericht übermittelte Informationen gelten. Auf deren Inhalt kommt es dabei nicht an: Es ist Sache der Verteidigung, zu entscheiden, ob eine Reaktion nötig ist.³²

Wird nun der Staatsanwaltschaft ein Besprechungstermin mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen gewährt, sei es auch in Anwesenheit des den Sachverständigen anleitenden Richters, so ist – soll dem aus Art 6 EMRK abgeleiteten Gebot der Waffengleichheit entsprochen werden – jedenfalls auch dem Beschuldigten die Möglichkeit zu geben, an dieser Besprechung teilzunehmen.³³ Jedes andere Vorgehen würde zu einer einseitigen Parteiöffentlichkeit führen und den Grundrechtsberechtigten von für ihn zur effektiven Verteidigung relevanten Informationen ausschließen.

Es ist dem OGH somit jedenfalls darin zuzustimmen, dass in der Gewährung des alleinigen Gesprächstermins zwischen der Anklagebehörde und dem Sachverständigen eine Bevorzugung der Staatsanwaltschaft zu erblicken ist. Durch die Untersagung der Teilnahme am betreffenden Gesprächstermin werden der Fairnessgrundsatz des Art 6 EMRK und das daraus abgeleitete Gebot der Waffengleichheit missachtet und verletzt.

Diese Verletzung kann auch nicht dadurch ausgeglichen werden, dass der Richter bei dem Gesprächstermin zwischen dem gerichtlich bestellten Sachverständigen und der Verfahrenspartei anwesend ist. Es ist ja gerade das Wesen des Grundsatzes der Waffengleichheit, dass dem Beschuldigten dasselbe Recht gewährt wird wie den übrigen – ihm gegenüberstehenden – Verfahrensparteien. Dies kann auch nicht durch die Teilnahme des zuständigen Richters substituiert werden.

Letztlich würde durch die alleinige Gewährung des Gesprächstermins für die Staatsan-

³¹ OGH 23. 8. 2017, 15 Os 7/17v; vgl auch VfGH 13. 12. 2012, G 137/11 mwN.

³² Grabenwarter/Pabel, EMRK⁴ (2016) § 24 Rz 67; EGMR 22. 2. 1996, Bsw-Nr 17358/90, *Bulut* gg Österreich; 25. 4. 2013, Bsw-Nr 58590/11 *Zahirović* gg Kroatien, Rz 47.

³³ Vgl hierzu auch *Ratz*, ÖJZ 2015, 836.

waltschaft wieder der Anschein eines Naheverhältnisses zwischen Staatsanwaltschaft und Sachverständigem erweckt werden. Daran ändert dann auch nichts, dass der Sachverständige nunmehr gerichtlich bestellt worden ist. Entscheidend ist nicht, wer den jeweiligen Sachverständigen bestellt, sondern ob er aufgrund seines konkreten Beitrags im Ermittlungsverfahren den Anschein erweckt, Zeuge der Anklage zu sein.³⁴

Genau diesem Anschein und der damit verbundenen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Waffengleichheit wollte der Gesetzgeber aber durch die Neuregelung des Sachverständigenbeweises entgegenwirken.³⁵ Kommt es nun zu einer derartigen Bevorzugung der Anklagebehörde, läuft dies der Intention des Gesetzgebers und der Entscheidung des VfGH zum Sachverständigenbeweis zuwider. Dies ist vor allem auch zu beachten, wenn es sich bei dem nunmehr gerichtlich bestellten Sachverständigen um denselben Sachverständigen handelt, der zuvor bereits von der Staatsanwaltschaft zum Sachverständigen bestellt wurde. Wenngleich das Gericht nicht gehindert ist, denselben Sachverständigen nunmehr gerichtlich zu bestel-

len,³⁶ so ist es zur Hintanhaltung jedweden Anscheins eines Naheverhältnisses und zur Achtung des Gebots der Waffengleichheit umso mehr geboten, sämtliche Verfahrensbeteiligten gleichzubehandeln.

► Auf den Punkt gebracht

Der OGH hat in seiner Entscheidung klar zum Ausdruck gebracht, dass die Bevorzugung einer Verfahrenspartei im Rahmen eines gerichtlich bestellten und geführten Sachverständigen im Ermittlungsverfahren gegen § 104 Abs 1 StPO verstößt. Gesprächstermine zwischen einem gerichtlich bestellten Sachverständigen und einer Verfahrenspartei können zwar grundsätzlich durchgeführt werden. In jedem Fall ist hierbei jedoch beiden Verfahrensparteien das Recht zu gewähren, an diesem Termin teilzunehmen und Fragen an den Sachverständigen zu stellen. Alles andere würde dem Gebot der Waffengleichheit gem Art 6 Abs 3 lit d EMRK zuwiderlaufen und der Intention der Neuregelung des Sachverständigenbeweises widersprechen.

³⁴ VfGH 10. 3. 2015, G 180/2014 ua, Rz 27; *Moringner/Haumer*, Sachverständige im Strafverfahren – Eine unendliche Geschichte, JSt 2016, 133.

³⁵ ErlRV 689 BlgNR 25. GP 50; vgl auch VfGH 10. 3. 2015, G 180/2014 ua, Rz 27.

³⁶ Hierzu allerdings kritisch *Nemec/Wess*, ZWF 2016, 94 (95 ff); vgl auch die Anmerkung in FN 8.

Die zehn wichtigsten Regeln für die Hausdurchsuchung

Checkliste für die Praxis

Michael Rami

Die folgende Checkliste fasst die zehn wichtigsten Regeln für die Hausdurchsuchung¹ zusammen.

1. Jeder kann „Opfer“ einer Hausdurchsuchung werden!

Hausdurchsuchungen können bei **jedermann** durchgeführt werden, auch wenn er mit der Strafsache nichts zu tun hat. Das Gesetz spricht daher konsequenterweise vom „*Betroffenen*“ (zB § 121 Abs 1 StPO).

2. Hausdurchsuchung vorbereiten!

In vielen Fällen ist schon absehbar, dass eine Hausdurchsuchung stattfinden wird. Darauf sollte man sich dann auch vorbereiten, zB derart, dass die voraussichtlich von der Behörde gewünschten **Unterlagen gut geordnet und leicht**

auffindbar bereitgehalten werden. Vor jeder Durchsuchung ist nämlich der Betroffene grundsätzlich aufzufordern, das Gesuchte freiwillig herauszugeben (§ 121 Abs 1 StPO).

Bei schriftlichen Aufzeichnungen oder automationsunterstützt verarbeiteten Daten hat sich die Behörde idR mit Kopien zu begnügen (näher § 110 Abs 4 StPO).

Korrespondenz mit dem Rechtsanwalt (Verteidiger) ist **in gewissem Umfang geschützt** (§ 157 Abs 2 StPO).² Diese sollte man daher – elektronisch wie physisch – stets in einem gesonderten Ordner ablegen und eindeutig bezeichnen (zB „*Korrespondenz mit Rechtsanwalt X*“).



Dr. Michael Rami ist Rechtsanwalt und Partner bei Gheneff Rami Sommer Rechtsanwälte in Wien sowie Mitglied des Verfassungsgerichtshofes.

¹ Seit dem StPRG (BGBl I 2004/19) heißt es eigentlich „*Durchsuchung von Orten und Gegenständen*“ (§ 117 Z 2 StPO).

² Vgl zu § 157 Abs 2 StPO jüngst *Stricker*, Das Umgebungsverbot (§ 157 Abs 2 StPO) nach dem StPRÄG 2016 I, ÖJZ 2018, 498.



Starten Sie gut ins
neue Jahr!

ZWF-Jahresabo 2020
(6. Jahrgang, Heft 1-6)

€ 201,60*
statt € 252,-*

Jetzt Jahresabo 2020
bestellen und 20 % sparen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

ZWF-Jahresabo 2020
(6. Jahrgang 2020, Heft 1-6)

EUR 201,60
statt EUR 252,-

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 | Datenschutzbestimmungen: 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, office@lindeverlag.at, T 01 24 630, F 01 24 630-23