

## II. Darstellung der aktuellen Problematik beim Sachverständigenbeweis

### A. Problemstellung

Im **Ermittlungsverfahren** erfolgt die Bestellung des Sachverständigen durch die StA (§ 126 Abs 3 StPO). Das entspricht der neuen Systematik der StPO und ermöglicht die sogenannte Leitung und Führung des Sachverständigen. Die Staatsanwälte sind wie die Sachverständigen zur Objektivität verpflichtet und wählen die Sachverständigen in erster Linie aus der Gerichtssachverständigenliste aus.

Dessen ungeachtet hat die StA die Rolle der Anklägerin, was jedenfalls eine ungünstige Optik hinsichtlich der Objektivität der Bestellung ergibt. Es ist auch nicht zu bestreiten, dass es Sachverständige gibt, die ihre Einkünfte beinahe ausschließlich aus der Gutachtertätigkeit beziehen,<sup>80)</sup> die in engen Beziehungen zur StA stehen, ja von ihnen geradezu abhängig sind, sodass im Rahmen ihrer Objektivitätsverpflichtung eine gewisse Neigung bestehen könnte, den Vorstellungen der StA zu entsprechen. Hinzu kommt, dass Sachverständige mitunter (im Auftrag der StA) selbständig ermitteln und weitere Ermittlungen durch Vorschläge an die StA sogar steuern. Einwendungen gegen die ausgewählte Person sind zwar möglich, aber nur wegen Befangenheit oder mangelnder Qualifikation, hingegen nicht wegen „ständiger Geschäftsbeziehungen“ zur StA.<sup>81)</sup>

*Ratz*<sup>82)</sup> weist zudem auf das strukturelle Ungleichgewicht hin, dass § 55 StPO, der das Beweisantragsrecht regelt, nur für den Beschuldigten (und für den Privatbeteiligten), nicht aber für die StA gilt. Dadurch müssten Anträge des Beschuldigten, die auf eine Erkundungsbeweisführung durch den Sachverständigen abzielen, abgewiesen werden, während die StA den Sachverständigen mit Ermittlungen „ins Blaue hinein“ beauftragen kann, ohne dass sich der Beschuldigte dagegen zur Wehr setzen kann. Denn die StA verletzt dadurch keine Bestimmungen der StPO, was Voraussetzung für die erfolgreiche Erhebung eines Einspruchs nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO wäre. *Ratz* hält eine solche Bevorzugung der StA im Ermittlungsverfahren für notwendig, weist aber zugleich auf die daraus resultierende Ausgleichsverpflichtung im Hauptverfahren hin, die aus seiner Sicht nicht mehr gewährleistet ist. Denn Erkundungsbeweisführung kommt im Hauptverfahren für keine Partei mehr in Betracht, der Beschuldigte könne also das Defizit aus dem Ermittlungsverfahren nicht mehr aufholen.

---

<sup>80)</sup> Siehe schon *Graßberger*, *Psychologie*<sup>2</sup> 278.

<sup>81)</sup> Näher dazu III. C. 1. b).

<sup>82)</sup> In *Fuchs-FS* 392.

Im **Hauptverfahren** ist der Sachverständige vom Gericht zu bestellen (§ 126 Abs 3 StPO). Dabei wird häufig, ja beinahe regelmäßig der von der StA bestellte Sachverständige als Gerichtssachverständiger „übernommen“. Das Gericht könnte zwar grundsätzlich einen neuen Sachverständigen bestellen, aber § 126 Abs 2c StPO verpflichtet alle Strafverfolgungsbehörden bei der Bestellung von Sachverständigen zur Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Wenn gegen die Person keine Bedenken hinsichtlich Befangenheit durch Nahebeziehungen zu einem Prozessbeteiligten oder mangelnder Fachkunde bestehen, kann (darf) das Gericht kaum einen neuen, anderen Sachverständigen bestellen, weil das zu zusätzlichen hohen Kosten führen würde.

Im Hauptverfahren wird die StA Prozesspartei. Der von ihr im Ermittlungsverfahren bestellte Sachverständige, der im Allgemeinen im Prozess eine geradezu entscheidende Rolle spielt, steht als „Sachverständiger der StA“ („Gehilfe der StA“) auf Grund der Bestellung durch die jetzige Prozesspartei StA in einem gewissen Anschein der Befangenheit. Wenn ein Anschein der Befangenheit besteht, entspricht der Sachverständige nach der Rechtsprechung des EGMR einem „Zeugen der Anklage“.<sup>83)</sup> Dann muss im Hauptverfahren Waffengleichheit hergestellt werden, um dem Grundsatz des fair trial gemäß Art 6 Abs 3 lit d EMRK zu entsprechen.

Ob die gebotene Waffengleichheit in der Hauptverhandlung nach bestehender Rechtslage hergestellt wird bzw werden kann, erscheint sehr fraglich. Denn § 126 Abs 4 letzter Satz StPO lässt die Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit bloß auf Grund der Bestellung durch die StA im Ermittlungsverfahren nicht zu, sodass derartige Anträge nicht erfolgversprechend sind. Andererseits haben „Privatsachverständige“ nur die bescheidenen Rechte nach § 249 Abs 3 StPO, Anträge der Verteidigung auf Verlesung eines Privatgutachtens oder Befragung eines Privatgutachters sind nach der Judikatur des OGH abzulehnen und daher aussichtslos. Privatgutachten werden von der Judikatur quasi als rechtliches Nichts gewertet, ja sie dürfen gar nicht verlesen werden. So stellt sich die Frage, ob § 126 Abs 4 letzter Satz StPO auf der Grundlage dieser Rechtsprechung (die freilich nicht zwingend geboten ist) verfassungskonform ist.

Bevor auf Einzelfragen eingegangen wird, soll noch ein kurzer Blick auf die rechtliche Situation in unseren Nachbarländern gerichtet werden.

### **B. Rechtliche Situation in Deutschland<sup>84)</sup>**

Aus § 161a dStPO ergibt sich die Berechtigung der StA, für das Vorverfahren den Sachverständigen iSd § 73 dStPO auszuwählen. Diese Bestellung verpflichtet den Sachverständigen wie eine richterliche Bestellung zum Tätig-

---

<sup>83)</sup> Unten III. C. 3. b).

<sup>84)</sup> Siehe dazu auch *Bruckmüller/Schumann*, *juridikum* 2008, 75.

werden.<sup>85)</sup> Das Gericht kann den Sachverständigen übernehmen, kann aber für das Hauptverfahren auch einen neuen Sachverständigen berufen,<sup>86)</sup> was allerdings schon aus Zeitgründen kaum geschieht.<sup>87)</sup>

Der deutsche BGH hat deshalb erwogen, die StA zu verpflichten, einen Antrag auf Sachverständigenbestellung entweder beim Ermittlungsrichter zu stellen oder sich mit dem zukünftig zuständigen Richter ins Einvernehmen zu setzen.<sup>88)</sup> Jedenfalls sollte der Verteidiger von der Bestellung informiert werden, um rechtliches Gehör zu gewähren und die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen zu geben.<sup>89)</sup> Dadurch könne eine spätere Ablehnung des Sachverständigen in der Hauptverhandlung vermieden werden.

Anders als in Österreich besteht nach deutschem Recht die Möglichkeit der **Selbstladung eines Sachverständigen durch die Verteidigung** gemäß §§ 220, 245 Abs 2 dStPO.<sup>90)</sup> Dabei handelt es sich um keinen „Sachverständigen zweiter Klasse“ und auch um keinen Privatgutachter. Daher darf dieser selbst geladene Sachverständige auch nicht auf die Rolle eines bloßen Kontrolleurs beschränkt werden, der beispielsweise das Gerichtsgutachten lediglich hinsichtlich der angewandten Methode überprüft.<sup>91)</sup> Es handelt sich um einen unabhängigen Sachverständigen; das privat eingeholte Gutachten unterscheidet sich von der Qualität her nicht von einem vom Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten.<sup>92)</sup> Der selbst geladene Sachverständige der Verteidigung ist in seiner Stellung nur durch die nötige **Präsenz** eingeschränkt: Er ist – anders als der Gerichtssachverständige – nur dann Beweismittel, wenn er schon vorbereitet ist, sein Wissen also schon vorher erworben hat. Eine Vertagung, um dem Sachverständigen der Verteidigung (weitere) Vorbereitung zu ermöglichen, kommt nicht in Betracht.

Der selbst geladene Sachverständige erlangt die entsprechenden Rechte und Pflichten erst durch Beschluss nach § 245 Abs 2 dStPO.<sup>93)</sup> Die Möglichkeiten zur Ablehnung eines Antrags auf Vernehmung eines solchen Sachver-

---

<sup>85)</sup> *Erb* in *Löwe-Rosenberg*, StPO<sup>26</sup> § 161a Rz 25; *Kühne*, Strafprozessrecht<sup>8</sup> Rz 862 (mit Bedenken hinsichtlich der Neutralität des von der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen).

<sup>86)</sup> *Wache* in KK<sup>6</sup> § 161a Rz 10; *Gössel*, DRiZ 1980, 366; *Pfeiffer*, StPO<sup>5</sup> § 73 Rz 1; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO<sup>56</sup> § 73 Rz 1.

<sup>87)</sup> *Senge* in KK<sup>6</sup> § 73 Rz 1.

<sup>88)</sup> BGHSt 44, 26 (31f) im Anschluss an *Wache* in KK<sup>6</sup> § 161a Rz 10 und *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO<sup>56</sup> § 73 Rz 1.

<sup>89)</sup> *Griesbaum* in KK<sup>6</sup> § 161a Rz 10; *Pfeiffer*, StPO<sup>5</sup> § 161a Rz 8.

<sup>90)</sup> *Pfeiffer*, StPO<sup>5</sup> § 73 Rz 1.

<sup>91)</sup> BGH 1 StR 588-97, NJW 1998, 2458, BGH 1 StR 214/97, NJW 1997, 3180; *Julius* ua, StPO<sup>4</sup> § 245 Rz 2, 6.

<sup>92)</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht<sup>8</sup> Rz 1527; anders *Graf von Hardenberg*, Privatgutachten 54: Privatgutachten seien möglicherweise „gefärbt“ und hätten daher geringere Beweisqualität; sie könnten die Anschauung des Gerichts hauptsächlich ergänzen und abrunden, aber kaum verändern.

<sup>93)</sup> BGH 1 StR 588-97, NJW 1998, 2458.

ständigen sind aber sehr beschränkt, jedenfalls enger als für die Ablehnung von Beweisanträgen.<sup>94)</sup>

### C. Rechtliche Situation in der Schweiz

In der schweizerischen Praxis werden Gutachten im Ermittlungsverfahren idR von der StA in Auftrag gegeben, seltener vom Gericht.<sup>95)</sup> Die von der Bundesanwaltschaft<sup>96)</sup> ad hoc beigezogenen Experten haben den Status von Organen der Polizei. Sie sind keine unabhängigen Sachverständigen und können daher im nachfolgenden Untersuchungsverfahren und Gerichtsverfahren nicht als gerichtliche Sachverständige beigezogen werden.<sup>97)</sup>

**Privatgutachten** einer Partei sind zulässig und unterliegen der freien Beweiswürdigung. Das von einer Partei in Auftrag gegebene Gutachten weist zwar nicht den gleichen Stellenwert auf wie eine gerichtliche Expertise und wird zum Teil als bloße Parteibehauptung angesehen. Das Gericht ist aber verpflichtet, es zur Kenntnis zu nehmen, zu prüfen, ob das Privatgutachten die Schlussfolgerungen des Gerichtssachverständigen zu erschüttern vermag, und muss es bei der Urteilsfällung berücksichtigen.<sup>98)</sup> Eine Ungleichbehandlung zwischen dem gerichtlich bestellten Sachverständigen und dem Privatgutachter kann die Waffengleichheit verletzen.<sup>99)</sup>

---

<sup>94)</sup> *Tolksdorf* in KK<sup>6</sup> § 220 Rz 1; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO<sup>56</sup> § 220 Rz 1.

<sup>95)</sup> *Niggli* ua, Basler Kommentar, Art 184 Rz 1: Gem Art 184 schwStPO ernennt die Verfahrensleitung die sachverständige Person.

<sup>96)</sup> Es handelt sich dabei um eine zentrale schweizerische Ermittlungs- und Anklagebehörde mit mehreren Standorten, die für die Verfolgung strafbarer Handlungen zuständig ist, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen.

<sup>97)</sup> *Oberholzer*, Strafprozessrecht<sup>3</sup> Rz 830; BGE 122 IV 235.

<sup>98)</sup> *Schmid*, StPO Praxiskommentar<sup>2</sup> Art 182 Rz 7, Art 189 Rz 4; *Donatsch* ua, StPO-Kommentar Art 182 Rz 15 mwN.

<sup>99)</sup> *Donatsch* ua, StPO-Kommentar Art 182 Rz 15.

---

### III. Reformdruck und Änderungsvorschläge

#### A. Chronologie der Ereignisse

In den letzten Jahren ist die Diskussion um den Sachverständigenbeweis massiv aufgeflammt; die **Kritik an der aktuellen Situation wurde lauter** und damit auch der Druck in Richtung einer Änderung der derzeitigen Gesetzeslage stärker:

a) Besondere Bewegung in die Diskussion brachte der **Beschluss der Vollversammlung des OGH** im Jahr 2011.<sup>100)</sup> Dort heißt es unter Punkt III. 2. 1. (Anregungen an den Gesetzgeber) wörtlich:

*„2.1. Es wird angeregt, die Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese im Ermittlungsverfahren dem Gericht zu übertragen. Das durch Wechsel der Staatsanwaltschaft nach Anklageerhebung in die Rolle einer Verfahrensbeteiligten offensichtliche Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 3 lit d EMRK würde dadurch vermieden.*

*Einwände (§ 126 Abs 3 dritter Satz StPO) nur aufgrund ständiger Zusammenarbeit bestimmter Sachverständiger mit der Staatsanwaltschaft sind nämlich nicht erfolgsversprechend, weil darin auch Routine und Bewährung zum Ausdruck kommen. Von der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige sollen aber, wie sich aus dem Hinweis des § 126 Abs 2c StPO auf die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ergibt, nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht bloß wegen der in der Bestellung durch eine nachmalige Verfahrensbeteiligte zum Ausdruck kommenden Schiefelage durch andere ersetzt werden. Vorsitzende werden daher - insbesondere bei größeren Verfahren - kaum einen anderen Sachverständigen zur Hauptverhandlung beziehen. Soweit Vorsitzende nicht austauschen, wird der Ruf nach Privatsachverständigen stärker werden. Privatsachverständige hemmen den Prozess aber sehr, sodass sogar in adversatorischen Systemen wie in England eine Tendenz zu deren Abschaffung erkennbar wird.“*

b) Die Strafverteidiger fassten am **10. Österreichischen StrafverteidigerInnentag in Wien** am 24. 3. 2012 folgenden Beschluss:<sup>101)</sup>

*„3. Gutachten der Verteidigung*

*Die Beauftragung von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft ist immanenter Bestandteil der neuen Rolle des Staatsanwalts und Ausdruck des mit dem Strafprozessreformgesetz eingeschlagenen*

---

<sup>100)</sup> Tätigkeitsbericht des OGH für das Jahr 2011, 1 Präs 1001-1158/12y, vom 14. 3. 2012, 45 f; wiederholt im Tätigkeitsbericht des OGH für das Jahr 2012.

<sup>101)</sup> Abgedruckt in *Soyer/Stuefer*, Strafverteidigung – Kritik vorbeugender Maßnahmen/Sicherheit.

*Weges einer adversatorischen Ausgestaltung des strafrechtlichen (Vor-)Verfahrens. Von der Verteidigung beauftragte Gutachten sind als Beweismittel schon im Ermittlungsverfahren zuzulassen, da sie zur Effektivierung der Waffengleichheit im Sinne des Art 6 (1) und (3) lit d EMRK unerlässlich sind.“*

Dieser Beschluss wurde durch einen weiteren **Beschluss am 11. Österreichischen StrafverteidigerInnentag** am 16. 3. 2013 in Graz bekräftigt:<sup>102)</sup>

*„1. Gutachten der Verteidigung – Reform des Hauptverfahrens*

*Durch das Strafprozessreformgesetz ist es gelungen, die Rechte der beschuldigten Person festzuschreiben und an europäisches Niveau anzupassen. Diese Entwicklung ist durch eine Reform des Hauptverfahrens fortzuführen. Die Waffengleichheit in der Hauptverhandlung ist nur dann hergestellt, wenn die Staatsanwaltschaft und die angeklagte Person dieselben Möglichkeiten haben, ihren Rechtsstandpunkt durchzusetzen. Die bestehende Praxis der Bestellung der Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft und die Übernahme dieser Gutachten in die Hauptverhandlung widerspricht Art 6 EMRK und bedarf einer dringenden Reform. Diese kann nicht darin bestehen, nur die Bestellung der Gutachter an das Gericht des Ermittlungsverfahrens auszulagern. Der angeklagten Person ist es vielmehr zu ermöglichen, dem staatsanwaltschaftlichen Gutachten ein eigenes Gutachten der Verteidigung entgegenzustellen. § 249 Abs 3 StPO wird diesem Erfordernis nicht gerecht.“*

c) In der **EntschlieÙung des Nationalrates** 333/E 24. GP vom **5. 7. 2013**<sup>103)</sup> wurde die Bundesministerin für Justiz aufgefordert, dem Nationalrat unter anderem zu folgendem Bereich gesetzliche Vorhaben zu unterbreiten:

*„Klarstellung der Objektivität und Unabhängigkeit von Sachverständigen sowie verstärkte Beteiligungsmöglichkeiten der Verteidigung im Bereich der Bestellung von Sachverständigen und der Kontrolle des Ergebnisses ihrer Tätigkeit.“*

d) Im **Bericht des Justizausschusses** 2456 BlgNR 24. GP vom **19. 6. 2013** über den Bericht der Bundesministerin für Justiz betreffend die Rechtspraxis des Ermittlungsverfahrens nach der Strafprozessreform aufgrund der EntschlieÙung des Nationalrates vom 5. November 2009, 53/E 24. GP (III-272 der Beilagen) heißt es unter anderem (soweit hier von Interesse):

<sup>102)</sup> Abgedruckt in *Stuefer/Ruhri/Soyer*, Strafverteidigung und Psyche.

<sup>103)</sup> EntschlieÙung des Nationalrates vom 5. Juli 2013 betreffend Schlussfolgerungen aus den Beratungen des zur Vorbehandlung des Berichts der Bundesministerin für Justiz betreffend die die Rechtspraxis des Ermittlungsverfahrens nach der Strafprozessreform auf Grund der EntschlieÙung des Nationalrates vom 5. November 2009, 53/E 24. GP (III-272 d. B.) und des Antrags 150/A(E) der Abgeordneten Mag. Ewald Stadler, Kolleginnen und Kollegen betreffend Wiedereinführung des Untersuchungsrichters eingesetzten Unterausschusses des Justizausschusses.