

Entscheidungen und Erkenntnisse

bearbeitet von Dr. Harald Kramer, Präsident des Oberlandesgerichtes Wien i.R.

Zur Befangenheit eines Sachverständigen (§ 126 Abs 4 iVm § 47 Abs 1 Z 3 StPO)

1. Sachverständige sind wie Richter im Fall der Befangenheit von Amts wegen oder aufgrund von Einwänden ihres Amtes zu entheben.
2. Befangen ist ein Sachverständiger unter anderem dann, wenn Gründe vorliegen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen (§ 126 Abs 4 erster Satz iVm § 47 Abs 1 Z 3 StPO). Nicht erst eine tatsächliche Unfähigkeit zu unvoreingenommener sowie unparteilicher Dienstverrichtung ist maßgeblich, sondern es genügt schon der äußere Anschein der Befangenheit; also zureichende Anhaltspunkte, die geeignet sind, aus objektiver Sicht, das heißt bei einem verständig wertenden objektiven Beurteiler, die volle Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen.
3. Durch Inhalt und Wortwahl des etwa ein Jahr vor seiner Bestellung veröffentlichten Gastkommentars in einer Zeitung zu jenem Sachverhalt, der Gegenstand des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren ist, entsteht der Anschein der Befangenheit des Sachverständigen.
4. Aus dem Gastkommentar ergibt sich nicht bloß, dass sich der Sachverständige bereits vor seiner Bestellung eine Meinung über den Fall gebildet hat. Auch handelt es sich nicht um unbedenkliche Aussagen wissenschaftlicher Publikationen aus dem Sachbereich des Gutachtensauftrags. Vielmehr ist der Zeitungskommentar geeignet, bei einem verständig würdigenden objektiven Beurteiler naheliegende Zweifel an unvoreingenommener und unparteilicher Gutachtenserstattung zu wecken.

OLG Wien vom 11. September 2009, 22 Bs 278/09g

Die Staatsanwaltschaft Wien führt zu AZ 608 St 1/08w gegen J. L. M. und Vorstandsmitglieder der in J. domizilierten MEL ein Ermittlungsverfahren unter anderem wegen des Verdachts des Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 1 und 3, § 148 StGB zum Nachteil von Anlegern im Zusammenhang mit der Ausgabe von Zertifikaten im Jahr 2007, insbesondere durch irreführende Werbung, Verschweigen von Risikofaktoren, Zertifikatsrückkäufen, Gebühren- und Provisionsstrukturen des Geschäftsmodells, sowie wegen des Verdachts der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB zum Nachteil der MEL, insbesondere durch

den nicht veröffentlichten Rückkauf von MEL-Zertifikaten zu einem überhöhten Preis.

Diese Vorwürfe werden auch im Zusammenhang mit den auf dem identen Geschäftsmodell beruhenden Unternehmen MIP und MAI sowie – aufgrund personeller und wirtschaftlicher Verflechtungen – teilweise auch im Zusammenhang mit der M-Bank AG untersucht.

Mit Note vom 8. 8. 2008 teilte die Staatsanwaltschaft gemäß § 126 Abs 3 StPO den Beschuldigten J. L. M., H. S., G. K. und K. R. mit, dass beabsichtigt sei, Mag. N. N. zum Sachverständigen aus den Fachgebieten Sicherheits- und Risikomanagement, Compliance, Corporate Governance sowie Buch- und Rechnungsprüfung zu bestellen, wobei den Beschuldigten die Möglichkeit der Erhebung von Einwendungen binnen fünf Tagen eingeräumt wurde.

Nachdem keine Einwendungen erhoben worden waren, bestellte die Staatsanwaltschaft am 27. 8. 2008 Mag. N. N. zum Sachverständigen und beauftragte ihn anhand des Akteninhalts und allenfalls noch beizuschaffender Beweismittel mit der Erstattung von Befund und Gutachten binnen zwei Monaten zur Klärung der Fragen,

- ob und in welchem Umfang MEL, MIP und MAI sowie die M-Bank AG einem (allenfalls welchen) Corporate-Governance-Kodex unterliegen;
- ob und in welchem Umfang Verantwortliche von MEL, MIP und M-Bank AG unter Verletzung von Compliance- und Corporate-Governance-Richtlinien Handlungen zum Nachteil von Aktionären und Zertifikatsinhabern gesetzt oder unterlassen haben;
- ob und in welchem Umfang Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats, Beauftragte oder Abwickler in Berichten, Darstellungen und Übersichten betreffend die Gesellschaften, die an die Öffentlichkeit, die Gesellschafter oder den Aufsichtsrat gerichtet sind, in einer öffentlichen Aufforderung zur Beteiligung an der Gesellschaft oder in Vorträgen oder Auskünften in der Hauptversammlung die Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen oder erhebliche Umstände, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, offenbar unrichtig wiedergegeben, verschleiert oder verschwiegen haben.

Am 22. 1. 2009 beauftragte die Staatsanwaltschaft Mag. N. N. mit Erstattung von Befund und Gutachten zur Klärung der Frage, ob und in welchem Umfang Mitglieder der Organe der MSF-AG, Beauftragte oder Abwickler in öffentlichen Aufforderungen zur Beteiligung an der MEL die Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen oder erhebliche Umstände, auch nur einzelne Geschäftsfälle betreffend, unrichtig wiedergegeben, verschleiert oder verschwiegen haben sowie ob und in welcher Höhe durch die vom Gutachten umfassten Sachverhalte gegenüber den Gesellschaftern oder Anlegern Schäden verursacht wurden.

Mit Eingaben vom 26. 2. 2009, 27. 2. 2009 und 2. 3. 2009 beantragten J. L. M. sowie die erst seit 18. 2. 2009 im Ermittlungsakt als Beschuldigte geführten MMag. P. W., G. W., Mag. S. V. sowie Dr. h.c. R. K., den Sachverständigen Mag. N. N. wegen Befangenheit und fehlender fachlicher Qualifikation abzuberufen. J. W., gegen den erst seit 10. 3. 2009 durch die Staatsanwaltschaft Ermittlungen geführt werden, beantragte ebenfalls bereits am 26. 2. 2009 die Enthebung des Sachverständigen.

Am 10. 3. 2009 vermerkte der zuständige Referent der Staatsanwaltschaft Wien auf dem Anordnungs- und Bewilligungsbogen, dass keine Gründe vorlägen, die geeignet wären, die Objektivität und Sachkunde des Sachverständigen Mag. N. N. in Zweifel zu ziehen. Mit Noten vom 14. 4. 2009 teilte die Staatsanwaltschaft den Verteidigern der Beschuldigten mit, den Anträgen auf Enthebung des Sachverständigen würde nicht Folge gegeben.

Mit Schriftsätzen vom 4. 5. 2009 erhoben die Beschuldigten MMag. W. und Mag. S. V. Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO wegen der unterbliebenen Enthebung des Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft. J. L. M. schloss sich mit Eingabe vom 10. 6. 2009 (im Ermittlungsakt unjournalisiert erliegend) den genannten Einsprüchen an.

Mit Beschluss vom 1. 7. 2009 gab das Erstgericht den genannten Einsprüchen statt und sprach aus, die Staatsanwaltschaft Wien habe durch die Nichtenthebung des Sachverständigen Mag. N. N. trotz Befangenheit gegen § 126 Abs 4 StPO verstoßen und die Beschuldigten in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung einer objektiven Befundaufnahme und Erstattung eines objektiven Sachverständigengutachtens im Rahmen des Ermittlungsverfahrens verletzt. Die Erstrichterin trug der Staatsanwaltschaft Wien für den Fall der Rechtskraft des Beschlusses auf, Mag. N. N. unverzüglich als Sachverständigen in der gegenständlichen Strafsache zu entheben und einen „geeigneten Sachverständigen, sofern möglich, aus dem europäischen Ausland, zur Erstattung von Befund und Gutachten zu bestellen.“

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Staatsanwaltschaft Wien, der keine Berechtigung zukommt.

In der Zeitung W-Blatt vom 16. 9. 2007 erschien ein von Mag. N. N. verfasster Gastkommentar mit dem Titel „Der Mohr und Corporate Governance“ und dem Untertitel „Der Mohr hat seine Schuldigkeit getan, der Mohr kann gehen. Frei nach Friedrich Schiller dürfte J. M. gerne einen Schlusstrich unter die leidige Affäre rund um die MEL-Affaire ziehen wollen.“

Mag. N. N. führt betreffend den Corporate Governance Kodex (CGK) aus, im speziellen Fall MEL liege eine „schon nahezu groteske Argumentation seitens MEL und M-Bank vor.“ Weiters ist unter der Zwischenüberschrift „Erschütterndes Bild“ zu lesen: „Der guten Ordnung halber sei nur mehr hinzugefügt, dass die Aussage von J. M. im ‚Profil‘ (‚Ich bekleide bei MEL keine Funktion. Daher konnte die M-Bank den Zertifikatskauf weder anordnen, noch orchestrieren.‘) nur eine unüberlegte Panikreaktion sein kann. Denn die Kraft des Faktischen widerspricht klar der formalrechtlichen Eigentümer- und Vorstandsstruktur. Es ist nämlich kaum anzunehmen, dass eine Familie M. ihren Mohren und ihren Namen zur Verfügung stellt, ohne Kontrolle darüber ausüben zu können. Dies würde auch vor keinem unabhängigen Richter, der über den formalen Tellerrand blickt, halten.“

Zusammenfassend führt Mag. N. N. in seinem Kommentar aus, es zeige sich „also ein erschütterndes Bild der M-Gruppe über ihre und die Auffassung ihrer Organe zur Sorgfaltspflicht, zur Corporate Governance und zum Umgang mit Transparenz und Information ihrer Anleger und der Öffentlichkeit. Das mehrfach und hier nochmals aufgezeigte mögliche Fehlverhalten ist nun umgehend durch die Prüfungsorgane der FMA und der Nationalbank zu prüfen, und es sind alleine schon der Glaubwürdigkeit des österreichischen Finanzplatzes und Österreichs als Mitglied der internationalen Wirtschaftsgemeinschaft wegen entsprechende rechtliche Schritte nicht nur von den Anlegern, sondern auch von den Aufsichtsbehörden zu setzen.“

Gemäß § 126 Abs 4 StPO sind Sachverständige – ebenso wie ein Richter – im Fall der Befangenheit von Amts wegen oder aufgrund von Einwänden ihres Amtes zu entheben.

Befangen ist ein Sachverständiger unter anderem dann, wenn Gründe vorliegen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen (§ 126 Abs 4 erster Satz iVm § 47 Abs 1 Z 3 StPO).

Dabei ist nicht erst eine tatsächliche Unfähigkeit zu unvoreingenommener sowie unparteilicher Dienstverrichtung maßgeblich, sondern genügt schon der äußere Anschein der Befangenheit, soweit hierfür zureichende Anhaltspunkte gegeben sind, denen die Eignung zukommt, aus objektiver Sicht, das heißt bei einem verständlich wertenden objektiven Beurteiler, die volle Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen (11 Os 104/04; 15 Os 65/09m; *Lässig*, WK-StPO², Vorbem zu §§ 43 bis 47 Rz 5, § 43 Rz 10; *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 44).

In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Erstrichterin entsteht durch den Inhalt und die Wortwahl des zitierten Gastkommentars der Anschein der Befangenheit des Sachverständigen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass J. L. M. nach Mitteilung von der beabsichtigten Sachverständigenbestellung mit Note vom 8. 8. 2008 durch die Staatsanwaltschaft zunächst keine Einwände erhob, zumal er nach der Aktenlage erst um den 5. 12. 2008 von dem gegenständlichen Kommentar im W-Blatt erfuhr. Gegen die anderen beiden Beschwerdeführer wurde – wie oben ausgeführt – das Ermittlungsverfahren erst zu einem späteren Zeitpunkt eingeleitet, weshalb ihnen die angeführte Note vom 8. 8. 2008 gar nicht zugestellt worden war.

Entgegen den Beschwerdeausführungen ergibt sich aus dem gegenständlichen Gastkommentar nicht bloß, dass Mag. N. N. sich bereits vor seiner Bestellung zum Sachverständigen eine Meinung über den Fall gebildet hat, was für die Beurteilung des Anscheins der Befangenheit ohne Bedeutung wäre (*Ratz*, WK-StPO, § 281 Rz 371). Ebenso wenig handelt es sich um unbedenkliche Aussagen wissenschaftlicher Publikationen aus dem Sachbereich des Gutachtensauftrags (vgl *Ratz*, aaO). Vielmehr entsteht aus dem Gastkommentar der äußere Anschein der Eignung, die volle Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu setzen (*Lässig*, ÖJZ 2007, 772). Der genannte Gastkommentar ist geeignet, bei einem verständig würdigenden objektiven Beurteiler naheliegende Zweifel an unvoreingenommener und unparteilicher Gutachtenserstattung zu wecken.

Der Beschwerde war daher ein Erfolg zu versagen.

Aus Anlass der Beschwerde war jedoch auszusprechen, dass jener Teil des Spruchs des angefochtenen Beschlusses, womit der Staatsanwaltschaft Wien aufgetragen wurde, „einen geeigneten Sachverständigen, sofern möglich, aus dem europäischen Ausland, zur Erstattung von Befund und Gutachten zu bestellen“, zu entfallen hat, weil für einen derartigen Auftrag keine gesetzliche Grundlage besteht: Die Auswahl des Sachverständigen kommt im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft zu (§ 126 Abs 3 StPO).

5. Für Sachverständige und Dolmetscher gelten die Befangenheitsgründe des § 47 Abs 1 StPO sinngemäß (§ 126 Abs 4 erster Satz StPO). Ein Sachverständiger ist befangen, wenn eine Beeinträchtigung der unparteilichen Begutachtung zu befürchten ist.

6. Die Sachverständige hat den Betroffenen während seiner im gegenständlichen Verfahren erfolgten mehrmonatigen vorläufigen Anhaltung im psychiatrischen Krankenhaus als dort tätige Ärztin mitbetreut und -behandelt. Ihre Beiziehung als Sachverständige stellt daher einen Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze dar, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Verteidigung sichernden fairen Verfahrens geboten war.

7. Der Umstand, dass die Sachverständige den von ihr zu begutachtenden Betroffenen über einen längeren Zeitraum als Ärztin therapeutisch behandelt hat, lässt bei einem objektiven Beobachter Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit als Sachverständige entstehen.

OGH vom 24. Juni 2009, 15 Os 65/09m

Mit dem angefochtenen Urteil wurde P. S. in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher gemäß § 21 Abs 1 StGB eingewiesen. Danach hat er am 1. 7. 2008 in Fieberbrunn unter dem Einfluss eines seine Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Zustands, der auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit höheren Grades beruht, nämlich einer schizoaffektiven Störung in Verbindung mit einem organischen Psychosyndrom

1.) die Polizeibeamten M. S., F. F., R. W., A. C., T. T. und K. W. durch nachangeführte gefährliche Drohungen mit dem Tod an folgenden Amtshandlungen gehindert, und zwar

- a.) durch die wiederholte Äußerung, er werde sie abstechen, wobei er ein Küchenmesser mit einer Klinglänge von ca 20 cm in Richtung der Beamten hielt und in der Folge in zwei Tathandlungen zwei Küchenmesser mit einer ca 19 cm langen und einer ca 20 cm langen Klinge mit erhobenen Händen gegen die Beamten richtete und auf diese zuzuging, an der Durchführung von Sachverhaltserhebungen bezüglich angezeigter häuslicher Gewalt,
- b.) durch die wiederholte Äußerung, er werde die Beamten abstechen, sollten sie sich nähern, am Einschreiten wegen der unter 2. angeführten Sachbeschädigungen;

2.) Sachen, die der öffentlichen Sicherheit dienen, nämlich die vor dem Haus geparkten Dienstfahrzeuge beschädigt und unbrauchbar gemacht, indem er in die Fahrzeugreifen stach, mit einem Fleischerbeil die Scheiben des einen Fahrzeugs einschlug, eine Gasflasche gegen dessen Motorhaube warf und mit dieser Gasflasche die Blaulichtbalken beider Dienstfahrzeuge beschädigte, wobei an dem einen Dienstfahrzeug ein Schaden in Höhe von € 6.477,37, an dem anderen ein Schaden in Höhe von € 1.535,17 entstand;

3.) die zu 1. angeführten Polizeibeamten durch die Äußerung „Das nächste Mal bringe ich einen um“ gefährlich mit dem Tode bedroht, um sie in Furcht und Unruhe zu versetzen,

sohin Taten begangen, die mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht sind und außerhalb des angeführten Zustands als Verbrechen des Widerstands gegen die Staatsgewalt nach § 269 Abs 1 zweiter Fall StGB (1.), als Vergehen der schweren Sachbeschädigung nach §§ 125, 126 Abs 1 Z 5 und 7 StGB (2.) und als Vergehen der gefährlichen Drohung nach § 107 Abs 1 und Abs 2 StGB (3.) zuzurechnen wären.

Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 4 (der Sache nach auch Z 11 erster Fall iVm Z 4) StPO gestützte, eine Aufhebung des gesamten Urteils begehrende Nichtigkeitsbeschwerde des Betroffenen, welche die in der Hauptverhandlung vom 17. 2. 2009 erfolgte Abweisung des Antrags auf Enthebung der psychiatrischen Sachverständigen Dr. N. N. ihres Amtes wegen Befangenheit kritisiert, dies ua auch mit der Begründung, dass die genannte Sachverständige zugleich auch behandelnde Ärztin und Therapeutin des Betroffenen während dessen vorläufiger Anhaltung im Psychiatrischen Krankenhaus Hall gewesen sei, sodass es ihr an der im Strafverfahren notwendigen Objektivität mangle.

Eine Verfahrensrüge nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO muss sich auf einen Antrag beziehen, der einen für die Schuld- oder Subsumtionsfrage erheblichen Umstand betrifft; die Sanktionsfrage hingegen ist nicht Gegenstand der Verfahrensrüge (*Ratz*, WK-StPO, § 281 Rz 321 f). Soweit sich die Beschwerde auf den ihr im gegebenen Zusammenhang somit im Rahmen der Z 4 allein zugänglichen (auf das Gutachten der Sachverständigen gestützten) Ausspruch über die Zurechnungsunfähigkeit des Betroffenen bezieht, ist sie nicht zum Vorteil desselben ausgeführt (§ 282 StPO). Im Umfang der Bekämpfung des Ausspruchs über die Anlassstat war sie daher zurückzuweisen. Die Beschwerde ist jedoch als Sanktionsrüge (Z 11 erster Fall iVm Z 4) zulässig, weil sie sich der Sache nach auch auf einen gegen die (auf das Gutachten der Sachverständigen gestützte) Annahme eines auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit höheren Grades beruhenden Zustands und dessen Einfluss auf die Anlassstat gerichteten Antrag bezieht (vgl *Ratz* in WK², Vorbem zu §§ 21 – 25 Rz 9; RIS-Justiz RS0118581). Soweit die Antragsabweisung hingegen die Gefährlichkeitsprognose betrifft, ist sie nur mit Berufung bekämpfbar (WK², Vorbem zu §§ 21 – 25 Rz 11).

Gemäß § 126 Abs 4 erster Satz StPO gelten für Sachverständige und Dolmetscher die Befangenheitsgründe des § 47 Abs 1 StPO sinngemäß. Demnach ist ein Sachverständiger ua dann befangen, wenn (andere) Gründe vorliegen, die geeignet sind, seine volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen (§ 47 Abs 1 Z 3 StPO). Dies ist dann der Fall, wenn eine Beeinträchtigung der unparteilichen Begutachtung zu befürchten ist. Dabei ist nicht erst eine tatsächliche Unfähigkeit zu unvoreingenommener sowie unparteilicher Dienstverrichtung maßgeblich, sondern es sind dies auch bereits jene äußeren Umstände, die geeignet sind, bei einem verständig würdigenden objektiven Beurteiler naheliegende Zweifel an der unvoreingenommenen und unparteilichen Sachverständigentätigkeit zu wecken (vgl *Lässig* in WK², Vorbem zu §§ 43 – 47 Rz 5, § 43 Rz 10; *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 44).

Nach der – vom Erstgericht unberücksichtigt gebliebenen, daher vom OGH in freier Beweiswürdigung zur Feststellung der für die Antragsabweisung maßgeblichen Tatsachengrundlage (*Ratz*, WK-StPO, § 281 Rz 50 f) – heranzuzie-

henden Aktenlage ergibt sich ua auch, dass die Sachverständige Dr. N. N. den Betroffenen während dessen im gegenständlichen Verfahren erfolgter mehrmonatiger vorläufiger Anhaltung im Psychiatrischen Krankenhaus Hall – wenngleich in die Behandlung des Genannten auch noch andere Ärzte eingebunden waren – als dort tätige Ärztin mitbetreut und -behandelt hat. Daraus ist aber abzuleiten, dass die Vernehmung Dris. N. N. als Sachverständige einen Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Verteidigung sichernden fairen Verfahrens geboten war, dargestellt hat.

Denn der Umstand, dass die Sachverständige den von ihr zu begutachtenden Betroffenen überdies über einen längeren Zeitraum als Ärztin therapeutisch behandelt hat, lässt bei einem objektiven Beobachter Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit als Sachverständige entstehen (vgl RIS-Justiz RS0098203; *Hinterhofer*, WK-StPO, § 126 Rz 42).

In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde war das angefochtene Urteil, das in seinem Ausspruch über die Begehung der Anlassstaten (einschließlich der Zurechnungsunfähigkeit) und deren Subsumtion unberührt bleibt (vgl *Ratz*, WK-StPO, § 289 Rz 8), im Ausspruch über die Unterbringungsanordnung aufzuheben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zu verweisen (§ 285e StPO).

Im weiteren Rechtsgang wird ein unbefangener Sachverständiger aus dem Gebiet der Psychiatrie (dessen Beziehung bei der Hauptverhandlung, in der über einen Antrag auf Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 Abs 1 StGB zu entscheiden ist, das Gesetz bei sonstiger Nichtigkeit vorsieht [§ 430 Abs 4 StPO]) zu bestellen sein.