
Entscheidungen und Erkenntnisse

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

Verfassungswidrigkeit der Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 Satz 3 StPO alte Fassung, der einem Angeklagten im Hauptverfahren verwehrt, einen im Ermittlungsverfahren im Auftrag der Staatsanwaltschaft tätig gewesenen Sachverständigen als befangen abzulehnen – Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit (Art 6 Abs 1 und 3 lit d EMRK; § 126 Abs 4 StPO)

1. Ein Antrag auf Aufhebung einer generellen Norm darf nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die angefochtene generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichts im Anlassfall bildet. Im vorliegenden Fall hat der OGH in dem Anlassverfahren bei Prüfung der Befangenheit der beigezogenen Sachverständigen § 126 Abs 4 StPO alte Fassung anzuwenden. Die Aufhebung der vom Primär Antrag des OGH erfassten Wendung („Sachverständigen oder“) reicht aus, die Verfassungswidrigkeit in Bezug auf den Ausschluss der Geltendmachung der Tätigkeit des dem Hauptverfahren beigezogenen Sachverständigen im vorangegangenen Ermittlungsverfahren als Befangenheitsgrund zu beseitigen. Es bestehen keine Bedenken einer zu engen Anfechtung.
2. Seit Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, BGBl I 2004/19, mit 1. 1. 2008 wird das Ermittlungsverfahren von der als Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit eingerichteten Staatsanwaltschaft geführt, die über die Erhebung der Anklage oder die Einstellung des Verfahrens entscheidet. Mit der Einbringung der Anklage wechselt der Staatsanwalt – ungeachtet seiner steten Verpflichtung zur Objektivität (§ 3 Abs 2 StPO) – zum Verfahrensbeteiligten und steht dem Angeklagten als Anklagevertreter gegenüber.
3. Im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren und im gerichtlichen Hauptverfahren ist es die Aufgabe der Sachverständigen, aufgrund ihrer besonderen Qualifikation beweisrelevante Tatsachen festzustellen (Befundaufnahme) oder aus diesen rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen und sie gut zu begründen (Gutachtenerstattung). Im Ermittlungsverfahren werden Sachverständige – von Ausnahmen abgesehen – von der Staatsanwaltschaft, für das Hauptverfahren vom Gericht bestellt.
4. Das Prinzip der Waffengleichheit stellt einen der Wesenszüge des fairen Verfahrens (Art 6 EMRK) dar. Der Gesetzgeber ist verhalten, den gerichtlichen Strafprozess so auszugestalten, dass jeder Partei angemessene Gelegenheit eingeräumt wird, ihren Fall einschließlich aller ihrer Beweise unter solchen Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber der Gegenpartei bedeuten. Wenngleich Art 6 EMRK den Sachverständigenbeweis nicht ausdrücklich erwähnt – Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert die Waffengleichheit beim Zeugenbeweis –, ergeben sich folgende, den Gesetzgeber bindende Vorgaben: Ein Sachverständiger muss grundsätzlich vom Entscheidungsorgan als auch von den Parteien in vergleichbarer Weise unabhängig sein wie das Entscheidungsorgan selbst. Auch muss die Möglichkeit bestehen, die Bestellung anderer Sachverständiger zu erwirken, die nicht in einem auch nur anscheinmäÙigen Abhängigkeitsverhältnis zu einer Verfahrenspartei stehen oder die – gleichsam compensando – das „Vertrauen der Gegenpartei“ genießen.
5. Der vom OGH in seiner Rechtsprechung – unter Beachtung von § 126 Abs 2c StPO und des Gebots der Vermeidung überlanger Verfahrensdauer nach Art 6 Abs 1 EMRK – vorgenommenen Auslegung folgend, kann das erkennende Gericht im Hauptverfahren nur dann einen anderen als den im Auftrag der Staatsanwaltschaft tätig gewordenen und deshalb dem äußeren Anschein nach nicht völlig unparteilich wirkenden Sachverständigen bestellen, wenn dessen Befund oder Gutachten mit nicht auszuräumenden formalen Mängeln behaftet ist.

6. Dies bedeutet, dass es dem Angeklagten selbst dann verwehrt ist, eine objektive Befangenheit des Sachverständigen mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, wenn der Sachverständige vom Staatsanwalt mit der Durchführung von Ermittlungen – selbst in Form eines Erkundungsbeweises – beauftragt war und sich die Anklage primär auf dessen Expertise stützt.
7. Eine Norm, die es dem Angeklagten im Hauptverfahren von vornherein und ausnahmslos verbietet, den vom Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren beauftragten Experten im Fall von objektiven, gegen dessen völlige Neutralität sprechenden Anhaltspunkten in Zusammenhang mit seiner konkreten Tätigkeit im Ermittlungsverfahren als befangen abzulehnen (§ 126 Abs 4 Satz 3 StPO), verstößt gegen das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantierte Gebot der Waffengleichheit.
8. Dieses Ergebnis hat nicht den generellen Ausschluss eines Sachverständigen allein aus dem Grund, dass er bereits im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft beigezogen wurde, für die Bestellung in der Hauptverhandlung zur Folge, sondern führt vielmehr dazu, dass das Gericht im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine allfällige Befangenheit anhand der Regelung des § 47 Abs 1 Z 3 iVm § 126 Abs 4 Satz 1 StPO (Vorliegen von Gründen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen) zu beurteilen hat.
9. § 126 Abs 4 StPO wurde durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, BGBl I 2014/71, geändert. Es war daher vom VfGH auszusprechen, dass die Wortfolge „Sachverständigen oder“ im § 126 Abs 4 StPO in der Fassung BGBl 2004/19 verfassungswidrig war. Die Anlassfallwirkung war auf alle beim OGH anhängigen Rechtssachen und auf weitere Rechtssachen des LG für Strafsachen Wien bzw Graz auszudehnen.

VfGH vom 10. März 2015, G 180/2014 ua

I. Anlassverfahren, Anträge und Vorverfahren

1. Beim VfGH sind drei je aus Anlass von Nichtigkeitsbeschwerden gemäß § 281 Abs 1 Z 4 Strafprozessordnung 1975 (StPO) erhobene, auf Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG gestützte Anträge (eines Senates) des OGH anhängig, mit denen die Aufhebung

„I. der Wortfolge ‚Sachverständigen oder‘ in § 126 Abs 4 Satz 3 StPO idF BGBl I 2004/19, in eventu

II. der Wortfolge

1. ‚von der Staatsanwaltschaft, für gerichtliche Ermittlungen oder Beweisaufnahmen (§§ 104, 105) und für das Hauptverfahren (§ 210 Abs 2) jedoch‘ in § 126 Abs 3 Satz 1 StPO idF BGBl I 2009/52,

2. ‚von der Staatsanwaltschaft, im Fall einer Bestellung durch das Gericht von diesem,‘ im zweiten Satz und ‚Sachverständigen oder‘ im dritten Satz des § 126 Abs 4 StPO idF BGBl I 2004/19,

3. ‚eine Staatsanwaltschaft oder‘ im zweiten Satz und ‚der Staatsanwaltschaft oder‘ im dritten Satz des § 128 Abs 2a StPO idF BGBl I 2009/40;

in eventu der Wortfolge

III. ‚Sachverständigen oder‘ in § 126 Abs 2c StPO idF BGBl I 2010/111“

als verfassungswidrig beantragt wird.

...

5. Der VfGH hat am 26. 2. 2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen der StPO, BGBl 1975/631 (WV) in der Fassung vor BGBl I 2014/71, lauten (die mit dem Hauptantrag angefochtene Wortfolge ist hervorgehoben):

...

III. Erwägungen

Der VfGH hat über die in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 Abs 1 VfGG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Anträge (G 180/2014, G 216/2014, G 232/2014) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung erwogen:

1. Zur Zulässigkeit der Anträge

1.1. Der VfGH ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichts in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des VfGH darf daher ein Antrag auf Aufhebung einer generellen Norm nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichts im Anlassfall bildet (vgl etwa VfSlg 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003).

1.2. Was den erforderlichen Umfang der Anfechtung anlangt, so ist dieser durch folgende Überlegungen zu bestimmen: Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH (VfSlg 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003) notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt, und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. Aus dieser Grundposition folgt zunächst, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsum-

fang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Antrags nicht zu eng gewählt werden darf (vgl VfSlg 16.212/2001, 18.142/2007, 19.496/2011).

Eine zu weite Fassung des Antrags macht diesen demgegenüber nicht in jedem Fall unzulässig. Soweit der Antrag nur Normen erfasst, die im Sinne des Punktes 1.1. präjudiziell sind oder mit solchen untrennbar zusammenhängen, führt dies, ist der Antrag in der Sache begründet, im Fall der Aufhebung nur eines Teiles der angefochtenen Bestimmungen im Übrigen zur partiellen Abweisung des Antrags (VfSlg 19.746/2013; VfGH 5. 3. 2014, G 79/2013 ua.). Umfasst der Antrag auch Bestimmungen, die für das antragstellende Gericht offenkundig nicht präjudiziell sind, führt dies – wenn die angefochtenen Bestimmungen insoweit offensichtlich trennbar sind – im Hinblick auf diese Bestimmungen zur teilweisen Zurückweisung des Antrags (siehe VfSlg 16.246/2001, 16.816/2003, 16.819/2003, 17.572/2005, 18.766/2009); soweit diese Voraussetzungen vorliegen, führen zu weit gefasste Anträge also nicht zur Zurückweisung des gesamten Antrags (VfSlg 19.746/2013; VfGH 5. 3. 2014, G 79/2013 ua; 10. 12. 2014, G 133/2014).

2.1. Der OGH hat in den drei Anlassverfahren bei Behandlung der auf § 281 Abs 1 Z 4 StPO gegründeten Nichtigkeitsbeschwerden – soweit diese die Abweisung der Anträge betreffend die Befangenheit der vom Gericht (nach vorangegangener Tätigkeit schon im Ermittlungsverfahren) beigezogenen Sachverständigen bzw auf Beiziehung anderer Sachverständiger rügen – die mit dem Hauptantrag angefochtene Wortfolge „Sachverständige oder“ in § 126 Abs 4 StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 anzuwenden. Auch die Bundesregierung zieht die Präjudizialität dieser Wendung nicht in Zweifel.

2.2. Bedenken einer zu engen Anfechtung sind im vorliegenden Fall nicht entstanden, weil die – mit diesem Erkenntnis vorgenommene – Aufhebung der vom Primärantrag erfassten Wendung ausreicht, die Verfassungswidrigkeit in Bezug auf den Ausschluss der Geltendmachung der Tätigkeit des dem Hauptverfahren beigezogenen Sachverständigen im vorangegangenen Ermittlungsverfahren als Befangenheitsgrund zu beseitigen.

2.3. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen vorliegen, erweisen sich die Anträge in Ansehung des jeweiligen Hauptbegehrens als zulässig.

2. In der Sache

1. Der VfGH hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl VfSlg 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrags dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

2.1. Der antragstellende OGH stützt seine Bedenken unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung des EGMR und unter Hinweis auf Literaturmeinungen im Kern darauf, dass die (jeweils mit dem Hauptantrag) bekämpfte Regelung dem Fairnessgebot des Art 6 Abs 1 und 3 lit d Fall 2 EMRK widerspreche: Ein von der Staatsanwaltschaft im Stadium des Ermittlungsverfahrens bestellter Sachverständiger nehme dann, wenn die Anklage dessen Expertise verwerte, zufolge des Rollenwechsels der Staatsanwaltschaft – von der Leiterin des Ermittlungsverfahrens (§§ 104 ff StPO) zur Verfahrensbeteiligten (§ 210 Abs 2 Satz 2 StPO) im (unter Leitung des Gerichts stehenden) Hauptverfahren – eine „Gegenposition“ zum Angeklagten ein; dem vom erkennenden Gericht im Hauptverfahren bestellten (identen) Sachverständigen (§ 126 Abs 3 Halbsatz 2 StPO) komme daher die Stellung eines „Zeugen der Anklage“, mithin faktisch eines Belastungszeugen, zu.

2.2. Mit Blick auf das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantierte Prinzip der Waffengleichheit müsste dem Angeklagten im Sinne der Ladung und Vernehmung eines „Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen“ das Recht zukommen, die Bestellung eines anderen, in keinem vergleichbaren Naheverhältnis zur Anklagebehörde stehenden oder das Vertrauen der Verteidigung genießenden Sachverständigen zu erwirken. § 126 Abs 4 StPO ermögliche die Beiziehung eines weiteren Sachverständigen indes nur im Falle begründeten Aufzeigens formaler, durch Befragung des Sachverständigen nicht sanierbarer Mängel des Gutachtens (§ 127 Abs 3 StPO).

2.3. Der zufolge der gesetzlichen Rahmenbedingungen bereits im Stadium des Ermittlungsverfahrens möglicherweise entstehende Anschein eines Naheverhältnisses des Sachverständigen zur Staatsanwaltschaft – einer Verfahrenspartei des Hauptverfahrens – lasse sich auch dadurch nicht beseitigen, dass seine Bestellung im Hauptverfahren durch das erkennende Gericht erfolgt. Auch komme insoweit ein strukturelles Ungleichgewicht zum Nachteil des Beschuldigten zum Tragen, als die Staatsanwaltschaft – anders als der Beschuldigte – Sachverständige mit Ermittlungen im Rahmen einer Erkundung beauftragen kann (§ 103 Abs 2 StPO).

2.4. Die Kompetenz des Gerichts, im Hauptverfahren einen anderen Sachverständigen zu bestellen, sei durch die in § 126 Abs 2c StPO normierten Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sowie durch das Gebot der Vermeidung überlanger Verfahrensdauer eingeschränkt, sodass dem Gericht faktisch kein Spielraum zur Beiziehung eines anderen Sachverständigen verbleibe.

3. Die Bedenken des OGH haben sich im Ergebnis als zutreffend erwiesen:

3.1. Das strafprozessuale Vorverfahren wurde durch das Strafprozessreformgesetz, BGBl I 2004/19, mit dem auch die Bestimmungen über die Beiziehung von Sachverständigen neu geregelt wurden, grundlegend reformiert; die Staatsanwaltschaft erfuhr eine nachhaltige Befugniswei-

terung, indem sie zur selbständigen Leiterin des Ermittlungsverfahrens wurde (§§ 13, 103 StPO); unter einem entfiel das Institut des Untersuchungsrichters – der nach der früheren Rechtslage Voruntersuchung und Vorerhebungen führte – und es wurden neue – taxative – Regelungen über die (punktuelle) Zuständigkeit des (Landes-) Gerichts im Ermittlungsverfahren hinsichtlich der Durchführung bestimmter Beweisaufnahmen (wie der Tatrekonstruktion oder der kontradiktorischen Vernehmung) und der Bewilligung von Zwangsmitteln (wie der Verhängung der Untersuchungshaft) geschaffen (vgl. § 31 Abs 1, §§ 104, 105 StPO).

Seit Inkrafttreten dieser Reform mit 1. 1. 2008 wird das Ermittlungsverfahren von der – nunmehr gemäß dem ebenfalls an diesem Tag in Kraft getretenen Art 90a B-VG (in der Fassung BGBl I 2008/2) als Organ der (ordentlichen) Gerichtsbarkeit eingerichteten – Staatsanwaltschaft geführt, die über die Erhebung der Anklage oder die Einstellung des Verfahrens entscheidet. Die Hauptverhandlung dient der Überprüfung der Stichhaltigkeit der Anklage. Im (gemäß § 210 Abs 2 StPO mit Einbringen der Anklage beginnenden) Hauptverfahren wechselt der Staatsanwalt – ungeachtet seiner steten Verpflichtung zur Objektivität (§ 3 Abs 2 StPO) – zum Verfahrensbeteiligten und steht dem Angeklagten als Anklagevertreter gegenüber.

Gemäß § 126 Abs 1 StPO sind Sachverständige zu bestellen, wenn für Ermittlungen oder für Beweisaufnahmen besonderes Fachwissen erforderlich ist, über welches die Strafverfolgungsbehörden nicht verfügen. Gleiches gilt für die Bestellung eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren und im Hauptverfahren durch das Gericht. Es ist im Ermittlungsverfahren sowie im Hauptverfahren ihre Aufgabe, aufgrund ihrer besonderen Qualifikation beweiserhebliche Tatsachen festzustellen (Befundaufnahme) oder aus diesen rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen und sie zu begründen (Gutachtenserstattung – § 125 Z 1 iVm § 248 Abs 1 StPO).

Im Ermittlungsverfahren werden Sachverständige (gerichtliche Ermittlungen oder Beweisaufnahmen ausgenommen) von der Staatsanwaltschaft bestellt, für gerichtliche Ermittlungen oder Beweisaufnahmen (§§ 104, 105 StPO) sowie für das Hauptverfahren (§ 210 Abs 2 StPO) vom Gericht (§ 126 Abs 3 Satz 1 StPO). Im Übrigen hat die Staatsanwaltschaft (abgesehen von Tatrekonstruktion und kontradiktorischer Vernehmung) gemäß § 101 Abs 2 StPO in jenen Fällen gerichtliche Beweisaufnahmen zu beantragen, wenn an solchen wegen der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Person des Tatverdächtigen besonderes öffentliches Interesse besteht.

3.2. Das Prinzip der Waffengleichheit stellt nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH sowie des EGMR einen der Wesenszüge des fairen Verfahrens im Sinne des Art 6 EMRK dar, weshalb der Gesetzgeber verhalten ist, den gerichtlichen Strafprozess so auszugestalten, dass jeder Partei angemessene Gelegenheit eingeräumt wird, ihren Fall einschließlich aller ihrer Beweise unter solchen Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen

Nachteil gegenüber der Gegenpartei bedeuten (vgl. unter anderem VfSlg 19.730/2012 mwN; EGMR 4. 4. 2013, Appl 30.465/06, Fall *C. B.*, Z 37).

3.2.1. Wenngleich Art 6 EMRK den Sachverständigenbeweis nicht ausdrücklich erwähnt – Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert die Waffengleichheit beim Zeugenbeweis –, ergeben sich auch für diesen aus dem angeführten Grundrecht abzuleitende, den Gesetzgeber bindende Vorgaben:

So müssen entsprechende Regelungen sicherstellen, dass ein Sachverständiger grundsätzlich sowohl vom Entscheidungsorgan als auch von den Parteien in vergleichbarer Weise unabhängig ist wie das Entscheidungsorgan selbst; ferner ist das Verfahren so auszugestalten, dass die Möglichkeit besteht, die Bestellung anderer Sachverständiger zu erwirken, die nicht in einem auch nur anscheinmäÙigen Abhängigkeitsverhältnis zu einer Verfahrenspartei stehen oder die – gleichsam *compensando* – das „Vertrauen der Gegenpartei“ genießen (vgl. mwN *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht [2007] Art 6 EMRK Rz 99).

3.2.2. Der EGMR hat wiederholt ausgesprochen, dass die in Art 6 Abs 1 EMRK in der spezifischen Ausformung des Art 6 Abs 3 lit d EMRK verankerten Garantien auch in Ansehung des Sachverständigenbeweises zum Tragen kommen, wobei die prozessuale Stellung des Experten während des gesamten Verfahrens sowie die Art und Weise seiner Funktionsausübung zu berücksichtigen sind (EGMR 28. 8. 1991, Appl 11.170/84 ua, Fall *Brandstetter*, Z 42; 10. 7. 2012, Appl 58.331/09, Fall *Gregacevic*, Z 67). Das nationale Recht muss hinreichende Schutzvorkehrungen bieten, die sicherstellen, dass die Fairness des Verfahrens und das Prinzip der Waffengleichheit garantiert sind (EGMR Fall *C. B.*, Z 39 f; EGMR 11. 12. 2008, Appl 6293/04, Fall *Mirilashvili*, Z 190).

3.3. Der OGH geht in seinen Anträgen vor dem Hintergrund des § 126 Abs 2c StPO sowie angesichts des aus Art 6 Abs 1 EMRK erfließenden Gebots der Vermeidung überlanger Verfahrensdauer davon aus, § 126 Abs 4 letzter Satz StPO wohne das Verständnis inne, dass es dem erkennenden Gericht im Hauptverfahren nur dann erlaubt sei, einen anderen als den bereits im Ermittlungsverfahren im Auftrag der Staatsanwaltschaft tätig gewordenen – und deshalb dem äußeren Anscheine nach allenfalls nicht völlig unparteilich wirkenden – Sachverständigen zu bestellen, wenn dessen Befund oder Gutachten mit (durch Befragung nicht auszuräumenden) formalen Mängeln behaftet ist.

Der angefochtene Teil des § 126 Abs 4 Satz 3 StPO schließt nach Auffassung des OGH die Geltendmachung des (vorangegangenen) Wirkens des Sachverständigen im Auftrag der Staatsanwaltschaft als Befangenheitsgrund schlechthin – unabhängig von den Umständen des Einzelfalles – aus. Dies bedeute, dass es dem Angeklagten von Gesetzes wegen selbst dann verwehrt ist, das Vorliegen von Hinweisen auf eine objektive Befangenheit des Sachverständigen mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen,

wenn der Sachverständige vom Staatsanwalt mit der Durchführung von Ermittlungen – allenfalls auch in Form eines Erkundungsbeweises (§ 103 Abs 2 iVm § 91 Abs 2 StPO) – betraut war und sich die Anklage primär auf dessen Expertise stützt.

3.4. Unter Zugrundelegung dieses vom antragstellenden OGH beigemessenen Inhalts ist die Vorschrift des § 126 Abs 4 letzter Satz StPO im angefochtenen Umfang aus den in den Anträgen vorgetragenen Gründen verfassungswidrig: Denn eine Norm, die es dem Angeklagten im Hauptverfahren – in dem der Staatsanwalt dem Angeklagten als Anklagevertreter gegenübertritt – von vornherein und ausnahmslos verbietet, den vom Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren beauftragten Experten im Fall von objektiven, gegen dessen völlige Neutralität sprechenden Anhaltspunkten im Zusammenhang mit seiner konkreten Tätigkeit im Ermittlungsverfahren als befangen abzulehnen, verstößt gegen das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantierte Gebot der Waffengleichheit.

Der vom OGH in seiner Rechtsprechung vorgenommenen Auslegung folgend sind weder das dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren bzw dem Angeklagten im Hauptverfahren eingeräumte Recht, gegen den Sachverständigen Einwendungen – frei aus anderen Gründen als unter dem Aspekt seines Wirkens im Ermittlungsverfahren – zu erheben, noch das Recht auf dessen Befragung in der Hauptverhandlung mit Unterstützung eines privaten Experten geeignet, dem Angeklagten eine Position zu verschaffen, die dem Grundsatz der Waffengleichheit entspricht (vgl EGMR 27. 10. 1993, Appl 14.448/88, Fall *Dombo Beheer B.V.*, Z 33).

Ausgehend davon, dass die StPO 1975 einen Anspruch des Angeklagten auf Bestellung eines anderen (neutralen) Sachverständigen im Fall der Behauptung des Vorliegens einer objektiven Befangenheit im aufgezeigten Sinn zwingend ausschließt, widerspricht die bekämpfte Regelung in § 126 Abs 4 letzter Satz StPO der in Art 6 Abs 1 EMRK in der spezifischen Ausformung des Art 6 Abs 3 lit d EMRK verankerten Garantie der Waffengleichheit.

Dieses Ergebnis hat allerdings nicht den generellen Ausschluss eines Sachverständigen allein aus dem Grund, dass er bereits im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft beigezogen wurde, für die Bestellung in der Hauptverhandlung zur Folge, sondern führt vielmehr dazu, dass das Gericht im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine allfällige Befangenheit anhand der Regelung des § 47 Abs 1 Z 3 iVm § 126 Abs 4 Satz 1 StPO (Vorliegen von Gründen, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen) zu beurteilen hat.

IV. Ergebnis

1. § 126 Abs 4 StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 wurde durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, BGBl I 2014/71, geändert. Es ist daher auszusprechen, dass die Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4

StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 verfassungswidrig war.

2.1. Wie dem VfGH bekannt wurde, sind beim OGH weitere Verfahren anhängig, in denen dieser bei der Entscheidung über die Verfahrensrüge § 126 Abs 4 Satz 3 StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 anzuwenden hätte. Der VfGH sieht sich daher veranlasst, von der ihm durch Art 140 Abs 7 B-VG eingeräumten Befugnis Gebrauch zu machen und die Anlassfallwirkung auf alle beim OGH anhängigen Rechtssachen auszudehnen (im Übrigen wird auf das Urteil des EGMR vom 22. 7. 2010, Appl 18.984/02, Fall *P.B.* und *J.S.*, Z 49, verwiesen).

2.2.1. Der Zweit Antragsteller begehrt in seinem erst am 9. 2. 2015 eingelangten, zu G 42/2015 protokollierten Antrag gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG, die Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 letzter Satz StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 als verfassungswidrig aufzuheben. Der Dritt Antragsteller stellt weiters den erst am 18. 2. 2015 eingelangten, ebenfalls auf Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG gestützten Antrag (protokolliert zu G 77/2015), der VfGH möge aussprechen, dass § 126 Abs 3 Halbsatz 1 StPO in der Fassung BGBl I 2009/52 und § 126 Abs 4 Satz 3 StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 verfassungswidrig waren.

2.2.2. Da mit dem vorliegenden Erkenntnis festgestellt wird, dass die Worte „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 letzter Satz (= Satz 3) StPO in der Fassung BGBl I 2004/19 verfassungswidrig waren, und nach der ständigen Rechtsprechung (vgl VfSlg 19.522/2011 mwN) ein bereits aufgehobenes oder als verfassungswidrig erkanntes Gesetz wegen entschiedener Sache nicht neuerlich Gegenstand einer entsprechenden Aufhebung sein kann, sind die beiden – in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 VfGG zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung mit den Anträgen des OGH verbundenen – Anträge des Zweit- und Dritt Antragstellers als unzulässig zurückzuweisen (§ 19 Abs 3 Z 2 lit d VfGG).

2.2.3. Da eine förmliche Einbeziehung dieser beiden Anträge in das vorliegende Gesetzesprüfungsverfahren im Hinblick auf das fortgeschrittene Prozessgeschehen nicht mehr möglich war, hat der VfGH beschlossen, auch insofern von der ihm gemäß Art 140 Abs 7 Satz 2 B-VG eingeräumten Befugnis Gebrauch zu machen und die Anlassfallwirkung auch auf die mit Urteil des LG für Strafsachen Wien vom 6. 11. 2014, 65 Hv 164/13g, in erster Instanz entschiedene (infolge Berufung wegen Nichtigkeit sowie wegen des Ausspruchs über die Schuld und die Strafe sowie gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche vom 9. 2. 2015 nunmehr beim OLG Wien anhängige) Rechtssache sowie die mit Urteil des LG für Strafsachen Graz vom 18. 11. 2014, 4 Hv 127/14g-851, in erster Instanz entschiedene (infolge Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung beim OGH anhängige) Rechtssache auszudehnen (vgl VfSlg 17.974/2006, 19.522/2011).

3. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Feststellung der Verfassungs-

widrigkeit und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art 140 Abs 5 Satz 1 B-VG und § 64 Abs 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG.

Anmerkung:

1. Nach der **Entscheidung des VfGH vom 7. 10. 2014, E 707/2014 (SV 2015/1, 31 mit Anmerkung von Martin Attlmayr)** über den Sachverständigenbeweis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch **Amtssachverständige** liegt nunmehr die Entscheidung des VfGH vom 10. 3. 2015, G 180/2014 ua, über den Sachverständigenbeweis **durch einen von der Staatsanwaltschaft im strafprozessualen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren bestellten Sachverständigen** und seine Bedeutung für das gerichtliche Hauptverfahren vor.

2. Obwohl der VfGH beim Amtssachverständigen und seinem Einsatz im Verwaltungsgerichtsverfahren a priori **keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte** konstatiert hat, während er die Norm des **§ 126 Abs 4 Satz 3 StPO alte Fassung** über das **Verbot**, einen von Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren beauftragten **Experten** im gerichtlichen Hauptverfahren **als befangen abzulehnen**, als **verfassungswidrig** beurteilt hat, fällt bei der Lektüre beider Entscheidungen ein **weitgehender Gleichklang in der Argumentation** auf.

3. **Entscheidend ist in beiden Anlassfällen** für die durch Art 6 EMRK geschützten Prinzipien eines **fairen Gerichtsverfahrens** und – für das Strafverfahren – des **Gebots der Waffengleichheit**, dass sowohl im Verwaltungsgerichtsverfahren wie auch im strafgerichtlichen Hauptverfahren **für die Parteien gewährleistet sein muss, im Einzelfall die Unbefangenheit und Unparteilichkeit**, und damit auch die für den Sachverständigenbeweis unverzichtbare **Objektivität und Unabhängigkeit des Gerichtssachverständigen, auf den Prüfstand stellen zu lassen**. Die **Überprüfung der Unbefangenheit** der Gerichtssachverständigen darf im Hinblick auf die überragende Bedeutung

der Gerichtssachverständigen für die Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts **in keiner Weise eingeschränkt sein**.

4. Mir scheint es in diesem Zusammenhang auch besonders wichtig, dass im Sinne des Grundsatzes der **Fairness des Verfahrens** (Art 6 EMRK) sichergestellt ist, dass der Gerichtssachverständige nicht in einem auch nur **anscheinensmäßigen Abhängigkeitsverhältnis zu einer Verfahrenspartei** steht (vgl Punkt 3.2.1. des hier abgedruckten Erkenntnisses des VfGH). Diese **Anscheinsbefangenheit** ist sehr kritisch zu sehen, weil sie häufig geeignet ist, das für jede Rechtsprechung so wichtige **Vertrauen in die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit** zu untergraben (vgl die **gleiche Problematik beim Amtssachverständigen**, die der VfGH in seinem Erkenntnis vom 7. 10. 2014, E 707/2014, SV 2015/1, 31, jedoch **anders beurteilt** hat).

5. Ich halte es auch für notwendig, bei der **Prüfung und Entscheidung der Befangenheit** von schon im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen und auch bei Amtssachverständigen im Verwaltungsgerichtsverfahren **Argumente** wie etwa die **Vermeidung überlanger Verfahrensdauer** (Art 6 Abs 1 EMRK) oder die **Beachtung der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** (§ 126 Abs 2c StPO) **nicht zu berücksichtigen**, denn bei einer ausgewogenen Betrachtung **überwiegt eindeutig das Anliegen der Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit und der Schutz des Vertrauens der Betroffenen und der Öffentlichkeit in die Integrität der Rechtsprechung**.

6. Das hier abgedruckte Erkenntnis des VfGH ist **allen Sachverständigen** zur Lektüre nachdrücklich zu **empfehlen!**

Zu diesem VfGH-Erkenntnis vgl auch die „Schlagzeile“ von **Johann Guggenbichler** in diesem Heft, Seite 64.

Harald Kramer