

Zur Stellung von Sachverständigen im Strafverfahren nach der StPO*



Gerne komme ich der Einladung des Herrn Präsidenten Vis. Prof. Dipl.-Ing. Dr. Matthias Rant zu einer kurzen Abhandlung über Sachverständige im Strafverfahren nach der StPO für die Sondernummer anlässlich des 100-jährigen Bestehens des Hautverbands der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs nach. Die statutarische Bezeichnung des Verbands leitet

sich offensichtlich aus dem gleichnamigen Bundesgesetz, dem SDG, her. Dieses „bezieht sich auf die allgemeine Beeidigung und Zertifizierung von Sachverständigen und Dolmetschern für ihre Tätigkeit vor Gerichten und auf ihre Erfassung in Listen“ (§ 1 Abs 1 SDG). Der Homepage des Verbands entnehme ich eine gleichsinnige Zielsetzung, nämlich „als Dachverband nach seinen Statuten die Interessen der für die Gerichte tätigen Sachverständigen österreichweit wahrzunehmen“. Nach Maßgabe der eindrucksvollen Standesregeln ist der „gerichtliche Sachverständige“ „ein unabhängiges, zur Objektivität und Unparteilichkeit verpflichtetes Hilfsorgan des Gerichtes und der Staatsanwaltschaft und als solches Teil der Rechtspflege“, der sich „bei seiner Tätigkeit als Sachverständiger im Auftrag eines Gerichtes, der Staatsanwaltschaft oder einer Verwaltungsbehörde“ „vorwurfsfrei zu verhalten“ hat. Punkt 1.2. der Standesregeln verpflichten ihn bei Befundaufnahme und Gutachten zu Sorgfalt und Objektivität, und zwar ausdrücklich „sowohl im Verfahren vor den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Verwaltungsbehörden, aber auch als Privatgutachter“.

Neben Gerichten und Staatsanwaltschaften, deren Organe von Art 90a B-VG als solche der Gerichtsbarkeit bezeichnet werden, werden als Auftraggeber auch Verwaltungsbehörden und Private genannt. Beiderseitiges Gehör und die Einhaltung von Verfahrensvorschriften sowie das Beschleunigungsgebot gelten nach Punkt 2.8. und 2.9. der Standesregeln allerdings nur für „Sachverständige“, die „von einem Gericht, einer Staatsanwaltschaft oder einer Verwaltungsbehörde beauftragt“ wurden. Im Punkt 3.

der Standesregeln finden sich „besondere Bestimmungen für Privatgutachten“. Unter anderem ist dort zu lesen: „Bei allen Privatgutachten hat der Sachverständige seinen Auftraggeber anzuführen oder zumindest einen ausdrücklichen Hinweis in sein Gutachten aufzunehmen, dass er den Auftrag für dieses Gutachten von privater Seite erhalten hat.“

Juristen, die etwas von ihrem Handwerk verstehen, wissen, dass sie ganz wesentlich auch, wenngleich keineswegs nur, „Begriffsverwalter“ sind. Klare Begriffsbildung ist für klares Denken ebenso unverzichtbar wie für gelungene Kommunikation. Daher verlangt der Begriff des Sachverständigen nach einer Klarstellung.

Nach § 1 Abs 1 SDG finden wie erwähnt „allgemeine Beeidigung und Zertifizierung von Sachverständigen“ „für ihre Tätigkeit vor Gerichten“ statt und diese Art von Sachverständigen wird sodann in Listen erfasst.

Für das verwaltungsbehördliche Verfahren sieht § 52 AVG die Beiziehung sogenannter Amtssachverständiger vor. Nur ausnahmsweise ist es zulässig, „nichtamtliche Sachverständige“ beizuziehen. Indem § 52 Abs 4 AVG alle diejenigen verpflichtet, einer solchen Bestellung Folge zu leisten, „die zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt“ sind, nimmt die Vorschrift auf allgemein beeidete und zertifizierte Sachverständige im Sinne des SDG Bezug. Zum Sachverständigen im verwaltungsbehördlichen Verfahren wird man, indem man nach § 52 AVG durch die Behörde „als Sachverständiger“ beigezogen wird. Das stellt auch § 53a Abs 2 Satz 1 AVG klar.

Der **Begriff des Sachverständigen** wird demnach auch im Verwaltungsverfahren von der Behörde beigezogenen Fachleuten vorbehalten. Gleiches gilt im Zivilverfahren, wo Sachverständige einerseits als Beweismittel, aber auch als Gehilfen des Richters gesehen und so der Stellung des Richters angenähert werden, wie *Kodek/Mayr* (Zivilprozessrecht [2011] Rz 703) hervorheben, und weiter: „Privatgutachten sieht die ZPO nicht als Sachverständigengutachten an. Dabei handelt es sich nur um Privaturkunden, die nach der Rechtsprechung lediglich beweisen, welche Ansicht der Verfasser vertritt.“ Nach neuerer Rechtsprechung müsste sich ein Sachverständiger allerdings in seinem Gutachten mit vorgelegten Privatgutachten aus-

* Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird für Sachverständige, Richter, Staatsanwälte und Verteidiger stets die männliche Form verwendet.

einandersetzen (Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht, Rz 708). Ich verzichte darauf, der Frage nachzugehen, was das für die Zivilrechtsprechung konkret bedeutet (vgl dazu RIS-Justiz RS0040363), wende mich vielmehr meinem Thema, dem Sachverständigenbeweis im Strafverfahren nach der StPO, zu.

Soweit Geschworene über Schuld oder Unschuld des Angeklagten befinden, werden diese zwar zu Beginn der Hauptverhandlung auf die Pflicht vereidigt, „*nichts unerwogen zu lassen, was zum Vorteil oder zum Nachteil des Angeklagten gereichen kann*“ (§ 305 Abs 1 StPO). Die Frage, ob die Geschworenen dieser Pflicht zur Auseinandersetzung mit allen erheblichen Beweismitteln – Sachbeweisen, Zeugenaussagen sowie Befunden und Gutachten von Sachverständigen – auch tatsächlich nachgekommen sind, ist als solche aber nicht Gegenstand der Überprüfung durch das Rechtsmittelverfahren, weil Laienrichtern eine Verschriftlichung derartiger Überlegungen nicht abverlangt werden kann und eine Hilfestellung durch die Berufsrichter ausscheidet, sind diese doch von der Abstimmung über den Wahrspruch ausgeschlossen (§ 329 StPO).

Anders dort, wo Berufsrichter an der Entscheidung über die Schuld- und Strafraumenfrage beteiligt sind. Dort bildet es einen Nichtigkeitsgrund, wenn ein erhebliches Beweismittel nicht erörtert wurde. Für eine der Nichtigkeitsanktion des § 281 Abs 1 Z 5 Fall 2 StPO standhaltende Erörterung aber muss der *fact finder*, also das erkennende Gericht, ganz konkret den Bedeutungsinhalt des zu erörternden Beweismittels verstanden haben.

Auf Gutachten angewendet bedeutet dies, dass die Richter verstanden haben müssen, was der Sachverständige konkret aussagt. Das bereitet jedenfalls Berufsrichtern dort keine besonderen Schwierigkeiten, wo sie gediegene Grundkenntnisse besitzen. So können etwa mit Verkehrs-sachen befasste Richter aus Beulenersatz, Bremsspuren, der Endposition von Fahrzeugen und geschädigten Personen und dergleichen oft bereits selbst eine grobe Einschätzung der Sachlage vornehmen und verstehen daher durchaus, wie der Verkehrssachverständige zu seinen Schlussfolgerungen kommt, können dessen Schlüsse mit anderen Worten durchaus nachvollziehen. Wer längere Zeit als Strafrichter tätig war, wird keine besonderen Schwierigkeiten mit den gängigen Krankheitsbildern psychiatrischer Gutachten haben und Ähnliches mehr. Was aber, wenn zB ein DNA-Gutachten im Detail nachvollzogen werden soll? Sachgerechte Erörterung gutachterlicher Überlegungen und Rechenvorgänge kann hier und in manch anderen Fachgebieten rasch an ihre Grenzen kommen.

In einem Strafprozessrechtssystem wie dem österreichischen, wo der materiellen Wahrheitsfindung verpflichtete Berufsrichter als *fact finder* tätig werden, verzichtet man daher aus gutem Grund auf die Möglichkeit, Privatsachverständige dem Verfahren beizuziehen. Können die Mitglieder einer Laienjury sich auf die Frage zurückziehen, „*welchen Eindruck in der Hauptverhandlung die wider den Angeklagten vorgeführten Beweise und die Gründe seiner Verteidigung auf sie gemacht haben*“, wie es § 325 StPO

für die österreichischen Geschworenen ausdrückt, genügt ein subjektiver Eindruck zur mängelfreien Erörterung in den vom Vorsitzenden verfassten Gründen eines schriftlichen Urteils im Hinblick auf dessen Bestandskraft vor den Augen einer kritischen Rechtsmittelinstanz keineswegs. Mag es in der Mehrzahl der Fälle einem für seine Aufgabe hinreichend geschulten Berufsrichter durchaus möglich sein, mehrere Gutachten gegeneinander abzuwägen, können sich in einzelnen Fachgebieten unüberwindliche fachliche Defizite der Maßfigur eines Urteilsverfassers einer solchen Erörterung entgegenstellen. Durch ein wenig Wortakrobatik das Problem zu überspielen, kann eine Rechtsordnung, die ernst genommen werden will, nicht akzeptieren.

Der OGH bringt es im Strafverfahren daher knapp und klar mit den Worten auf den Punkt: **Die Beiziehung eines Privatgutachters im gerichtlichen Strafverfahren ist dem Gesetz fremd.** Die Position der Rechtsprechung wird auch von der Lehre gestützt. Ich erwähne nur das „Handbuch der Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren“ (5. Auflage, 2008) von E. Steininger (§ 281 Abs 1 Z 4 Rz 41) und vor allem die grundlegende Kommentierung des Sachverständigenbeweises durch Hinterhofer im „Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung“ (vgl § 125 Rz 17 ff; knapp und informativ *derselbe*, Sachverständigenbeweis, ÖJZ 2008, 397 [401]). **Wird ein Privatgutachten zum Akt genommen, kann nur dessen Befund zu erheblichen Bedenken** des Rechtsmittelgerichts aufgrund einer sogenannten Tatsachenrüge nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO **Anlass geben.** Da nämlich das Ziehen von Schlüssen in der Hauptverhandlung *gerichtlich* beigezogenen Gutachtern vorbehalten ist, das Verfahrensrecht solcherart nur diese als Sachverständige begreift, sind vernommene Privatgutachter nichts anderes als Zeugen (vgl RIS-Justiz RS0118421; RS0115646; RS0098139; RS0097292). **Ihre Schlussfolgerungen und Meinungen sind ebenso unbeachtlich wie jene von Zeugen**, deren Aussagen ebenfalls nur in Hinsicht auf den Bericht über sinnliche Wahrnehmungen erörterungsbedürftig sind.

Menschenrechtskonform ist diese Position von Rechtsprechung und Lehre allerdings allemal. Einen Sachverständigen bei seiner Befragung mit wissenschaftlich fundierten Lehrmeinungen zu konfrontieren, aus denen Zweifel an von ihm gezogenen Schlüssen entstehen sollen, ist nämlich keineswegs unzulässig oder unangemessen im Sinne des § 249 Abs 2 StPO, wo dem Vorsitzenden zur Pflicht gemacht wird, unzulässige und unangemessene Fragen zu untersagen. Der Fragesteller kann dazu auch die Hilfe eines von ihm selbst engagierten Fachmanns, das Gesetz nennt ihn eine „*Person mit besonderem Fachwissen*“, in Anspruch nehmen. In der Regel wird der Verteidiger bei dieser Fachperson zuvor ein Privatgutachten in Auftrag gegeben haben, um sich über die Erfolgsaussichten einer solchen Befragung des gerichtlich bestellten Sachverständigen in der Hauptverhandlung ein Bild machen zu können. Hier kommt die im Punkt 3. der Standesregeln angesprochene Tätigkeit von „*allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen*“ im Sinne des SDG als Privatgutachter ins Spiel.

§ 249 Abs 3 StPO, der das Recht zur sachgerechten Befragung von Sachverständigen unterstützt von Personen mit besonderem Fachwissen neuerdings gesetzlich verbrieft, geht auf eine einschlägige Entscheidung des OGH zurück, die unter dem Aspekt moderner Grundrechtsgewährung ergangen ist. Derartigen Fragen hat sich der Sachverständige demnach zu stellen. Sieht er sich hierzu nicht sofort in der Lage, ist die Hauptverhandlung, von einem manifest gewordenen Befähigungsmangel des Sachverständigen abgesehen, zu unterbrechen oder zu vertagen. Gesetzgeber und OGH billigen dem **Privatgutachter als „Gehilfen des Verteidigers“** gegenüber dem **Sachverständigen als „Gehilfen des Richters“** nur deshalb kein eigenes Fragerecht zu, um seine Äußerungen in rechtlichen Bahnen zu halten, wenn er versuchen sollte, sich unsachgerecht in die Hauptverhandlung einzubringen, mit anderen Worten: nicht nach Maßgabe der Vorgabe, dass er zwar das Gutachten des Sachverständigen durch gezielte Fragen „beschließen“, nicht aber durch eigene Erwägungen ersetzen darf. Das heißt keineswegs, dass der Vorsitzende den „Gehilfen des Verteidigers“ nicht selbst Fragen stellen lassen darf, wohl aber, dass er jederzeit ohne Begründung auf eine Mediatisierung der Fragestellung durch den – Standesregeln der Rechtsanwaltschaft oder der Sitzungspolizei unterliegenden – Verteidiger bestehen kann, wenn die Sache sonst aus dem Ruder zu laufen droht.

Ohne privat bestellte Personen mit besonderem Fachwissen als Sachverständige zu akzeptieren, wird solcherart der Verteidigung alles Erforderliche an die Hand gegeben, um Gutachten von Sachverständigen unter ihrem Aspekt als Beweismittel in Frage stellen zu können. Gelingt es, aufzuzeigen, dass der Befund eines Sachverständigen „unbestimmt“ oder dessen Gutachten „widersprüchlich oder sonst mangelhaft“ ist „und lassen sich die Bedenken nicht durch Befragung beseitigen, so ist ein weiterer Sachverständiger beizuziehen“, zieht § 127 Abs 3 StPO die Konsequenz aus sachgerechter Befragung bei mangelhaftem Befund oder Gutachten und bewehrt einen entsprechenden Antrag mit Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO. Das bloße Verlangen eines Beteiligten, neue Befunde oder Gutachten abzufordern, um die vom beigezogenen Sachverständigen erbrachten Ergebnisse zu überprüfen, zielt aber auf unzulässige Erkundungsbeweisführung, weil nur eine Beweiswiederholung in der nicht (im Sinne des § 127 Abs 3 StPO) indizierten Erwartung eines für den Antragsteller günstigeren Ergebnisses begehrt wird. Allerdings kann es vorkommen, dass ein Sachverständiger sich nicht in der Lage sieht, eine erhebliche Frage zu beantworten. Dann ist schon mit Blick auf den Regelungszweck des § 126 Abs 1 Satz 1 StPO ein weiterer Sachverständiger beizuziehen. Genug daran, dass der Antragsteller glaubhaft macht, dass dieser dazu in der Lage sein werde. Dazu und zu einem sachgerechten Vorbringen im Sinne des § 127 Abs 3 StPO kann es – wie gesagt – sinnvoll sein, ein sogenanntes Privatgutachten erstellen zu lassen (vgl. RIS-Justiz RS0098139).

Seit 1. 1. 2008 führt bekanntlich die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren und bestellt mit Ausnahme des

Sonderfalls gerichtlicher Ermittlungen oder Beweisaufnahmen (§§ 104 f StPO) in diesem Verfahrensabschnitt auch die Sachverständigen. Staatsanwälte werden von Art 90a B-VG neuerdings zwar als Organe der Gerichtsbarkeit bezeichnet, wechseln ihre Rolle als gerichtsähnliches Ermittlungsorgan mit Beginn des Hauptverfahrens jedoch zugunsten derjenigen von Anklagevertretern. In der Hauptverhandlung beigezogen, können die von ihnen bestellten Sachverständigen nicht bloß deswegen erfolgreich abgelehnt werden; und das erzeugt – ob noch menschenrechtskonform oder nicht – eine massive Schiefelage zulasten der Angeklagten. Die Schiefelage sollte dringend dadurch beseitigt werden, dass man Sachverständige ausnahmslos durch das Gericht bestellen und führen lässt. Wo die Staatsanwaltschaft eigene oder polizeiliche Fachleute zur Verfügung hat, bedarf sie ohnehin keines Sachverständigen (§ 126 Abs 1 StPO).

Die **Forderung** wurde mit Nachdruck von der Vollversammlung des OGH erhoben, wo im Punkt 2.1. des Tätigkeitsberichts für 2011 angeregt wird, **„die Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese im Ermittlungsverfahren dem Gericht zu übertragen“** – und weiter: *„Das durch Wechsel der Staatsanwaltschaft nach Anklageerhebung in die Rolle einer Verfahrensbeteiligten offensichtliche Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 3 lit d der Europäischen Menschenrechtskonvention würde dadurch vermieden. Einwände (§ 126 Abs 3 dritter Satz StPO) nur aufgrund ständiger Zusammenarbeit bestimmter Sachverständiger mit der Staatsanwaltschaft sind nämlich nicht erfolgversprechend, 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 beiziehen. 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.“*

Beim ersten Hinsehen verwundert, dass manche Strafverteidiger an der Bestellung von Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft nichts auszusetzen finden. Stattdessen verlangen sie die Zulassung von Privatsachverständigen. Diese Forderung beruht allerdings auf einer grundlegend anderen Sicht über die Zukunft des österreichischen Strafverfahrens, dessen Ersatz durch ein adversatorisches System angestrebt wird.

Das adversatorische System ist ein System formeller (statt materieller) Wahrheit. Es geht von einem möglichst unvorbereiteten, am Geschehen unbeteiligten Zuschauer als Richter aus, der einen Kampf zwischen Ankläger und

Verteidiger verfolgt, um am Ende dem Sieger Recht zu geben. Dagegen sieht unser österreichisches, das akkusatorische System – welches zuweilen gezielt mit dem negativ besetzten Begriff „inquisitorisch“ bezeichnet wird, obwohl Ankläger- und Richterrolle selbstverständlich getrennt sind und das Verbot von Selbstbelastungszwang strikt beachtet wird – im Richter denjenigen, der für die Beweisaufnahme, insbesondere auch die Befragung von Zeugen und Sachverständigen, primär verantwortlich ist.

Allerdings hat *Schünemann* (Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells, in FS Fezer [2008] 555 [569]) eindrucksvoll aufgezeigt, dass „*der nach Meinung vieler Autoren besonders rechtsstaatliche Parteiprozess infolge enormen Anwachsens der Kriminalität in der modernen Industriegesellschaft mit den Anforderungen der Praxis nicht mehr fertig geworden ist und dadurch zu dem absoluten Gegenteil geführt hat, nämlich der weitgehenden Abschaffung der Hauptverhandlung durch das vom Angeklagten im Wege des plea bargaining akzeptierte Ergebnis des Ermittlungsverfahrens*“.

Naturgemäß bedarf es im adversatorischen Prozess des Privatsachverständigen, weil es dort allein Sache der Parteien ist, die Beweismittel für ihren Standpunkt zu präsentieren. Und ebenso naturgemäß bilden Privatsachverständige einen Störfaktor in dem durch amtswegige Wahrheitsforschung determinierten akkusatorischen Prozess, weil hier der Sachverständige eben nicht Gehilfe der

jeweils beweisführenden Partei ist, sondern dem Gericht beistehen soll. Dieses soll sich, wo es nicht anders möglich ist, darauf zurückziehen können, zu beurteilen, ob das Gutachten nachvollziehbar und schlüssig ist. Soweit die Verteidigung Hilfe durch eine Person mit besonderem Fachwissen benötigt, genügt es, wenn sie sich bei der Befragung des vom Gericht bestellten Sachverständigen eines von ihr beigezogenen Spezialisten bedienen kann, auch um eben diese Schlüssigkeit und die Überzeugungskraft des Gutachtens in Zweifel zu ziehen und so die Notwendigkeit eines weiteren Sachverständigen aufzuzeigen.

Während die **Unabhängigkeit von Sachverständigen** nach der StPO von niemandem in Zweifel gezogen wird, wird am angeblichen Vorhaben, den zukünftigen Verwaltungsgerichten primär die Beiziehung sogenannter Amtssachverständiger vorzuschreiben, also von Personen, die der Behörde beigegeben oder zur Verfügung stehen, unter dem Aspekt der erforderlichen Unabhängigkeit heftige Kritik geübt (vgl. statt aller *Krammer in Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos, Sachverständige und ihre Gutachten* [2012] 23). Die Frage, ob die Kritik berechtigt ist oder Amtssachverständige auch vor Verwaltungsgerichten „*unabhängig genug für die Wahrheitsfindung*“ sind, wie kürzlich *Wielinger* in der Tageszeitung „Die Presse“ vom 16. 7. 2012 erwidert hat, stellt sich für die ordentliche Gerichtsbarkeit, für deren Funktionieren der OGH nach Art 92 B-VG in letzter Instanz verantwortlich ist, nicht.

