

auf die erkennungsdienstliche Behandlung des Beschuldigten beschränkt.

285 Der **DNA-Abgleich** (§ 124 Abs 1 zweiter Fall) ist zulässig, wenn die DNA-Analyse allein nicht ausreicht, um eine Spur zuzuordnen, die Identität oder Abstammung einer Person zu klären. Dann kann das Ergebnis der DNA-Analyse – die DNA einer Person (§ 117 Z 5) – mit den Daten aus einer DNA-Datenbank abgeglichen werden. Diese Daten dürfen verwendet werden, wenn sie nach der StPO oder dem SPG „rechtmäßig gewonnen“ wurden. Aber die Verwendung unrechtmäßig gewonnener Daten ist nicht mit Nichtigkeit bedroht, die Parteien können diesen Fehler nur zum Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Abs 1 Z 4 machen.

286 **2.) Verfahren.** DNA-Analyse und DNA-Abgleich bedürfen einer Anordnung des Staatsanwalts aufgrund einer richterlichen Bewilligung (§ 124 Abs 2). Das aber gilt nur für Spuren außerhalb des Tatorts, zB an der Kleidung des Verdächtigen. Eine „biologische Tatortspur“ kann die Kriminalpolizei von sich aus untersuchen lassen (§ 124 Abs 2).

Das Material ist zu anonymisieren und einem gerichtsmedizinischen Sachverständigen zur Auswertung zu übergeben (§ 124 Abs 3). So lange mit dem Untersuchungsmaterial und den Untersuchungsergebnissen eine Spureuzuordnung, eine Identitätsfeststellung oder eine Feststellung der Abstammung möglich ist, darf es verwendet und verarbeitet werden (§ 124 Abs 4). Material und Daten, die keiner bestimmten Person zugeordnet werden können, dürfen sogar noch länger benutzt werden, der Rest ist zu vernichten (§ 124 Abs 4). Dass die Vorschriften des SPG (§§ 65–67, 70) davon unberührt bleiben (§ 124 Abs 4 letzter Satz), ist erstaunlich. So darf die Polizei Daten aus einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme länger als die Justiz aufbewahren.

Sachverständige **(§ 125 Z 1, §§ 126, 127)**

287 **1.) Sinn und Zweck.** Sachverständige müssen beigezogen werden, wenn für eine Ermittlung oder eine Beweisaufnahme beson-

deres Fachwissen erforderlich ist. Zu den besonderen Einrichtungen später (Rz 294).

Sachverständige können – anders als bisher (§ 118a Abs 2 alt) – auch dann bestellt werden, wenn die damit verbundenen **Kosten** außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. Die Kosten der Sachverständigen (§ 381 Abs 1 Z 2) werden dem Verurteilten auferlegt, auch wenn sie gemessen an der Bedeutung der Sache unverhältnismäßig sind (s Rz 8).

2.) Bestellung, Einwände. Soweit es sich nicht um gerichtliche Ermittlungen oder Beweisaufnahmen handelt, werden Sachverständige vom Staatsanwalt bestellt (§ 126 Abs 3). Früher war in allen Fällen das Gericht zuständig (§ 119 alt). IdR sollen Sachverständige den Sachverständigenlisten entnommen werden (§ 126 Abs 2). Nicht in einer Liste eingetragene Sachverständige müssen über ihre wesentlichen Rechte und Pflichten informiert werden, eine Beeidigung ist nicht mehr vorgeschrieben (§ 126 Abs 2; vgl dagegen § 121 Abs 2 alt).

288

Der Staatsanwalt (das Gericht) teilt den Beteiligten den Namen des Sachverständigen idR vor, ausnahmsweise nach der Bestellung mit. Er (es) bestimmt auch eine angemessene Frist, innerhalb derer die Beteiligten „begründete Einwände“ – sie entsprechen den „erheblichen Einwendungen“ des alten Rechts (§ 120 alt) – vorbringen können (§ 126 Abs 3). Aber auch nach Ablauf der Frist können Einwände nicht unzulässig sein, wenn sie nicht früher erhoben werden konnten (*B/V* 363). Die Kriminalpolizei, die im Ermittlungsverfahren auch verständigt werden muss (§ 126 Abs 3 zweiter Satz), kann Einwände nicht erheben.

Wenn der Staatsanwalt begründeten Einwänden gegen die Bestellung eines Sachverständigen nicht Rechnung trägt, können die Parteien Einspruch erheben (§ 106).

Befangtheit des Sachverständigen ist nur dann ein Nichtigkeitsgrund, wenn es sich um Fälle des § 47 Abs 1 Z 1 und 2 handelt (§ 126 Abs 4). Andere Gründe (§ 47 Abs 1 Z 3) müssen die Parteien, sobald sie davon erfahren, in einem Einwand geltend machen. Der Staatsanwalt (das Gericht) muss Sachverständige von Amts wegen abberufen, wenn sie befangen sind oder „ihre Sachkunde in Zweifel steht“ (§ 126 Abs 4).

289

3.) Zweitgutachter. Der Staatsanwalt (das Gericht) muss einen

290

weiteren Sachverständigen beiziehen, wenn „der Befund unbestimmt oder das Gutachten widersprüchlich oder sonst mangelhaft ist“ (§ 127 Abs 3). Das Gutachten ist „widersprüchlich“, wenn es sich selbst widerspricht, aber auch dann, wenn es im Widerspruch zu den bisher erhobenen Tatumständen, den Verfahrensergebnissen, steht.

Die Pflicht, in schwierigen Fällen (§ 118 Abs 2 alt) einen zweiten Sachverständigen beizuziehen, wurde – leider (s *B/V* 367) – abgeschafft.

Wenn der Befund oder das Gutachten Mängel im Sinn des § 127 Abs 3 aufweist, muss ein weiterer Sachverständiger beigezogen werden. Wenn sich Zweifel an der „Sachkunde“ des Sachverständigen ergeben, muss er durch einen anderen ersetzt werden (§ 126 Abs 4).

291 4.) Hauptverfahren. Das Gericht kann für das Hauptverfahren denselben Sachverständigen beiziehen, der schon im Ermittlungsverfahren tätig war (EB 177). Aber wenn insbesondere Befund oder Gutachten zeigen, dass ein anderer Sachverständiger besser geeignet wäre, dann muss es diesen beiziehen. Bevor das Gericht einen Sachverständigen bestellt, muss es prüfen, ob er fähig und unbefangen ist (§ 126 Abs 4 zweiter Satz). Nur wenn das Gericht keine Bedenken hat, darf es Einwände, die den Sachverständigen nur deshalb ablehnen, weil er schon im Ermittlungsverfahren tätig war, zurückweisen (§ 126 Abs 4 letzter Satz).

292 5.) Pflichten. Sachverständige müssen Ladungen befolgen und bei Verhandlungen, Vernehmungen und Tatrekonstruktionen Fragen – wenn sie zur Sache gehören und zulässig sind – beantworten (§ 127 Abs 2). Sie müssen den Staatsanwalt, den Beschuldigten, das Opfer, den Privatbeteiligten und ihre Vertreter der Befundaufnahme zuschauen lassen, wenn das den Umständen nach möglich ist und berechnigte Interessen zB des Opfers oder des Beschuldigten nicht gefährdet (§ 127 Abs 2 letzter Satz). Unmöglich ist die Anwesenheit der Parteien bei einer Laboruntersuchung (EB 177), nicht aber bei der Besichtigung der Unfallstelle. Der Sachverständige muss die Parteien rechtzeitig zur Befundaufnahme einladen (§ 127 Abs 2), und die Parteien können dabei „tatsächliche Aufklärungen“ verlangen (EB 177), also Fragen stellen, die mit der Sache zu tun haben.

Wenn der Sachverständige **Fragen an den Beschuldigten** stellt, muss er ihn im Sinn des § 164 Abs 1 darauf hinweisen, dass er nicht zu antworten braucht und sich durch seine Angaben selbst belasten könnte. Sonst läge eine Umgehung der Beschuldigtenvernehmung vor, das Erfragte wäre nach § 152 Abs 1 nichtig (s Rz 338).

Sachverständige müssen die „Amtsverschwiegenheit“ wahren (§ 127 Abs 1 letzter Satz), aber Täter des § 310 StGB sind sie deshalb nicht (vgl § 306 StGB).

Wenn dem Sachverständigen für Befund oder Gutachten eine Frist gesetzt wurde und er sie „trotz Mahnung wesentlich überschreitet“, droht ihm jetzt eine Geldstrafe bis zu 10.000 €, vorausgesetzt, er hat die Überschreitung verschuldet (§ 127 Abs 5; vgl dagegen § 119 Abs 2 alt). Als Sachverständiger kann er auch dann enthoben werden, wenn er unverschuldet säumig ist (§ 127 Abs 5 erster Satz).

293

Besondere Einrichtungen (§ 126 Abs 1)

1.) Sinn und Zweck. „Besondere Einrichtungen“ sind Einrichtungen der Polizei, vor allem die kriminaltechnischen Untersuchungsanstalten (EB 176). Eine besondere Einrichtung ist kein Sachverständiger, und ein Sachverständiger ist nur zu bestellen, wenn keine besondere Einrichtung zur Verfügung steht (§ 126 Abs 1 spricht vom „besonderen Fachwissen“ des Sachverständigen), oder wenn es, wie im Fall der molekulargenetischen Untersuchung (§ 124 Abs 3), ausdrücklich vorgeschrieben ist.

294

IdR erstellt die besondere Einrichtung – von Amts wegen oder auf Anregung – einen „Untersuchungsbericht“. Er ist der Sache nach ein Befund, soweit er „beweiserhebliche Tatsachen“ feststellt (§ 125 Z 1 erster Fall), und er ist der Sache nach ein Gutachten, soweit er „rechtsrelevante Schlüsse“ zieht (§ 125 Z 1 zweiter Fall).

295

2.) Parteirechte. Für ein faires Verfahren nach Art 6 MRK müssen die Parteirechte auch in Verfahren unter Beiziehung besonderer Einrichtungen gewährleistet sein. Wenn der Untersuchungsbericht relevante Schlüsse zieht (s Rz 295), muss ihn der Sachbearbeiter in der Hauptverhandlung wie ein Gutachten vortragen. Nur ihn kön-

296