

## **Art 6 Abs 1 MRK; § 104 Abs 1 StPO**

### **Besprechung mit Sachverständigem im Ermittlungsverfahren, Teilnahme der Parteien**

OGH Erkenntnis vom 25. Juni 2018, 17 Os 7/18k (17 Os 13/18t, 17 Os 14/18i)

**Wird ein Sachverständiger im Ermittlungsverfahren im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme bestellt, steht es dem Richter offen, auch ohne die Parteien mit dem Sachverständigen zu kommunizieren. Hält er aber die Beteiligung einer Partei an einem Gespräch mit dem Sachverständigen für geboten, hat er auch der anderen Partei Gelegenheit zur Teilnahme zu geben.**

Über Antrag mehrerer Beschuldigter hatte die Einzelrichterin im Ermittlungsverfahren einen Sachverständigen bestellt. Die StA ersuchte um einen Besprechungstermin mit dem Sachverständigen über die weitere Vorgangsweise in Bezug auf den Gutachtensauftrag. Ein Beschuldigter beantragte, nachdem er vom dafür in Aussicht genommenen Termin (unter Beteiligung von Richterin und StA) Kenntnis erlangt hatte, ihm die Teilnahme an diesem Gespräch zu ermöglichen. Die Richterin wies diesen Antrag ab; das Oberlandesgericht gab der dagegen gerichteten Beschwerde nicht Folge.

Aus Anlass eines (auf Verletzung des Art 6 Abs 1 MRK gestützten) Antrags des Beschuldigten auf Erneuerung des Verfahrens erhob die Generalprokuratur eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes. Dieser gab der OGH Folge und stellte die Gesetzesverletzung durch die Vorgangsweise von Erst- und Beschwerdegericht fest. Die Entscheidung enthält Aussagen zum Wesen des Sachverständigenbeweises im Ermittlungsverfahren und damit in Zusammenhang stehenden Anforderungen an die Verfahrensfairness.

## **Art 6 Abs 1 EMRK, § 19 Abs 2 JN, § 22 Abs 2 GOG**

### **Befangenheit eines Richters in Verfahren gegen Bank wegen fehlerhafter Anlegerberatung**

EGMR 21.6.2018, BswNr 5734/14, Aviso Zeta AG gegen Österreich, veröffentlicht in NLMR 3/2018, 225

Einem Richterssenat fehlt es an der objektiven Unparteilichkeit, wenn er in einem Verfahren gegen eine Bank zur Annullierung von Käufen von Anteilen an einer AG nach massiven Kursverlusten entscheidet, obwohl ein Senatsmitglied selbst entsprechende Aktien gekauft und in der Vergangenheit die Erhebung einer Klage gegen die Bank erwogen hat. Dies gilt umso mehr, wenn sich dieses Senatsmitglied bereits in vergleichbaren Fällen, in denen es zu entscheiden gehabt hätte, für befangen erklärt hat.

Die Bf erhielt zwar die Verfahrenskosten ersetzt, eine Entscheidung, wie das Urteil ohne Verletzung der Konvention ausgefallen wäre, maßte sich der EGMR aber nicht an und sprach daher keinen „materiellen“ Schadenersatz zu.

Vgl dazu die Entscheidung des OGH 2 Ob 155/13b:

Gemäß § 529 Abs 1 Z 1 ZPO kann die rechtskräftige Entscheidung angefochten werden, wenn ein erkennender Richter von der Ausübung des Richteramts kraft des Gesetzes ausgeschlossen war. Die Befangenheit eines Richters (vgl hier 7 Nc 19/13y) bildet nach dem klaren Willen des Gesetzgebers keinen Grund für die Nichtigkeitsklage (5 Ob 208/06h mwN; vgl auch RIS-Justiz RS0041974; RS0041972; RS0042070; RS0044390).

Der Senat hat jüngst zum Schiedsrecht judiziert (2 Ob 112/12b), dass nachträglich (nach der Fällung des Schiedsspruchs) bekannt gewordene Ablehnungsgründe im

Aufhebungsverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden können, dass aber in krassen, besonders schwerwiegenden Fällen Ausnahmen möglich sind. Das Vorliegen eines derart krassen Falls wäre in der Regel dann zu bejahen, wenn der Ablehnungsgrund einem Ausschließungsgrund iSd § 20 JN nahekommt.

Selbst wenn man diese Differenzierung auf den vorliegenden Fall übertragen wollte, würde dies keinen Nichtigkeitsgrund iSv § 529 ZPO begründen, weil die Verfahrensteilnahme eines Richters, welcher in der Vergangenheit Ansprüche aus ähnlichen Geschäften gegen eine der Verfahrensparteien erwog und von einer Geltendmachung in der Folge Abstand nahm, wertungsmäßig nicht mit den in § 20 JN taxativ aufgezählten Ausschließungsgründen vergleichbar ist. Diese verlangen jeweils eine besonders enge Nahebeziehung. Davon kann im hier gegebenen Fall (einer ungünstigen Optik) nicht die Rede sein.

Es bestehen auch keine Bedenken im Lichte des Art 6 MRK (vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> Rz 68).

Die Nichtigkeitsklage ist somit schon mangels eines gesetzlichen Anfechtungsgrundes gemäß § 538 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.