

Wissenschaftliche Leistung (§ 49 Abs 2 GebAG) – Gutachten über mögliche ärztliche Kunstfehler (§ 34 und § 43 Abs 1 Z 1 GebAG) – Honorarordnung der österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Leistungen und 20%iger Abschlag (§ 34 Abs 2 letzter Satz und Abs 4 GebAG) – Warnpflicht des Sachverständigen (§ 25 Abs 1a GebAG)

1. Trotz hoher Fachkompetenz des Sachverständigen und komplexer Thematik von Behandlungsfehlern im Zusammenhang mit einem kinderchirurgischen Eingriff in einem wissenschaftlichen Hochleistungszentrum ist bei einem Gutachten zur Frage nach möglichen ärztlichen Kunstfehlern nicht von einer wissenschaftlichen Leistung im Sinne des § 49 Abs 2 GebAG auszugehen.
2. Für die Begutachtung darüber, ob ein ärztlicher Kunstfehler vorliegt, ist in § 43 Abs 1 GebAG kein Tarif vorgesehen, weshalb bei derartigen Gutachten die Mühewaltungsgebühr nach § 34 GebAG zu bestimmen ist.
3. Die Bestimmung der Mühewaltungsgebühr unter Heranziehung des in der Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer vom 15. 9. 2010 für gutachterliche Tätigkeiten angeführten Stundensatzes von € 300,- ist nicht zu beanstanden. Diese Honorarordnung stellt eine gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG dar. Davon ist gemäß § 34 Abs 2 letzter Satz GebAG ein Abschlag von 20 % vorzunehmen.
4. Ein Verstoß gegen die Warnpflicht des § 25 Abs 1a GebAG ist im Strafverfahren aufgrund der umfassenden Prüfungspflicht des Beschwerdegerichts nach § 89 StPO von Amts wegen zu berücksichtigen.
5. Die eigene Kostenschätzung des Sachverständigen hat die Wirkung eines verbindlichen Kosten-

voranschlags und stellt eine Obergrenze für die Bestimmung der Gebühr dar. Mangels weiterer Präzisierung ist bei einer Kostenwarnung davon auszugehen, dass sich die darin vom Sachverständigen genannte Gebühr inklusive Umsatzsteuer versteht.

OLG Linz vom 30. Oktober 2019, 7 Bs 158/19p

Am 5. 10. 2018 bestellte die Staatsanwaltschaft Salzburg im gegen Dr. X. Y. und andere geführten Ermittlungsverfahren wegen § 81 Abs 1 StGB Dr. N. N. zum Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Anästhesiologie und beauftragte diesen, binnen 12 Wochen hinsichtlich des am 27. 4. 2018 verstorbenen A. B. Befund aufzunehmen und Gutachten zu insgesamt fünf Fragen zu erstatten.

Mit Schreiben vom 17. 1. 2019 teilte der Sachverständige unter anderem gemäß § 25 GebAG mit, dass die voraussichtlich entstehende Gebührenhöhe zirka € 6.000,- erreichen werde. Die voraussichtliche Kostenüberschreitung wurde von der Staatsanwaltschaft zustimmend zur Kenntnis genommen.

Nachdem die Staatsanwaltschaft am 22. 3. 2019 den Sachverständigen mit einer Gutachtensergänzung binnen sechs Wochen beauftragt hatte, verzeichnete der Sachverständige für sein am 19. 6. 2019 erstattetes anästhesiologisch-intensivmedizinisches Fachgutachten mit gleichzeitig übermittelter Gebührennote vom 19. 6. 2019 einen Betrag von insgesamt (inklusive 20 % Umsatzsteuer) € 7.012,-, wobei er neben einer Gebühr für Aktenstu-

dium (§ 36 GebAG) von € 44,90 und sonstigen Kosten (§ 31 GebAG) für Scans bzw Kopien bzw Ausdrucke von € 548,80 (685 Stück à € 0,80) eine Mühewaltungsgebühr (§ 34 GebAG) für die Ausarbeitung des Gutachtens von € 4.050,- (15 Stunden à € 270,-) sowie für Literaturstudium und Recherche von € 1.200,- (8 Stunden à € 150,-) ansprach.

Der Revisor beim LG Salzburg äußerte sich zur Gebührennote dahin gehend, dass der Sachverständige einen Anspruch auf Mühewaltungsgebühr nach § 43 GebAG habe, wobei es sich um eine Gesamtgebühr handle; für Kopien bzw Ausdrucke stünden nur je € 0,60 zu; im Übrigen sei eine Gebührenwarnung in Höhe von € 6.000,- erfolgt. In Erwiderung dazu machte der Sachverständige geltend, dass der Gutachtensauftrag weder Untersuchungen von Patienten noch von Leichen zum Gegenstand gehabt habe, sondern im Wesentlichen auf zu untersuchende Behandlungsfehlerthematiken als Ursachen eines Ermittlungsverfahrens nach § 81 Abs 1 StGB abgestellt habe, weshalb § 43 GebAG nicht zur Anwendung kommen könne. Zudem habe der Fall eine enorme Komplexität aufgewiesen und habe er auch die Gebührenwarnung rechtzeitig vorgetragen.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen wie folgt:

§ 36 Aktenstudium	€ 44,90
§ 34 Gebühr für Mühewaltung für Befund und Gutachten (15 Stunden à € 240,00)	€ 3.600,00
Literaturstudium, Recherche (8 Stunden à € 150,00)	€ 1.200,00
§ 31 Scans/Kopien/Ausdrucke, 685 Stück à € 0,60	€ 411,00
Zwischensumme	€ 5.255,90
Umsatzsteuer (20 %)	€ 1.051,18
Gesamtbetrag (gerundet § 39 Abs 2)	€ 6.307,00

Das Mehrbegehren von € 705,- wurde abgewiesen.

Begründend führte das Erstgericht (hier von Relevanz) aus, dass trotz der unbestritten hohen fachlichen Qualität des Sachverständigen beim aktuellen Gutachten nicht von einer wissenschaftlichen Leistung ausgegangen werden könne, in diesem aber auch keine der in § 43 Abs 1 Z 1 bis 13 GebAG aufgezählten Leistungen enthalten seien, und bestimmte die Mühewaltungsgebühr nach „§ 34 Abs 1 und 2, § 49 Abs 2 GebAG“. Berücksichtigend den in der Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer angeführten Stundensatz von € 300,- für gutachterliche Tätigkeiten sei dem Sachverständigen abzüglich des gemäß § 34 Abs 2 GebAG vorzunehmenden Abschlags von 20 % für Befund und Gutachten ein (reduzierter) Stundensatz von € 240,- und für Literaturstudium und Recherche der verzeichnete Stundensatz von € 150,- zuzusprechen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Revisors beim LG Salzburg, mit der er eine Abänderung der angefochte-

nen Entscheidung dahin anstrebt, dass dem Sachverständigen eine Mühewaltungsgebühr (nur) nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG zugesprochen werde. Zusätzlich macht er geltend, dass der Sachverständige das außergerichtliche Einkommen nicht nachgewiesen habe und die Honorarrichtlinien nicht herangezogen werden dürften.

In seiner Beschwerdebeantwortung verweist der Sachverständige darauf, dass das Ergebnis seines Gutachtens sehr wohl auf wissenschaftlichen Leistungen beruhe; außerdem enthalte das GebAG für die von ihm erbrachten Leistungen keine vergleichbaren tariflichen Ansätze, weshalb ein Anspruch nach § 34 GebAG bestehe; die Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer sei nach Ansicht des OLG Innsbruck (5 R 29/17d) eine „gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung“ im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG.

Die Beschwerde des Revisors ist lediglich im spruchgemäßen Umfang berechtigt.

Gemäß § 34 Abs 1 GebAG gebührt einem Sachverständigen für die Aufnahme des Befundes und die Erstattung des Gutachtens eine Gebühr für Mühewaltung, die alle damit im Zusammenhang stehenden Kosten deckt, soweit dafür nicht nach den Bestimmungen des GebAG ein gesonderter Ersatz vorgesehen ist. Diese Gebühr ist nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften zu bestimmen, die ein Sachverständiger für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge, mindestens aber mit € 20,- für jede, wenn auch nur begonnene Stunde. § 34 Abs 2 GebAG bestimmt, dass unter anderem in Strafsachen die Gebühr für Mühewaltung nach den Tarifen des GebAG zu bestimmen ist. Soweit es sich dabei um Leistungen handelt, die nicht nach Tarif zu entlohnen sind, ist bei der Bemessung der Gebühr nach Abs 1 im Hinblick auf die öffentliche Aufgabe der Rechtspflege zum Wohl der Allgemeinheit ein Abschlag von 20 % vorzunehmen. Beziehen Sachverständige für gleiche oder ähnliche außergerichtliche Tätigkeiten Honorar nach einer gesetzlich vorgesehenen Gebührenordnung, so sind gemäß § 34 Abs 4 GebAG die darin enthaltenen Sätze als das anzusehen, was die Sachverständigen im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise beziehen, soweit nichts anderes nachgewiesen wird.

Für – wie hier – von einem in §§ 43 bis 48 GebAG erfassten Sachverständigen erbrachte Leistungen ergibt sich aus § 49 Abs 1 GebAG, dass, wenn bestimmte Leistungen im Tarif nicht genannt sind, diese aber einer angeführten Leistung gleichgehalten werden können, der nächstähnliche Tarif anzuwenden ist. Die Tarife gelten gemäß § 49 Abs 2 GebAG nicht, wenn es sich beim Gutachten des Sachverständigen um eine wissenschaftliche Leistung handelt.

Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass beim gegenständlichen Gutachten – trotz hoher Fachkompetenz des Sachverständigen und komplexer Thematik von Behandlungsfehlern im Zusammenhang mit einem kinderchirurgischen Eingriff in einem wissenschaftlichen Hochleistungszen-

trum – von einer wissenschaftlichen Leistung im Sinne des § 49 Abs 2 GebAG nicht mit Grund ausgegangen werden kann.

Dennoch erfolgte die Honorierung des Sachverständigen – entgegen dem Beschwerdevorbringen – im Ergebnis zu Recht nach § 34 GebAG, weil Gegenstand des erteilten Gutachtensauftrags Fragen nach möglichen ärztlichen Kunstfehlern waren.

Für eine Begutachtung darüber, ob ein ärztlicher Kunstfehler vorliegt, ist in § 43 Abs 1 GebAG kein Tarif vorgesehen, weshalb bei derartigen Gutachten die Mühewaltungsgebühr nach § 34 GebAG zu bestimmen ist (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG⁴, § 43 GebAG E 4; *Dokalik/Weber*, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher⁴, § 43 GebAG Rz 1; OLG Innsbruck 7 Bs 523/09h, SV 2010/2, 92; 5 R 29/17d; OLG Linz 3 R 90/12v; 8 Bs 26/19h), werden doch in § 43 Abs 1 GebAG Standardfälle medizinischer Gutachten erfasst (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG Anm 1) und hat Z 1 leg cit insbesondere eine körperliche, neurologische oder psychiatrische Beeinträchtigung des Untersuchten im Auge. Aufgrund der gänzlich anders gelagerten Zielrichtung des hier erteilten Auftrags können die tatsächlich erbrachten Leistungen den in § 43 Abs 1 Z 1 GebAG angeführten Leistungen auch nicht gleichgehalten werden.

Da der Sachverständige keine außergerichtlichen Erwerbseinkünfte für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit wie die im konkreten Fall ausgeübte Sachverständigentätigkeit nachgewiesen hat, ist die Bestimmung der Mühewaltungsgebühr unter Heranziehung des in der Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer vom 15. 9. 2010 für gutachterliche Tätigkeiten angeführten Stundensatzes von € 300,- nicht zu beanstanden. Das Beschwerdegericht schließt sich der (ausführlich begründeten) Ansicht des OLG Innsbruck in seiner Entscheidung vom 14. 12. 2017, 5 R 29/17d, RIS-Justiz RI0100047, an, dass die von der Österreichischen Ärztekammer (der gemäß § 117b Abs 2 Z 10 ÄrzteG im eigenen Wirkungsbereich die Erlassung von Verordnungen und sonstigen generellen Beschlüssen, so unter anderem die Empfehlung über die angemessene Honorierung privatärztlicher Leistungen, obliegt) in der ÖAK-Vorstandssitzung am 15. 9. 2010 beschlossene „Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten“, die unter www.aerztekammer.at/Honorarempfehlungen ordnungsgemäß kundgemacht wurde und dort abrufbar ist, eine gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG darstellt (vgl *Dokalik/Weber*, aaO, § 34 GebAG Rz 20; *Zahlr*, Die „Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten“ – eine „gesetzliche Gebührenordnung“ iSd § 34 Abs 4 GebAG? DAG 2013/5; *derselbe*, Die „Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten“ ist eine „gesetzliche Gebührenordnung“ im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG, DAG 2016/54; Zak 2018/72).

Aufgrund des gemäß § 34 Abs 2 letzter Satz GebAG vorzunehmenden Abschlags von 20 % errechnet sich somit eine

Mühewaltungsgebühr von insgesamt € 4.800,- (15 Stunden à € 240,- für Gutachtenserstattung und 8 Stunden à € 150,- für Literaturstudium und Recherche).

Die Gebühr für Aktenstudium nach § 36 GebAG wurde mit € 44,90 ebenso wie die Gebühr für Scans bzw Kopien bzw Ausdrucke nach § 31 GebAG mit € 411,- gesetzeskonform bestimmt.

Mit Blick auf die Kostenschätzung des Sachverständigen vom 17. 1. 2019 und mangels weiterer Kostenwarnung hat das Erstgericht indes mit der Bestimmung einer Gesamtgebühr von mehr als € 6.000,- gegen § 25 Abs 1a GebAG verstoßen, was im Rahmen der umfassenden Prüfungspflicht des Beschwerdegerichts nach § 89 StPO zu berücksichtigen war (RIS-Justiz RS0117216 [T9]).

§ 25 Abs 1a GebAG normiert, dass ein Sachverständiger in Verfahren vor dem Landesgericht und im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft, wenn zu erwarten ist, dass die tatsächliche Gebühr € 4.000,- übersteigt, das Gericht bzw die Staatsanwaltschaft rechtzeitig auf die voraussichtlich entstehenden Gebühren hinzuweisen hat. Unterlässt er dies, entfällt insoweit der Gebührenanspruch. Die Vorschrift über die Warnpflicht soll gewährleisten, dass Gericht bzw Parteien, im Ermittlungsverfahren auch die den Auftrag erteilende Staatsanwaltschaft, wissen sollen, was die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes kostet. Die eigene Kostenschätzung des Sachverständigen hat die Wirkung eines verbindlichen Kostenvoranschlags und stellt eine Obergrenze für die Bestimmung der Gebühr dar (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG Anm 6 und 10).

Mit Schreiben vom 17. 1. 2019 teilte der Sachverständige der Staatsanwaltschaft mit, dass die voraussichtlich entstehende Gebührenhöhe zirka € 6.000,- erreichen werde. Mangels weiterer Präzisierung dieser Kostenwarnung ist nicht davon auszugehen, dass sich die angekündigte Überschreitung der Gebühr auf einen die Umsatzsteuer nicht berücksichtigenden Betrag bezog. Insofern entfällt ein € 6.000,- übersteigender Gebührenanspruch, sodass eine Gesamtgebühr (inklusive 20% Umsatzsteuer) von € 6.000,- zuzusprechen war.

Gegen diese Entscheidung steht ein weiteres Rechtsmittel nicht zu.

Anmerkung:

Siehe zur Maßgeblichkeit der Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten die teilweise gegenteilige Judikatur des OLG Wien, die in Heft 4/2019 dargestellt wurde. Auch das OLG Graz hat unlängst in zwei Entscheidungen vom 11. 3. 2019, 7 R 58/18f, und vom 20. 11. 2019, 2 R 114/19f, ausgesprochen, dass die Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer keine geeignete Grundlage für die Gebühr für Mühewaltung darstellt, weil es sich nicht um eine gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG handelt.

Manfred Mann-Kommenda