

## **Prüfpflicht des Beschwerdegerichts (§ 89 Abs 2b StPO) – Teilnahme an der Verhandlung und Ergänzung des Gutachtens (§ 35 GebAG) – Zurechnungsfähigkeit, Unterbringung und Gefährlichkeitsprognose (§ 34 Abs 2 und § 43 Abs 1 Z 1 GebAG)**

1. In Strafsachen hat das Beschwerdegericht aus  
Anlass einer rechtzeitigen und zulässigen Be-

schwerde von Amts wegen auch andere wesent-  
liche, vom Beschwerdeführer nicht aufgezeigte

- Rechtsverletzungen unter Beachtung des Verbots der Verschlechterung zu berücksichtigen. Das Verschlechterungsverbot wirkt nur zugunsten des Beschuldigten. Lediglich die unterbliebene Erstattung von Einwendungen gegen eine in den Tatsachenbereich fallende, disponible Ermessensentscheidung nimmt den Parteien das Rechtsschutzinteresse (die Beschwer) für das Rechtsmittel.
- Die Beantwortung einer über das schriftliche Gutachten hinausgehenden Frage in der mündlichen Verhandlung kann ein neues Gutachten darstellen, für das Mühewaltung nach Tarif (hier: § 43 Abs 1 Z 1 lit e GebAG) zusteht.
  - Ergänzt der Sachverständige das schriftliche Gutachten in der Verhandlung oder gibt er darüber wesentliche Aufklärungen oder Erläuterungen, so hat er Anspruch auf eine Gebühr nach § 35 Abs 2 GebAG. Für die weitere Zeit der Teilnahme an der Verhandlung gebührt nur der Ansatz nach § 35 Abs 1 GebAG. Eine Kumulierung der Gebühr nach § 35 Abs 1 und 2 GebAG für denselben Zeitraum ist nicht statthaft. Die Zeit, in der der Sachverständige sein Gutachten vorträgt, erläutert oder Fragen beantwortet, ist daher im Protokoll festzuhalten.
  - Wird ein schriftliches Gutachten nur vorgetragen, steht nur Gebühr nach § 35 Abs 1 GebAG zu, für eine kurze Erläuterung des Gutachtens ist die Gebühr nach § 35 Abs 2 GebAG mit rund einem Drittel, für Ergänzungen oder wesentliche Aufklärungen und Erläuterungen mit dem halben Ansatz, für ausführliche Ergänzungen mit rund zwei Dritteln bis zu drei Vierteln der Gebühr für die Grundleistung nach Tarif zu bestimmen.
  - Hat ein ärztlicher Sachverständiger mehrere Fragen gutachterlich zu beantworten, so liegen mehrere gesondert zu honorierende Gutachten vor, wenn für die Begutachtung jeder Frage die dem Sachverständigen eigenen Fachkenntnisse erforderlich sind, ein weiter gehender Befund notwendig war und durch die Beantwortung der einen Frage nicht die weiteren vom Richter selbst gelöst werden können. Die Beurteilung der Fragen, ob die Betroffene zum Tatzeitpunkt zurechnungsfähig (§ 11 StGB) war und die Tat unter dem Einfluss einer seelischen oder geistigen Abartigkeit höheren Grades begangen hat, betrifft zwei eigenständige Fragenkomplexe, deren Beantwortung je für sich sowohl im Umfang als auch in der Qualität den Voraussetzungen des § 43 Abs 1 Z 1 lit e GebAG entspricht und die daher als zwei gesondert zu honorierende Gutachten anzusehen sind. Eine solche Beurteilung erfordert neben der psychiatrischen Untersuchung auch einen neurologischen Status. Soweit ein Sachverständiger beide Befähigungen als Facharzt aufweist, ist darüber hinaus auch die

neurologische Untersuchung nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG zu entlohnen.

- Für die Erstattung einer Gefährlichkeitsprognose im Rahmen eines kriminalprognostischen Gutachtens gebührt dem Sachverständigen aus dem Fachgebiet „02.27 psychiatrische Kriminalprognostik“ für seine Mühewaltung eine Entlohnung nach der aufgewendeten Zeit gemäß § 34 Abs 2 GebAG. Bei nach Stundensätzen entlohnten Sachverständigen ist vom gleichen Ansatz auszugehen wie für das schriftliche Gutachten.
- Die Durchführung psychodiagnostischer Testverfahren ist vom Leistungskalkül einer psychiatrischen Untersuchung nicht mitumfasst und daher mit diesen Tarifansätzen nicht abgegolten. Die zur Klärung der Voraussetzungen des § 21 StGB vorgenommenen Testuntersuchungen sind gesondert zu honorieren.

### OLG Wien vom 28. Jänner 2021, 19 Bs 220/20x

Beim LG Krems an der Donau war ein Verfahren zur Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 Abs 1 StGB der X. Y. anhängig.

In dem diesem vorausgehenden Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Krems an der Donau wurde N. N. mit Anordnung vom 8. 10. 2019 zum Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Psychiatrie sowie Neurologie bestellt und beauftragt, Befund und Gutachten darüber zu erstatten,

1.) ob die Beschuldigte zur Zeit der Tat wegen einer Geisteskrankheit, einer geistigen Behinderung, einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig war, das Unrecht ihrer Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (§ 11 StGB);

2.) bejahendenfalls, ob es sich um einen Zustand handelt, der auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit höheren Grades beruht und ob nach ihrer Person, ihrem Zustand und der Art der Tat zu befürchten ist, dass sie unter dem Einfluss einer geistigen oder seelischen Abartigkeit eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen begehen werde (§ 21 Abs 1 StGB);

3.) verneinendenfalls, ob es sich um einen Zustand handelt, der auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit höheren Grades beruht und ob nach ihrer Person, ihrem Zustand und der Art der Tat zu befürchten ist, dass sie, ohne zurechnungsunfähig zu sein, unter dem Einfluss einer geistigen oder seelischen Abartigkeit eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen begehen werde (§ 21 Abs 2 StGB).

In seinem schriftlich erstatteten Gutachten vom 9. 12. 2019 gelangte N. N. zu der Ansicht, dass die medizinischen Voraussetzungen der Zurechnungsunfähigkeit nach § 11 StGB zum Tatzeitpunkt gegeben gewesen seien. Über das Vorliegen der Einweisungsvoraussetzungen konnte der

Experte jedoch keine verlässliche Aussage treffen, weil die zur Diskussion stehenden Prognosezeiträume zu weit in die Zukunft reichen würden.

Mit Beschluss vom 7. 1. 2020 bestellte die Vorsitzende des Schöffengerichts N. N. zum Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Psychiatrie sowie Neurologie und beauftragte ihn, ergänzend Befund und Gutachten darüber zu erstatten,

1.) ob bei der Betroffenen die Einweisungsvoraussetzungen nach § 21 Abs 1 StGB vorliegen;

2.) wie weit aufgrund der bei der Betroffenen allenfalls bestehenden Krankheitseinsicht und Behandlungsbereitschaft unter Einbeziehung des möglichen psychosozialen Empfangsraums gelindere Mittel (zB gerichtliche Weisung zur weiteren ambulanten Therapie) ausreichend sind, um die Gefährlichkeitsprognose der Betroffenen entsprechend zu verbessern.

Nachdem der Sachverständige am 7. 5. 2020 sein mündliches Gutachten in der Hauptverhandlung (nach einer dieser unmittelbar vorangehenden Untersuchung der Betroffenen) erstattet sowie sein schriftliches Gutachten im Sinne des Beschlusses vom 7. 1. 2020 erläutert und ergänzt hatte, übersandte er die Gebührennote vom 8. 5. 2020 über insgesamt € 1.699,-, mit der er – soweit hier relevant – folgende fragliche Positionen ansprach:

Mühewaltung § 43 Abs 1 Z 1 lit e psychiatrisches Gutachten à € 195,40	
zwei Befundaufnahmen	€ 390,80
Mühewaltung § 43 Abs 1 Z 1 lit e psychiatrisches Gutachten à € 195,40	
eine Zusatzfrage	€ 97,70
Mühewaltung § 43 Abs 1 Z 1 lit d neurologisches Gutachten à € 116,20	€ 116,20
Psychiatrische Skalen, Diagnose- und Prognose-Instrumente	
drei verschiedene Instrumente à €116,20	€ 174,30
Psychiatrische Kriminalprognose (€ 300,00 abzüglich 20 % pro Stunde)	
zwei Stunden à € 240,00	€ 480,00
Beziehung eines Boten Ladung/Terminank./ Bef.anf./Aktentransp./Postwege	€ 16,15
Sonstige Gebühren § 31 Tel., Fax, Porto, EDV, DES etc.	€ 22,70

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht die vom Sachverständigen verzeichneten Gebühren entgegen den Einwendungen der Revisorin antragsgemäß mit einer Gesamtsumme von € 1.699,-.

Gegen den antragskonformen Zuspruch von Teilen der Mühewaltungsgebühr richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der Revisorin des OLG Wien, die berechtigt ist.

Zum Umfang der Prüfungspflicht durch das Beschwerdegericht:

Gemäß § 89 Abs 2b letzter Satz StPO ist das Beschwerdegericht an die geltend gemachten Beschwerdepunkte nicht gebunden, sondern ist infolge der mangelnden Bezeichnungspflicht des Beschwerdeführers zur umfassenden Prüfung des angefochtenen Beschlusses verpflichtet. Es hat daher aus Anlass einer (rechtzeitigen und zulässigen; vgl RIS-Justiz RS0129395) Beschwerde von Amts wegen auch andere wesentliche, vom Beschwerdeführer nicht aufgezeigte Rechtsverletzungen unter Beachtung des Verbots der Verschlechterung (§ 16 StPO) zu berücksichtigen (*Fabrizy/Kirchbacher*, StPO<sup>14</sup>, § 89 Rz 4 f; *Tipold in Fuchs/Ratz*, StPO, § 88 Rz 3 ff; anderer Ansicht OLG Graz 1 Bs 120/16f, 1 Bs 121/16b). Das Verschlechterungsverbot wirkt nur zugunsten des Beschuldigten (§ 16 und § 89 Abs 2b letzter Satz StPO; vgl auch OLG Wien 131 Bs 161/18s ua; anderer Ansicht OLG Wien 21 Bs 13/11g).

Lediglich die unterbliebene Erstattung von Einwendungen gegen eine in den Tatsachenbereich fallende, disponible Ermessensentscheidung nimmt den Parteien das Rechtsschutzinteresse (die Beschwer) für das Rechtsmittel (14 Os 36/00; *Fabrizy/Kirchbacher*, aaO, § 41 GebAG Rz 1). Daher schadete es auch unter diesem Aspekt nicht, dass die Revisorin in ihren Einwendungen (im Gegensatz zu ihrer Beschwerde) noch nicht darauf hinwies, dass die Erörterung der Einweisungsvoraussetzungen nach § 21 Abs 1 StGB nach § 35 Abs 2 GebAG zu entlohnen sei.

Zum Gebührenanspruch:

Gemäß § 25 Abs 1 GebAG richtet sich der Anspruch auf die Gebühr des Sachverständigen nach dem ihm erteilten gerichtlichen Auftrag.

Auszugehen ist davon, dass N. N. bereits ein schriftliches neurologisches, psychiatrisches und kriminalprognostisches Gutachten erstattet hatte, ehe er von der Vorsitzenden des Schöffengerichts am 7. 1. 2020 zum Sachverständigen bestellt und beauftragt wurde, ein ergänzendes Gutachten einerseits zu dem bereits in der schriftlichen Expertise behandelten Fragenkomplex des Vorliegens der Voraussetzungen nach § 21 Abs 1 StGB sowie andererseits zur Frage nach gelinderen Mitteln zu erstellen.

Auftragskonform erstattete N. N. in der Hauptverhandlung vom 7. 5. 2020 nicht nur sein Gutachten zur neu aufgeworfenen Fragestellung nach gelinderen Mitteln, sondern erläuterte und ergänzte zudem sein schriftliches Gutachten („... und ich kann mein schriftlich erstattetes Gutachten insofern aufrechterhalten und möchte es kurz erläutern und ergänzen ...“).

Die Beantwortung der über das schriftliche Gutachten hinausgehenden Frage nach gelinderen Mitteln stellt ein neues Gutachten dar, das der Sachverständige in der Hauptverhandlung mündlich erstattete (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG<sup>4</sup>, § 35 GebAG Anm 8). Somit steht ihm dafür die für diese Leistung vorgesehene Gebühr für Mühewaltung nach § 43 Abs 1 Z 1 lit e GebAG in Höhe von € 195,40 zu.

Ergänzt der Sachverständige das schriftliche Gutachten in der Verhandlung oder gibt er darüber wesentliche Aufklärungen oder Erläuterungen, so hat er Anspruch auf eine Gebühr nach § 35 Abs 2 GebAG, die in einem je nach der aufgewendeten Zeit und Mühe entsprechend niedrigeren Verhältnis zu der Gebühr für die Grundleistung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist. Für die weitere Zeit der Teilnahme an der Verhandlung gebührt nur der Ansatz nach § 35 Abs 1 GebAG (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 35 GebAG E 60). Eine Kumulierung der Gebühr nach § 35 Abs 1 und 2 GebAG für denselben Zeitraum ist sohin nicht statthaft. Die Zeit, in der der Sachverständige sein Gutachten vorträgt, erläutert oder Fragen beantwortet, ist daher im Protokoll festzuhalten (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 35 GebAG E 70).

Wird ein schriftliches Gutachten nur vorgetragen, steht nur Gebühr nach § 35 Abs 1 GebAG zu, für eine kurze Erläuterung des Gutachtens ist die Gebühr nach § 35 Abs 2 GebAG mit rund einem Drittel, für Ergänzungen oder wesentliche Aufklärungen und Erläuterungen mit dem halben Ansatz, für ausführliche Ergänzungen mit rund zwei Dritteln bis zu drei Vierteln der Gebühr für die Grundleistung nach Tarif zu bestimmen (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 35 GebAG E 126 f).

Hat ein ärztlicher Sachverständiger mehrere Fragen gutachterlich zu beantworten, so liegen mehrere gesondert zu honorierende Gutachten vor, wenn für die Begutachtung jeder Frage die dem Sachverständigen eigenen Fachkenntnisse erforderlich sind, ein weiter gehender Befund notwendig war und durch die Beantwortung der einen Frage nicht die weiteren vom Richter selbst gelöst werden können (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 145). Die Beurteilung der Fragen, ob die Betroffene zum Tatzeitpunkt zurechnungsfähig (§ 11 StGB) war und die Tat unter dem Einfluss einer seelischen oder geistigen Abartigkeit höheren Grades begangen hat, betrifft zwei eigenständige Fragenkomplexe, deren Beantwortung je für sich sowohl im Umfang als auch in der Qualität den Voraussetzungen des § 43 Abs 1 Z 1 lit e GebAG entspricht und die daher als zwei gesondert zu honorierende Gutachten anzusehen sind. Eine solche Beurteilung erfordert neben der psychiatrischen Untersuchung auch einen neurologischen Status. Soweit ein Sachverständiger beide Befähigungen als Facharzt aufweist, ist darüber hinaus auch die neurologische Untersuchung nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG zu entlohnen. Hat sich der Sachverständige in seinem ausführlich begründeten Gutachten nicht nur mit den Ergebnissen der psychiatrischen, sondern auch mit jenen der neurologischen Untersuchung eingehend auseinandergesetzt, gebührt ihm für die durchgeführte genaue und somit zeitaufwendige neurologische Untersuchung samt eingehender Begründung im Gutachten eine Gebühr nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 156).

Für die Erstattung einer Gefährlichkeitsprognose im Rahmen eines kriminalprognostischen Gutachtens gebührt dem Sachverständigen aus dem Fachgebiet „02.27 psych-

iatische Kriminalprognostik“ für seine Mühewaltung eine Entlohnung nach der aufgewendeten Zeit gemäß § 34 Abs 2 GebAG (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG Anm 6 und E 169 ff). Bei nach Stundensätzen entlohnten Sachverständigen ist vom gleichen Ansatz auszugehen wie für das schriftliche Gutachten, eine Minderung des anzuwendenden Stundensatzes kann aus § 35 Abs 2 GebAG jedenfalls nicht zwingend abgeleitet werden. Für eine generelle Reduktion des Stundensatzes für die mündliche Gutachtensergänzung besteht keine Grundlage (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 35 GebAG E 92).

Die Durchführung psychodiagnostischer Testverfahren ist vom Leistungskalkül einer psychiatrischen Untersuchung nicht mitumfasst und daher mit diesen Tarifansätzen nicht abgegolten. Die zur Klärung der Voraussetzungen des § 21 StGB vorgenommenen Testuntersuchungen sind gesondert zu honorieren (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 61 ff).

Fallbezogen erscheinen für die wesentlichen wie auch ausführlichen Ergänzungen, Aufklärungen und Erläuterungen des schriftlichen Gutachtens in der Hauptverhandlung unter Berücksichtigung des richterlichen Ermessens drei Viertel der Grundleistung angemessen. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass zwei selbständige Themenkreise umfassend gutachterlich erörtert werden mussten (Vorliegen von Diskretions- und Dispositionsfähigkeit sowie der Einweisungsvoraussetzungen), ergibt dies unter Heranziehung des § 43 Abs 1 Z 1 lit e GebAG einen Betrag von € 293,10.

Eine Mühewaltungsgebühr für eine neurologische Untersuchung samt eingehender Begründung war ebenso wenig wie eine solche für psychologische Tests zuzusprechen, weil zu diesen Themenkreisen weder Aufklärungen verlangt wurden noch das schriftliche Gutachten erläutert wurde.

Unter Berücksichtigung der aufgewendeten Zeit für die Kriminalprognose war diese Tätigkeit des Sachverständigen mit € 240,- zu honorieren. Dabei war zu beachten, dass der Sachverständige zwar von 10:07 Uhr bis 11:18 Uhr in der Hauptverhandlung anwesend war, er jedoch sein Gutachten (nur) von 10:49 Uhr bis 11:13 Uhr erstattete. Somit war die von N. N. für die Erstellung der Kriminalprognose beanspruchte Gebühr um eine Stunde auf € 240,- zu kürzen (vgl auch *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 35 GebAG E 70).

Weshalb im vorliegenden Fall die Beziehung eines Boten sowie sonstige Gebühren gemäß § 31 GebAG erforderlich gewesen sein sollen, ist nicht ersichtlich. Deshalb waren die dafür geltend gemachten, nicht näher aufgeschlüsselten Gebühren nicht zuzusprechen, wobei N. N. vom Beschwerdegericht die Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesen Positionen eingeräumt wurde.

Somit steht dem Sachverständigen ein Gebührenanspruch von insgesamt (abgerundet) € 1.016,- (beinhaltend € 169,44 an Umsatzsteuer) zu. Eine Abweisung des Mehrbegehrens findet nicht statt (SV 2004/4, 216).