

Entscheidungen und Erkenntnisse

bearbeitet von Dr. Harald Kramer, Präsident des Oberlandesgerichtes Wien i.R.

Mühewaltungsgebühr für Sachverständige der Gesundheits- und Krankenpflege (§ 34 Abs 2 GebAG) und für Ärzte (§ 43 Abs 1 Z 1 GebAG) – Überprüfungsauftrag bei Obergutachten (§ 37 Abs 1 GebAG)

1. Gutachten aus dem Fachgebiet der Gesundheits- und Krankenpflege einer diplomierten Gesundheits- und Krankenschwester über pflegerisches Fehlverhalten sind mit Stundensätzen nach § 34 Abs 2 Satz 2 GebAG zu honorieren (hier: Mühewaltungsgebühr € 3.150,-).
2. Das ärztliche Gutachten über die Anordnungsverantwortung des die Pflegebefohlene betreuenden Arztes und das Ausmaß der daraus allenfalls resultierenden Gesundheitsschädigung der Pflegebedürftigen ist zwingend nach § 43 GebAG zu ent-lohnen (hier: Mühewaltungsgebührenhöchstsatz € 195,40).
3. Diesen Umstand – *die ganz offensichtlich unsachliche Differenzierung in der Honorierung von zwei Sachverständigengruppen im Gesundheitswesen* – hat der Gesetzgeber in Kauf genommen.
4. Eine im Auftrag des Gerichts durchgeführte Überprüfung des gerichtlichen Gutachtens eines anderen Sachverständigen (Entlohnung mit der doppelten Mühewaltungsgebühr für das überprüfte Gutachten, § 37 Abs 1 GebAG) erfordert einen ausdrücklichen oder konkludenten Überprüfungsauftrag.
5. Ein Überprüfungsauftrag kann nicht angenommen werden, wenn die beiden Sachverständigen zu verschiedenen Fachfragen bestellt wurden, der ärztliche Sach-verständige dem Gericht gegenüber auch keine Zweifel über den Umfang und den Inhalt seines Auftrags zum Ausdruck brachte (§ 25 Abs 1 GebAG) und sein Gutachten jegliche fachliche Inhaltskontrolle des Gutachtens der Pflegesachverständigen vermissen lässt.

OLG Graz vom 13. August 2008, 9 Bs 250/08w

In dem zu 19 Ur 237/07p des Landesgerichtes für Strafsachen Graz vorerst nur gegen die Betreiberin eines behördlich bewilligten Pflegeplatzes I. W. wegen des Vergehens des Quälens oder Vernachlässigens unmündiger, jüngerer oder wehrloser Personen nach § 92 Abs 2 StGB geführten Verfahren wurde am 7. 9. 2007 die diplomierte Gesund-

heits- und Krankenschwester H. G. aus dem Fachgebiet der Gesundheits- und Krankenpflege zur Sachverständigen bestellt und beauftragt, Befund und Gutachten zum Vorliegen pflegerischen Fehlverhaltens im Sinn einer „gröblichen Vernachlässigung der pflegerischen Pflichten“ sowie zum Ausmaß der daraus allfällig resultierenden Gesundheitsschädigung (der R. M.) zu erstatten. Auftragsgemäß erstattete die Sachverständige sodann das mit 22. 10. 2007 datierte schriftliche Gutachten und begehrte hierfür an Sachverständigengebühren insgesamt € 4.017,10 (inklusive 20 % Mehrwertsteuer), wobei an Gebühr für Mühewaltung € 3.150,- geltend gemacht wurde.

Daraufhin wurde der praktische Arzt Dr. A. F. als weiterer Verdächtiger in das Verfahren einbezogen und am 30. 11. 2007 der praktische Arzt Dr. N. N. aus dem Fachgebiet der Allgemeinmedizin mit dem Auftrag zum weiteren Sachverständigen bestellt, Befund und Gutachten zur Frage des Vorliegens eines ärztlichen Fehlverhaltens im Zusammenhang mit den bei R. M. am 19.7.2007 diagnostizierten Gesundheitsbeeinträchtigungen, wobei unter Hinweis auf § 88 Abs 2 Z 2 StGB insbesondere auf das Ausmaß des Fehlverhaltens sowie der daraus allenfalls resultierenden Gesundheitsschädigung eingegangen werden möge, zu erstatten. Auftragsgemäß erstattete der medizinische Sachverständige sodann das undatierte, am 15. 1. 2008 beim Landesgericht für Strafsachen Graz eingegangene schriftliche Gutachten und begehrte hierfür insgesamt € 7.560,- (inklusive 20 % Mehrwertsteuer) an Sachverständigengebühren, davon gestützt auf § 37 (GebAG) € 6.300,- als doppelte Gebühr der von der Sachverständigen H. G. geltend gemachten Gebühr für Mühewaltung von € 3.150,-.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen Dr. N. N. nach Einholung einer Äußerung der Revisorin und einer Gegenäußerung des Sachverständigen antragskonform mit insgesamt € 7.560,- und führte in seiner Begründung aus, dass die Voraussetzungen des § 37 Abs 1 GebAG erfüllt seien, weil aus dem Gutachtensauftrag konkludent auch eine (Über-)Prüfung des von der Sachverständigen H. G. erstatteten Gutachtens hervorgehe.

Den gegen diesen Beschluss gerichteten Beschwerden der Revisorin sowie der I. W. und des Dr. A. F. kann Berechtigung nicht aberkannt werden.

Bereits das Verfahren zur Bestimmung der Sachverständigengebühr blieb mangelhaft, weil das Erstgericht die (ebenfalls undatierte) Gebührennote nicht allen in § 40 Abs 1 Z 2 und 3 GebAG genannten Personen, sondern lediglich der Revisorin, jedoch weder I. W. noch Dr. A. F. iSd § 39 Abs 1 letzter Satz GebAG zur Äußerung übermittelt und dadurch das rechtliche Gehör der beiden Beschuldigten verletzt hat.

Nach § 37 Abs 1 GebAG ist der Sachverständige für die im Auftrag des Gerichtes durchgeführte Überprüfung des gerichtlichen Gutachtens eines anderen Sachverständigen – neben einem weiteren hier nicht relevanten Fall – mit der doppelten Gebühr zu entlohnen, die für das überprüfte Gutachten jeweils samt Befund nach dem GebAG vorgesehen ist, selbst wenn er keinen Befund aufnimmt. Vom Vorliegen dieser Voraussetzungen kann im vorliegenden Fall jedoch keine Rede sein. Ein – selbst im bekämpften Beschluss nicht angenommener – ausdrücklicher Auftrag, eine Überprüfung des von der Sachverständigen erstatteten Gutachtens ist im bezughabenden Bestellungsbeschluss vom 30. 11. 2007 nicht enthalten. Aber auch ein konkludenter Überprüfungsauftrag kann nicht angenommen werden, weil an die aus verschiedenen Fachgebieten bestellten Sachverständigen auch verschiedene Fachfragen gerichtet wurden, und zwar an die Sachverständige H. G. zur Klärung der von Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege zu tragenden sogenannten Durchführungsverantwortung iSd § 15 Abs 2 GuKG und das Ausmaß der daraus allfällig resultierenden Gesundheitsschädigung der pflegebedürftigen R. M., an den Sachverständigen Dr. N. N. hingegen zur Klärung der vom anordnenden Arzt zu tragenden sogenannten Anordnungsverantwortung iSd § 15 Abs 2 GuKG und einer daraus allenfalls resultierenden Gesundheitsschädigung, wofür überhaupt erst das Gutachten der Sachverständigen H. G. Anlass geboten hatte. Da der Sachverständige Dr. N. N. weder zur selben Fachfrage bestellt wurde, er auch keine Zweifel über den Umfang und den Inhalt des Gerichtsauftrages durch Rückfrage bei Gericht iSd § 25 Abs 1 GebAG zum Ausdruck brachte und sein Gutachten jegliche fachliche Inhaltskontrolle des Gutachtens der Sachverständigen H. G. vermissen lässt, also inhaltlich auch gar keine Überprüfung vorgenommen wurde, kann die Gebühr nicht nach § 37 Abs 1 GebAG bestimmt werden.

Daran vermag auch der vom Gesetzgeber in Kauf genommene Umstand nichts zu ändern, dass im vorliegenden Fall bei der Sachverständigen H. G. die Gebühr für Mühewaltung – wenn auch nicht explizit – nach § 34 Abs 2 Satz 2 GebAG bestimmt wurde, wogegen für den Sachverständigen Dr. N. N. die Gebühr für Mühewaltung gemäß § 34 Abs 2 Satz 1 GebAG zwingend nach dem in § 43 GebAG für Ärzte normierten Tarif zu bestimmen sein wird, worauf der Sachverständige zu verweisen und ihm letztmalig Ge-

legenheit zur Aufschlüsselung der einzelnen Gebührenbestandteile nach § 38 Abs 1 GebAG einzuräumen sein wird, andernfalls der Gebührenanspruch von Amts wegen berechnet werden muss.

Anmerkung:

1. Die **offenkundige Gelassenheit** des OLG Graz, dass der Gesetzgeber die **exorbitant verschiedene Honorierung von Gutachtertätigkeit betreffend denselben Sachverhalt**, nämlich angebliche Pflegemissstände in der Betreuung einer Pflegebefohlenen, **einmal mit € 3.150,- für die gutachtende Gesundheits- und Krankenschwester, andererseits mit höchstens € 195,40** (allenfalls sogar nur mit € 116,20, oder gar € 59,10) **für den begutachtenden ärztlichen Sachverständigen**, „in Kauf genommen“ hat, kann ich nicht teilen.

2. Natürlich sollte von allem der **Gesetzgeber unverzüglich darangehen**, diese für jedermann **erkennbare unsachliche, im Hinblick auf den Gleichheitssatz verfassungswidrige Differenzierung** zwischen den sog „Stundensachverständigen“ und den mit einer pauschalierten Gesamtgebühr entlohnten Sachverständigen **durch eine Gesetzesänderung zu beseitigen**. Sachverständigentätigkeit ist eine von der aufgewendeten Zeit und der dabei aufgewendeten Mühe bestimmte Arbeit, die daher grundsätzlich in allen Fällen **nach Stunden und Qualifikation des Sachverständigen** – etwa wie in § 34 Abs 3 GebAG – **zu entlohnen ist**. Das **paradoxe Ergebnis dieses Falles** sollte doch allen für die Gesetzgebung Verantwortlichen zu denken geben.

3. Aber auch die **Rechtsprechung** sollte meines Erachtens das in dieser Entscheidung aufgezeigte **Ergebnis nicht so gleichgültig wie das OLG Graz zur Kenntnis nehmen**. Man könnte etwa argumentieren, dass Gutachten über die Anordnungsverantwortung von Ärzten **gar nicht von § 43 Abs 1 Z 1 GebAG erfasst** werden und daher nach den aufgewendeten Stunden nach § 34 Abs 2 GebAG zu honorieren sind. Auch könnte – entgegen den Ausführungen des OLG Graz – im Hinblick auf den identen Sachverhalt, nämlich allfälliger Pflegemissstand und seine nachteiligen Folgen für die Pflegebefohlene, doch eine **zumindest teilweise analoge Anwendung des § 37 Abs 1 GebAG** in Frage kommen.

4. Wie ich schon öfter ausgeführt habe, sollte sich die Rechtsprechung nicht so einfach **mit der offensichtlichen Unzulänglichkeit des Gesetzes „herausreden“**, sondern vielmehr durch **intensive Auslegungsanstrengungen sachgerechte Lösungen** suchen.

5. Zum Problem des **Arztarifs verweise ich ergänzend auf meinen Aufsatz „Aktuelles aus dem Gebührenanspruchsrecht“ in SV 2009/1, 1 ff**, insbesondere 2 f, sowie meine **Entscheidungsanmerkungen** zu SV 2009/1, 27 und SV 2009/2, 94, aber auch zu Entscheidungen in SV 2008/2 und SV 2008/3.

Harald Kramer