

Abs 5 GOG rechtliche Klarheit schüfe und auf diese Weise den Gerichten eine tragfähige, direkte und nicht auf bloßer Analogie beruhende Grundlage für die von ihnen zu erlassende Geschäftsverteilung und die danach zu führenden Strafverfahren böte.

■ JSt-Slg 2020/41, 337

## Ersatzfähigkeit der Kosten gem § 393a StPO für die Beiziehung eines Privatgutachters

<https://doi.org/10.33196/jst202004033701>

§§ 222 Abs 3, 249 Abs 3, 393a StPO

Eine Privatexpertise ist dann prozessual beachtlich, wenn sie zur Kontrolle des Gutachtens staatsanwaltschaftlich oder gerichtlich bestellter Sachverständiger eingesetzt wird, nämlich bei einer darauf gestützten Antragstellung auf Beiziehung eines weiteren Sachverständigen zum Nachweis von Unklarheiten, Widersprüchen, methodischen Mängeln oder logisch unhaltbaren Schlussfolgerungen in Befund und Gutachten des staatsanwaltschaftlich oder gerichtlich bestellten Sachverständigen und zur Vorbereitung und Unterstützung der Befragung des Sachverständigen durch den Angeklagten in der Hauptverhandlung.

Ersatzfähig sind die Kosten der Beiziehung eines Privatexperten im Zuge der Erörterung des Sachverständigen-gutachtens in der Hauptverhandlung, wobei diese neben den Kosten für die tatsächliche Teilnahme des Experten an der Hauptverhandlung auch den Aufwand für eine angemessene Vorbereitung des Privatexperten beinhalten.

OLG Graz 4.3.2020, 10 Bs 386/19v

### Sachverhalt (gekürzt)

Der mit in Rechtskraft erwachsenem Urteil des LG Klagenfurt als Schöffengericht freigesprochene X. beantragte den Zuspruch eines Beitrags zu den Kosten seiner Verteidigung von 480.925,17 Euro sowie Barauslagen von 115.178,84 Euro. Letztere schlüsselte er wie folgt auf: Kopierkosten 28.178,02 Euro, Privatgutachterkosten 67.536 Euro, Übersetzungskosten 9.743,40 Euro, Reisekosten 9.721,42 Euro.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht – nach aufgetragener Aufschlüsselung der Kosten des „Privatgutachtens“ durch den Antragsteller und Äußerung der StA – den Beitrag zu den Kosten der Verteidigung mit 110.457,60 Euro (darin enthalten

105.457,60 Euro Barauslagen), wobei es die Barauslagen für Aktenkopien, für das „Privatgutachten“ und für die Übersetzung von Schriftstücken antragsgemäß bestimmte, Reisekosten nicht und gem § 393a Abs 1 Z 2 StPO den Pauschalbeitrag mit dem gesetzlichen Höchstbetrag von 5.000 Euro bestimmte.

Gegen die nicht erfolgte Bestimmung des Mehrbegehrens, konkret der Reisekosten sowie der 5.000 Euro übersteigenden Kosten für die Verteidigung richtet sich die Beschwerde des X. Gegen die Bestimmung der Kosten des „Privatgutachters“ richtet sich die Beschwerde der StA Klagenfurt. Den Beschwerden kommt keine Berechtigung zu.

### Aus den Entscheidungsgründen

Wird ein Angeklagter wie hier freigesprochen, hat ihm der Bund auf Antrag einen Beitrag zu den Kosten der Verteidigung zu leisten, der die nötig gewordenen und vom Angeklagten wirklich bestrittenen baren Auslagen und einen Pauschalbeitrag zu den Kosten des Verteidigers, dessen sich der Angeklagte bedient, umfasst (§ 393a Abs 1 StPO). Der Pauschalbeitrag darf im Verfahren vor dem Landesgericht als Schöffengericht 5.000 Euro nicht übersteigen (§ 393a Abs 1 Z 2 StPO).

### Zum Ersatz der Reisekosten

Der mit dem persönlichen Erscheinen des Angeklagten vor Gericht verbundene Aufwand ist vom strafprozessualen Kostenbegriff des § 393a Abs 1 StPO nicht umfasst und generell nicht ersatzfähig, sodass der Freigesprochene keinen Anspruch gegen den Bund auf Ersatz seiner Fahrtkosten als Barauslagen für die Anreise zur Hauptverhandlung hat (RIS-Justiz RS0101432 und RL0000132). Zwar gelten auch zunächst vom Verteidiger vorgeschossene Barauslagen als vom Angeklagten im Rahmen seiner Verteidigung bestritten, wenn sie den Angeklagten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise belasten und er an sich der hierfür Zahlungspflichtige ist. Hingegen bilden alle jene Barauslagen (Spesen) des Verteidigers (hier: dessen Fahrtkosten), die nach dem AHR gesondert oder durch Inanspruchnahme des einfachen oder doppelten Einheitssatzes (§ 23 RATG) in die Kostennote einzusetzen sind, einen Teil des Honoraranspruchs des Verteidigers und können daher nur im Rahmen des Pauschalbeitrags abgegolten werden (RIS-Justiz RS0101439; *Lendl*, WK-StPO § 393 Rz 5). Eine Bestimmung der Reisekosten des Verteidigers zusätzlich zum hier bereits bestimmten gesetzlich höchstzulässigen Pauschalbeitrag zu den Kosten der Verteidigung (§ 393a Abs 1 StPO) scheidet entgegen dem Beschwerdevorbringen des X. demnach aus. Einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz leitet er nicht aus

dem Gesetz ab und erklärt auch nicht nachvollziehbar, warum die zitierte Rspr einer sachlichen Rechtfertigung entbehren sollte: Aus dem Gesetz (§ 393a Abs 1 StPO) ist sehr wohl ableitbar, dass nur die den Angeklagten unabhängig von der Tätigkeit eines Verteidigers treffenden, wenn auch allenfalls von diesem vorfinanzierten, Barauslagen (etwa Aktenkopien) zu ersetzen sind, wogegen Barauslagen des Verteidigers (hier: Fahrkosten) einen Teil seines Honoraranspruchs darstellen und daher im Rahmen des Pauschalbeitrags abzugelten sind (11 Os 191/84, 9 Os 99/86). Das Gesetz unterscheidet nämlich ausdrücklich zwischen vom Angeklagten wirklich bestrittenen, voll ersatzfähigen baren Auslagen und mittels Pauschalbeitrag abzugeltdenden Kosten des Verteidigers (§ 393a Abs 1 zweiter Satz StPO). Eine andere „verfassungskonforme Interpretation“ vernachlässigt die zitierte Rspr und damit in Einklang stehende Lehre. Die im Einzelfall bestehende Ersatzfähigkeit einer Privatexpertise ist damit entgegen dem weiteren Beschwerdevorbringen, das auf den Katalog des § 381 Abs 1 StPO verweist, durchaus in Einklang zu bringen, weil es sich dabei um vom Angeklagten unabhängig von der Tätigkeit eines Verteidigers vorfinanzierte Barauslagen handelt. Die Bezugnahme auf § 393 Abs 2 StPO vernachlässigt die unterschiedlichen Regelungsinhalte, weil dort der Ersatz der Barauslagen des Verfahrenshilfeverteidigers, dem kein Honoraranspruch zusteht, normiert ist (*Lendl*, WK-StPO § 393 Rz 8).

#### *Zum Pauschalkostenbeitrag an den Verteidigungskosten*

Soweit seine Beschwerde ferner die Bestimmung eines über den gesetzlich höchstzulässigen Pauschalbeitrag von 5.000 Euro hinausgehenden Betrags anstrebt, leitet sie diese Rechtsbehauptung nicht methodengerecht aus der entgegenstehenden Gesetzesstelle (§ 393a Abs 1 Z 2 StPO) ab: Die Behandlung des aus Anlass der Beschwerde gestellten Parteienantrags auf Normenkontrolle (Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG) in Ansehung des § 393 Abs 1 und 4 StPO sowie § 393a Abs 1 StPO wurde vom Verfassungsgerichtshof am 28. November 2019 zufolge einschlägiger Rechtsprechung abgelehnt (GZ G273/2019-5). Zu einem amtswegigen Vorgehen nach Art 89 Abs 2 B-VG sah sich das Beschwerdegericht nicht veranlasst (siehe bereits VfGH, G405/2016 ua; RIS-Justiz RG0000126; *Lendl*, WK-StPO § 393a Rz 13 f; zum Fehlen eines subjektiven Rechts auf Normanfechtung durch die Strafgerichte seit 1. Jänner 2015, BGBl I 2013/114 iVm BGBl I 2014/92; RIS-Justiz RS0130514; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 597 und § 285j Rz 4 bis 6). Entgegen der Beschwerdeargumentation ist weder den geltenden Verfassungsbestimmungen noch der Judikatur des EGMR eine Verpflichtung, dem Freigesprochenen sämtliche (oder auch nur bestimmte) Aufwendungen für seine Ver-

teidigung zu ersetzen, zu entnehmen (*Lendl*, WK-StPO § 393a Rz 13 f; EBRV, StPRÄG 2014, 16). Das Gesetz selbst spricht vom Pauschalbeitrag. Für eine anderweitige „verfassungskonforme einschränkende Auslegung“ oder auch „teleologische Reduktion“, wonach die gesetzlichen Höchstbeträge nicht anzuwenden seien, wenn (wie hier) die Kosten der Verteidigung mit knapp 800.000 Euro bei zehnjähriger Verfahrensdauer so hoch seien, dass die Unbilligkeit des Ausschlusses eines Ersatzanspruchs (so die GMat Strafverfahrensänderungsgesetz 1983) mangels messbarer wirtschaftlicher Entlastung des Freigesprochenen nicht einmal annähernd beseitigt werde, bleibt damit kein Raum.

#### *Zum Privatgutachten*

Barauslagen sind zu bestimmen, wenn sie nötig gewesen und vom Angeklagten wirklich bestritten wurden. Die Notwendigkeit für die Verteidigung hat das Gericht am Maßstab einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zu prüfen. Die Aufwendungen für „Privatgutachten“ (richtig: Privatexpertise, weil von einer sachkundigen Person, nicht im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden, sondern auf Ersuchen eines Verfahrensbeteiligten erstellt, solcherart kein Sachverständigengutachten im Sinn der Strafprozessordnung, weil ohne Garantien der Unparteilichkeit erstellt RIS-Justiz RS0097292; *Hinterhofer/Tipold*, WK-StPO § 125 Rz 23) sind zufolge der amtswegigen Pflicht zur materiellen Wahrheitserforschung (§ 3 Abs 1 StPO) und des Beweisantragsrechts des Beschuldigten (§ 55 StPO) im Allgemeinen nicht notwendig, können aber im Einzelfall erstattungsfähig sein, etwa wenn sich die Prozesslage des Angeklagten aus objektiver ex-ante Sicht ohne das in Auftrag gegebene Gutachten nachhaltig verschlechtert hätte oder sich das Gutachten (ex-post) als notwendig für die Wahrung seiner Rechte erwiesen hat (*Lendl*, WK-StPO § 393a Rz 4 mwN).

Eine Privatexpertise ist dann prozessual beachtlich, wenn sie zur Kontrolle des Gutachtens staatsanwaltschaftlich oder gerichtlich bestellter Sachverständiger eingesetzt wird, nämlich – soweit hier relevant – bei einer darauf gestützten Antragstellung auf Beiziehung eines weiteren Sachverständigen zum Nachweis von Unklarheiten, Widersprüchen, methodischen Mängeln oder logisch unhaltbaren Schlussfolgerungen in Befund und Gutachten des staatsanwaltschaftlich oder gerichtlich bestellten Sachverständigen (§§ 55 Abs 1, 127 Abs 3 StPO; RIS-Justiz RG0000074) und zur Vorbereitung und Unterstützung der Befragung des Sachverständigen durch den Angeklagten in der Hauptverhandlung (§ 249 Abs 3 StPO; zum Ganzen *Hinterhofer/Tipold*, WK-StPO § 125 Rz 26 ff).

Damit sind die Kosten für eine Privatexpertise mangels Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfol-

gung grundsätzlich nicht ersatzfähig. Ersatzfähig sind jedoch jedenfalls die Kosten der Beiziehung eines Privatexperten im Zuge der Erörterung des Sachverständigengutachtens in der Hauptverhandlung, wobei diese neben den Kosten für die tatsächliche Teilnahme des Experten an der Hauptverhandlung auch den Aufwand für eine angemessene Vorbereitung des Privatexperten beinhalten (OLG Wien, 19 Bs 300/16f; *Hinterhofer/Tipold*, WK-StPO § 125 Rz 42). In jedem Fall sind die entsprechenden Kosten zu bescheinigen.

Dem folgend waren im Gegenstand die vom Privatexperten verzeichneten Kosten ersatzfähig, weil die Privatexpertise einerseits einer Beweisantragsstellung in Richtung einer Gutachtensergänzung durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen mit Hinweis auf Unzulänglichkeiten dessen Gutachtens zugrunde lag (AS 3 in HV vom 18. Oktober 2016) und andererseits die Kosten der Beiziehung des Privatexperten zur Gutachtenserörterung sowie jedenfalls dessen angemessene durch eine schriftliche Expertise erfolgte Vorbereitung, nicht jedoch bloß eine Befundaufnahme, welche über entsprechenden Antrag auch vom Gerichtssachverständigen hätte durchgeführt werden können (RIS-Justiz RL0000127), umfassen. Dass der Privatexperte bei der Gutachtenserörterung anwesend war, ergibt sich aus AS 18 letzter Absatz in HV vom 19. Oktober 2016.

Indem die Beschwerde der Staatsanwaltschaft argumentiert, dass die Privatexpertise nicht verlesen und in der Urteilsausfertigung nicht berücksichtigt worden sei, argumentiert sie zirkulär, weil Privatexpertisen nicht vom Verlesungsgebot des § 252 Abs 1 StPO umfasst sind und es sich dabei auch nicht um Schriftstücke anderer Art des § 252 Abs 2 StPO handelt. Das Gericht ist außerhalb des hier nicht zur Anwendung gelangenden § 222 Abs 3 StPO gerade nicht verpflichtet, Privatexpertisen zum Akt zu nehmen (*Hinterhofer/Tipold*, WK-StPO § 125 Rz 36 ff). Letztlich ergibt sich aus dem Hauptverhandlungsprotokoll (AS 16 f in HV vom 18. Oktober 2016), dass der gerichtlich beidete Sachverständige sein Gutachten nach Befragung durch den Privatexperten zumindest zum Teil revidierte, sodass sich die Privatexpertise entgegen der Berufung der Staatsanwaltschaft

auch als notwendig für die Wahrung der Rechte des Angeklagten erwies.

### Anmerkung Von Bernd Wiesinger<sup>6</sup>

Die Entscheidung setzt sich mit drei verschiedenen Aspekten des Kostenersatzes nach ergangenem Freispruch gem § 393a StPO auseinander – der Frage der Ersatzfähigkeit der Reisekosten des Verteidigers, der verfassungskonformen Interpretation der Höhe des Pauschalbeitrages zu den Kosten des Verteidigers sowie der Ersatzfähigkeit der für ein Privatgutachten und die Beiziehung eines Privatgutachters zur Hauptverhandlung aufgewendeten Kosten. Ausschließlich letzterer Aspekt ist Gegenstand dieser Anmerkungen.<sup>7</sup>

#### Rechtsgrundlage

Gem § 393a StPO sind dem freigesprochenen Angeklagten ua die nötig gewordenen und vom Angeklagten wirklich bestrittenen baren Auslagen vom Bund zu ersetzen. Ob die Barauslagen notwendig waren, ist am Maßstab der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zu messen.<sup>8</sup> Da nur etwas, das „*in den objektiven rechtlichen Gegebenheiten entsprechendes Maß von Chancen in sich birgt*“<sup>9</sup> zweckentsprechend sein kann, können auch nur Kosten ersatzfähig sein, die für etwas aufgewendet wurden, das prozessuale Bedeutung erlangen kann, also im System der StPO vorgesehen ist. Spätestens seit 2015 trifft dies auf das Privatgutachten zu. Privatgutachter bzw Privatgutachten<sup>10</sup> sind seit 1.1.2008 (BGBl I 2007/93) bzw 1.1.2015 (BGBl I 2014/71) ausdrücklich Bestandteil der StPO. Auch wenn ihnen nach hA<sup>11</sup> nicht dieselbe Qualität wie gerichtlich bestellten Sachverständigen und deren Gutachten iS der §§ 126 f StPO zukommt, wurden sie als „*Person mit besonderem Fachwissen*“ (§ 249 Abs 3 StPO) bzw als „*Stellungnahme samt Schlussfolgerungen einer Person mit besonderem Fachwissen*“ (§ 222 Abs 3 StPO) in der StPO verankert. Der Verteidiger kann somit gem § 222 Abs 3 StPO mit einer Gegenäußerung zur Anklageschrift<sup>12</sup> ein Privatgutachten zur Begründung eines Beweisantrags

6 Am Verfahren beteiligt.

7 Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Bedenken an der (zu niedrigen) maximalen Höhe des Pauschalbeitrages zu den Kosten des Verteidigers gem § 393a StPO sollen – um den Rahmen nicht zu sprengen – im gegenständlichen Beitrag außer Betracht bleiben. Sie dazu aber zB *Emmöckl*, Ist ein Ersatz der Verteidigerkosten nach einem Freispruch oder einer Einstellung des Strafverfahrens verfassungsrechtlich geboten? – Besprechung zu VfGH 14.3.2017, G 405/2016 ua, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 201; *Wess/Bachmann*, Der Kostenersatz in Strafverfahren bei Freispruch im Lichte des Verfassungsrechts, ZWF 2016, 50.

8 Vgl *Lendl* in WK-StPO § 393a Rz 4. Siehe § 41 Abs 1 ZPO.

9 *M.Bydlinski* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1 § 41 ZPO Rz 20 mwN.

10 Warum der Begriff „Privatexpertise“ richtiger sein soll als der Begriff „Privatgutachten“ ergibt sich weder aus der vom OLG Graz zitierten Literatur noch der Judikatur. Auch in der Rspr wird idR vom „Privatgutachten“ gesprochen, weshalb auch hier die Begriffe „Privatgutachter“ bzw „Privatgutachten“ Anwendung finden.

11 *Hinterhofer/Tipold* in WK-StPO § 125 Rz 23 mwN aus Rspr und Lehre.

12 Zur Möglichkeit der Vorlage eines Privatgutachtens mit einem Beweisantrag in der HV siehe *Moringner/Haumer*, JSt 2016, 132 (136); *Wiesinger*, JSt 2017, 530 (533).

vorlegen, wenn sich die Anklageschrift auf Befund und Gutachten eines Sachverständigen stützt. Gem § 249 Abs 3 StPO kann der Angeklagte zur Befragung eines Sachverständigen einen Privatgutachter beiziehen, der neben dem Verteidiger sitzen, diesen bei der Fragestellung unterstützen und selbst Fragen zu Befund und Gutachten an den Sachverständigen richten darf.

Zieht der Verteidiger unter den in § 222 Abs 3 bzw § 249 Abs 3 StPO beschriebenen Voraussetzungen einen Privatgutachter bei, kann diesem Vorgang nicht von vornherein die Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung abgesprochen werden. Notwendig ist die Beiziehung aber nur dann, wenn damit auch der in § 222 Abs 3 bzw § 249 Abs 3 StPO verankerte Zweck verfolgt wird. Zur Beurteilung, ob dies der Fall ist, hat die Rspr nachstehende Kriterien entwickelt.

#### *Bisher ergangene Rspr*

Zur Frage der Ersatzfähigkeit der für ein Privatgutachten und die Beiziehung eines Privatgutachters zur Hauptverhandlung aufgewendeten Kosten wurden bisher erst vier Entscheidungen von OLG veröffentlicht. Bereits 2008 sprach das OLG Linz in 7 Bs 284/08a<sup>13</sup> dem Verfahrenshelfer gem § 393 Abs 2 StPO die Kosten der Beiziehung eines Privatgutachters zur Überprüfung des gerichtlichen SV-Gutachtens zu. Da das gerichtliche SV-Gutachten ein für die Beweismittel darstelle, welches ohne einschlägige Sachkunde weder in seinem Befund noch in seinen gutachterlichen Schlussfolgerungen auf Richtigkeit überprüft oder hinterfragt werden könne, kam die Beiziehung des Privatgutachters zur Abklärung allfälliger Mängel des gerichtlichen SV-Gutachtens der Verteidigung des Beschuldigten zugute und war daher als eine der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung in diesem Verfahren notwendige Auslage zu vergüten. Dazu hielt das OLG Linz ausdrücklich fest, dass die – kurz zuvor erfolgte – grundsätzliche Anerkennung der Beiziehung von Privatsachverständigen durch § 249 Abs 3 StPO auch in der Kostenfrage nicht ohne Auswirkung bleiben könne. In 8 Bs 480/11s wurden vom OLG Graz<sup>14</sup> die Kosten der Erstellung eines Privatgutachtens nicht als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig erkannt, da das Privatgutachten zwar mit einem Beweisantrag vorgelegt wurde, dieser Beweisantrag aber nicht auf die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens gerichtet war. Im Lichte der hRspr<sup>15</sup> wonach

Privatgutachten nicht zu verlesen und damit auch nicht erörterungspflichtig seien, konnte dieser Beweisantrag nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienen. Auch in 8 Bs 107/12k wurden vom OLG Linz<sup>16</sup> dem Freigesprochen nicht die Kosten des für den Freispruch sogar kausalen Privatgutachtens ersetzt. Begründet wurde dies damit, dass „im Zentrum“ dieses Gutachtens eine neuerliche Befundaufnahme stand. Diese hätte nach Ansicht des OLG Linz, über entsprechenden Antrag, vom gerichtlich bestellten Sachverständigen durchgeführt werden können. In 19 Bs 300/16f wurde vom OLG Wien<sup>17</sup> ausgesprochen, dass die Kosten der Beiziehung eines Privatgutachters in der HV gem § 249 Abs 3 StPO sowie dessen Vorbereitungszeit grundsätzlich als Barauslagen im Sinne des § 393a Abs 1 StPO anzuerkennen seien. Da ua unklar war, ob die Beiziehung des Privatgutachters konkret der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung diene, wies das OLG Wien die Sache jedoch an das Erstgericht zurück.

Während die E des OLG Linz zu 7 Bs 284/08a noch etwas aus dem System fällt, geben die anderen Entscheidungen bereits eine klare Struktur vor. Um der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zu dienen, muss das Gutachten zur Begründung eines Beweisantrags verwendet werden, der auf die neuerliche Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens bzw dessen Gutachtensergänzung gerichtet ist. Dabei darf die Befundaufnahme nicht im Vordergrund stehen. Darüber hinaus kann auch die Beiziehung des Privatgutachters in der HV der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienen.

#### *Gegenständliche Entscheidung*

Gegenständliche E des OLG Graz reiht sich in diese Rspr-Linie ein und führt oben zitierte E des OLG Wien weiter, indem es ausspricht, dass konkretes Privatgutachten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung diene, da der gerichtliche SV sein Gutachten nach Befragung unter Beiziehung des Privatgutachters zum Teil revidierte. Die Zweckentsprechung der Beiziehung zeigt sich nach Ansicht des OLG somit in der Reaktion des gerichtlich bestellten Sachverständigen. Da dieser aufgrund der Befragung von seinem Gutachten abging, sind nicht nur die Kosten für die unmittelbare Beiziehung des Privatgutachters zur HV, sondern auch die für seine, „durch eine schriftliche Expertise“ erfolgte, Vorbereitung gem § 393a StPO ersatzfähig. Im Ergeb-

13 OLG Linz 25.8.2008, 7 Bs 284/08a = RL0000075.

14 OLG Graz 7.12.2011, 8 Bs 480/11s = RG0000074.

15 ZB OGH 14.6.2016, 11 Os 26/16g; OGH 21.3.2017, 11 Os 14/17v; RIS-Justiz RS0098139.

16 OLG Linz 8 Bs 107/12k = RIS-Justiz RL0000127.

17 OLG Wien, 1.6.2017, 19 Bs 300/16f = JSt 2017, 370 (Baier/Soyer).

nis dieser absolut schlüssigen Ableitung der Kostenfolge aus § 393a iVm § 249 Abs 3 StPO sind somit die Erstattung des Privatgutachtens und die Beiziehung gem § 249 Abs 3 StPO ersatzfähig.

Unausgesprochen bleibt jedoch, ob der Kostenersatzanspruch – unabhängig von der Beiziehung des Privatgutachters zur HV – nicht bereits gem § 393a iVm § 222 Abs 3 StPO bestanden hätte.<sup>18</sup> Wie das OLG feststellt, wurde das Privatgutachten zur „*Beweisantragsstellung in Richtung einer Gutachtensergänzung durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen mit Hinweis auf Unzulänglichkeiten dessen Gutachtens*“ verwendet und enthielt „*nicht [...] bloß eine Befundaufnahme*“. Damit wurden beiden Kriterien, welche oben zitierte Judikatur bisher zur Ersatzfähigkeit der Privatgutachten herausgearbeitet hat, erfüllt. Völlig zu Recht entgegnet das OLG auch der Kritik der StA, wonach die Kosten deshalb nicht ersatzfähig wären, weil das Privatgutachten nicht verlesen wurde, dass Privatgutachten nach hRspr<sup>19</sup> nicht zu verlesen seien. Auch dieser Zugang ist im Lichte dieser Rspr<sup>20</sup> folgerichtig, so dass die Notwendigkeit der Vorlage eines Privatgutachtens gem § 222 Abs 3 StPO nur daran gemessen werden kann, ob Unbestimmtheiten, Widersprüche oder Mängel im SV-Gutachten erfolgreich aufgezeigt wurden. Da dies gegenständlich der Fall war, wären die mit der Vorlage des Privatgutachtens gem § 222 Abs 3 StPO verbundenen Kosten auch dann ersatzfähig gewesen, wenn der Privatgutachter nicht zur HV beigezogen worden wäre; vorausgesetzt das Ergebnis wäre gleichgeblieben.

Für die Praxis ist daraus mitzunehmen, dass die Kosten für die Beiziehung und Vorbereitung des Privatgutachters gem § 249 Abs 3 StPO sowohl nach der Rspr des OLG Wien als auch des OLG Graz gem § 393a StPO ersatzfähig sind, wenn es dadurch gelang, eine neuerliche Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens bzw dessen Gutachtensergänzung zu erreichen. Genauso müssen die Kosten für ein gem § 222 Abs 3 StPO vorgelegtes Privatgutachten ersatzfähig sein, wenn bei ihm nicht die Befundaufnahme im Vordergrund steht und es zur Begründung eines Beweisantrags verwendet wird, der auf die neuerliche Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens bzw dessen Gutachtensergänzung gerichtet ist. Seit Einführung des § 222 Abs 3 StPO im Jahr 2015 gibt es jedoch keine (veröffentlichte) E, die Kostenersatz für ein bloß gem

§ 222 Abs 3 StPO in einer HV, in der es zu keiner Beiziehung des Privatgutachters kam, vorgelegtes Privatgutachten zuspricht. Die zitierten E stehen einem solchen Zuspruch aber auch nicht entgegen.

■ JSt-Slg 2020/42, 341

## Bundespräsidentenwahl, Niederschriften als öffentliche Urkunden, Anklageüberschreitung

<https://doi.org/10.33196/jst202004034101>

§§ 302, 311 StGB

§ 281 Abs 1 Z 5, 8, 10a StPO

Bei den Niederschriften für den zweiten Wahlgang der Bundespräsidentenwahl am 22.5.2016 handelt es sich um öffentliche Urkunden. Denn sie wurden von Beamten im Rahmen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form errichtet und betrafen mit der Ermittlung des Ergebnisses der (Brief-)Wahl des Bundespräsidenten eine Angelegenheit der Hoheitsverwaltung. Sie sind Bestandteil des Wahlaktes und dienen insgesamt dem Ziel, die Stimmabgabe zweifelsfrei zu dokumentieren, damit verbundene Unklarheiten möglichst zu beseitigen sowie eine nachvollziehbare Zuordnung der Stimmen zu den einzelnen Wahlparteien und die Überprüfbarkeit des Wahlverfahrens beim Verfassungsgerichtshof sicherzustellen. Solcherart waren die Urkunden für den Rechtsverkehr nach außen bestimmt.

Ob das Urteil die Anklage überschreitet, ist anhand des prozessualen Tatbegriffs zu beurteilen. Abzustellen ist also darauf, ob Anklage und Urteil denselben Lebenssachverhalt (dieselbe Tat) meinen. Gegenstand der Anklage war falsche Beurkundung und Beglaubigung im Amt in Bezug auf die „Niederschrift am Tag nach dem Wahltag für den zweiten Wahlgang der Bundespräsidentenwahl“, welche nach Ansicht der StA im Falle eines Schuldspruchs wegen des (am Vortag begangenen) Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB verdrängt wird. Dass das Erstgericht die Angeklagten der wahrheitswidrigen Beurkundung weiterer, in der Anklage nicht ausdrücklich genannter Umstände schuldig erkannte, stellt den Nichtigkeitsgrund der An-

18 Bloß in einem anderen Zusammenhang findet sich der Hinweis, dass § 222 Abs 3 „*hier nicht zur Anwendung*“ gelangen würde.

19 ZB OGH 14.6.2016, 11 Os 26/16g; OGH 21.3.2017, 11 Os 14/17v; RIS-Justiz RS0098139.

20 Zur Kritik an dieser Rspr siehe ua *Schwaighofer*, Der Sachverständige im Strafverfahren (2014) 19; *Wess*, Aktuelle Rechtsfragen zur Stel-

lung des Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 125 (117); *Moringier*, Der Sachverständige in Wirtschaftsstrafsachen und Probleme der Sicherung eines fairen Verfahrens, in Miklau-FS 359 (353); *Moringier/Haumer*, JSt 2016, 136 (132); *Wiesinger*, JSt 2017, 533 (530).