

# Zur Rechtzeitigkeit der Ablehnungserklärung eines Sachverständigen bei einem für die ablehnende Partei ungünstigen Gutachten (§ 355 Abs 1 und 2 ZPO) – Keine Gebührenbestimmung bei noch nicht abgeschlossener Sachverständigentätigkeit (§ 38 Abs 1 GebAG)

1. Der Rekurs gegen die Zurückweisung des Ablehnungsantrags ist zulässig, weil er mit dem Rekurs gegen den nächstfolgenden anfechtbaren Beschluss verbunden wurde.
2. Die Ablehnung eines Sachverständigen ist vor Beginn der Beweisaufnahme und bei schriftlicher Begutachtung vor Einreichung des Gutachtens zu erklären. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.
3. Die Befangenheit muss bei der ersten sich dafür bietenden Gelegenheit geltend gemacht werden, möglichst noch vor der Beweisaufnahmetagsatzung, bei schriftlicher Begutachtung noch vor der Einreichung des Gutachtens. Das Gesetz will verhindern, dass der Sachverständige zwar formell wegen eines Befangenheitsgrundes, tatsächlich aber wegen seines für die ablehnende Partei ungünstigen Gutachtens abgelehnt wird.
4. Hier hat die Partei erst acht Jahre nach Einlangen des ersten Gutachtens und zweieinhalb Jahre nachdem sie nach eigenen Angaben gesicherte Kenntnis von der angeblichen Einseitigkeit des Gutachtens erlangt habe, den Sachverständigen für das vom Gericht in Aussicht genommene Ergänzungsgutachten abgelehnt. Der Ablehnungsantrag, der hauptsächlich damit begründet wird, dass das erste Gutachten für sie ungünstig gewesen sei, ist somit verspätet.
5. Nach überwiegender Rechtsprechung ist aus § 38 Abs 1 GebAG abzuleiten, dass die Abrechnung von bisher geleisteter, aber noch nicht abgeschlossener Sachverständigentätigkeit, also die abschnittsweise Bestimmung der Gebühren einer als Einheit aufzufassenden Sachverständigentätigkeit, nicht zulässig ist. Diese Auffassung steht auch im Einklang mit § 1170 ABGB über die Fälligkeit des Werklohns und dem Gebot der Verfahrenskonzentration. Die einheitliche Gebührenbestimmung kann daher auch nicht in die Disponibilität der Parteien gestellt werden.
6. Ist die den Parteien gesetzte Äußerungsfrist zum Gutachten noch offen und kann somit nicht beurteilt werden, ob die Parteien Anträge auf mündliche Erörterung oder Ergänzung des Gutachtens stellen werden, so ist der Gebührenanspruch noch nicht fällig. Erst nach endgültigem Abschluss der Tätigkeit des Sachverständigen sind seine Gebühren in Einem zu bestimmen.

OLG Wien vom 25. Oktober 2006, 14 R 99/06s und 14 R 102/06g

In dieser Rechtssache wurde Dr. N. N. mit Beschluss vom 25. 7. 1994 zum geologischen Sachverständigen bestellt und beauftragt, Befund und Gutachten darüber zu erstatten, ob aus geologischer Sicht und unter Berücksichtigung der im Jahr

1970 bekannten technischen Möglichkeiten die Bewilligung zur Deponierung von Destillationsrückständen auf dem Grundstück Nr. 514/1 der Katastralgemeinde T. sowie die folgenden Bewilligungen zur Deponierung von häuslichem, gewerblichem und industriellem Müll vertretbar waren und allgemein die geologischen Voraussetzungen im Deponiegebiet zur Errichtung einer Deponie bzw. Ablagerung des Deponiegutes gegeben gewesen seien.

Der Sachverständige erstattete im Mai 1994 ein erstes geologisch-hydrogeologisches Gutachten, wofür seine Gebühren mit Beschluss vom 22. 9. 1995 antragsgemäß und rechtskräftig bestimmt wurden.

In der Tagsatzung vom 10. 9. 2003 beschloss das Erstgericht, ein ergänzendes Gutachten dieses Sachverständigen einzuholen. Daraufhin lehnte ihn die beklagte Partei mit Schriftsatz als befangen ab. Er habe in den zusammenfassenden Schlussfolgerungen seines seinerzeitigen Gutachtens seinen Kompetenzbereich derart krass überschritten, dass von einer fehlerhaften Begutachtung nicht mehr gesprochen werden könne, sondern davon ausgegangen werden müsse, dass er nicht ausschließlich von objektiven Gesichtspunkten geleitet gewesen sei. Einzelne Formulierungen würden der richterlichen Beurteilung vorgreifen und diese unzulässig beeinflussen; Alternativen, die dem Richter einen Wertungs- und Entscheidungsspielraum öffneten, würden im Gutachten überhaupt nicht oder nur gering geboten. Feststellungen und Schlussfolgerungen ergingen durchwegs nur zu Lasten der beklagten Partei; wesentliche Fakten, die für deren Rechtsstandpunkt sprächen, würden konsequent negiert. Entgegen der Ansicht des Sachverständigen habe der Verwaltungsgerichtshof einen Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich im Zusammenhang mit der Deponiebewilligung als rechtmäßig beurteilt und andere Bescheide lediglich infolge von Formfehlern für rechtswidrig erachtet. Die eingehende Befassung mit Versäumnissen der Behörde und des Amtssachverständigen einerseits und das völlige Außerachtlassen bzw. die einseitige Berücksichtigung wesentlicher Fakten andererseits könne nicht bloß mit mangelnder Fachkunde oder unzureichender Erfahrung bei der Erstellung von Gerichtsgutachten erklärt werden, sondern seien Ausdruck einer – möglicherweise unbewussten – Voreingenommenheit des Sachverständigen gegenüber der beklagten Partei.

Zur Rechtzeitigkeit der Ablehnung wurde vorgebracht, dass die beklagte Partei erst durch die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 14. 12. 2000 gesicherte Kenntnis davon erlangt habe, wie einseitig der Sachverständige das Gutachten zu ihren Lasten verfasst habe. Da er erst in der Tagsatzung vom 12. 9. 2003 neuerlich zum Sachverständigen bestellt worden sei, sei die Ablehnung rechtzeitig.

In seiner Stellungnahme zum Ablehnungsantrag bestritt der Sachverständige den Vorwurf der Einseitigkeit und hielt fest, dass die beklagte Partei in keinem einzigen Punkt sachliche Unrichtigkeiten ins Treffen führe. Die kritisierten Formulierungen seiner zusammenfassenden Schlussfolgerungen stellten ledig-

## Entscheidungen und Erkenntnisse

lich eine möglichst präzise Beantwortung der gerichtlichen Beweisfragen dar; wenn die Beklagte vermeine, dass eine klare Antwort auf die gestellte Frage nach der Vertretbarkeit der Bewilligungen eine unzulässige Vorwegnahme der richterlichen Beweiswürdigung darstelle, hätte sie schon gegen den Gutachtensauftrag selbst Einwände erheben müssen. In seinem Gutachten habe er der richterlichen Beweiswürdigung genau jene Grundlagen und Alternativen geliefert, die die beklagte Partei offenbar nicht erkenne. Auf die in den Bescheiden erteilten Auflagen habe er ausdrücklich hingewiesen und sie sogar wörtlich zitiert; solche Auflagen und Bedingungen, die dem damaligen Stand der Technik entsprachen, könnten aber die insgesamt unzureichende Standorteignung für die bewilligten Abfallarten nicht kompensieren.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 9. 12. 2003 hat das Erstgericht den Ablehnungsantrag zurückgewiesen. Die beklagte Partei habe keinerlei stichhaltige Gründe vorbringen können, die die Befangenheit des Sachverständigen begründen könnten.

In der Folge wurde Dr N. N. mit undatiertem Beschluss neuerlich zum Sachverständigen bestellt und beauftragt, ein ergänzendes Gutachten darüber zu erstatten, ob es auf der verfahrensgegenständlichen Deponie seit ihrer Übernahme durch den Kläger im Jahr 1975 Ablagerungen von unzulässigem Material gegeben habe. Mit Beschluss vom 15. 4. 2005 wurde ihm dafür ein Gebührevorschuss von € 2.000,- bewilligt.

Der Sachverständige erstattete ein weiteres umfangreiches Gutachten und beanspruchte dafür Gebühren im Ausmaß von insgesamt € 116.197,30. Dabei verzeichnete er insgesamt 252 Stunden Mühewaltung à € 378,59 gemäß den Autonomen Honorarrichtlinien (AHR) der Ziviltechniker.

Die beklagte Partei äußerte dazu, dass im Vorfeld dieses Gutachtens diverse Besprechungen in den Räumlichkeiten der Firma W. und im Amt der Niederösterreichischen Landesregierung stattgefunden hätten, anlässlich derer lediglich Akteneinsicht in die Räumungsdokumentation bzw den Verwaltungsakt genommen worden sei. Derartige Leistungen seien nur nach § 36 GebAG zu entlohnen; soweit sie im Rahmen der Mühewaltung nach § 34 GebAG abgegolten werden sollten, sei dies unzulässig. Im Übrigen sei die Gebühr für Mühewaltung nur nach § 34 Abs 2 GebAG, also in Annäherung an die außergerichtlichen Einkünfte des Sachverständigen zu bemessen. Dieser möge die AHR der Ziviltechniker vorlegen.

Der Revisor bemängelte lediglich einen Rechenfehler in der Gebührennote.

Der Sachverständige legte in seiner Stellungnahme einen Auszug aus den AHR der Ziviltechniker vor und erläuterte die Berechnung des Stundensatzes von € 378,59. Die Einsichtnahmen in den Verwaltungsakt und in die Unterlagen der Deponieräumung habe er tatsächlich als Mühewaltung gemäß § 34 GebAG verzeichnet, weil es sich dabei um Befundaufnahmen bzw Erhebungen und keineswegs um Aktenstudium nach § 36 GebAG gehandelt habe. Die Gebühr für Aktenstudium betreffe nur das Lesen des Gerichtsaktes; mit der Gebühr für Mühewaltung werde hingegen jede ordnende, Stoff sammelnde, konzeptive oder ausarbeitende Tätigkeit des Sachverständigen honoriert. Auf § 34 Abs 2 GebAG habe er bereits Bedacht genommen, indem er seiner Gebührennote nicht den Streitwert von € 2.145.626,34 sA, sondern lediglich eine Bemessungsgrundlage von € 100.000,- zugrunde gelegt habe. Bei Berücksichtigung des vollen Streitwertes hätte sich ein Stundensatz von € 556,24 ergeben; der tatsächlich verrechnete Satz von € 378,59 betrage nur 68% des aufgrund des Streitwertes gerechtfertigten Stundensatzes. Im Übrigen entspreche das Gutachten den Kriterien des § 34 Abs 2 Z 1 bis 3 GebAG, weshalb

ohnehin auch eine Gebührenbestimmung in voller Höhe zulässig gewesen wäre.

Mit dem gleichfalls angefochtenen Beschluss vom 20. 4. 2006 hat das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen unter Korrektur des vom Revisor aufgezeigten Rechenfehlers mit insgesamt € 116.188,48 abzüglich des gewährten Vorschusses von € 2.000,- bestimmt. Die verzeichneten Gebühren würden den Bestimmungen des GebAG in der geltenden Fassung entsprechen.

Sowohl gegen den Gebührensbestimmungsbeschluss als auch gegen den (abgesondert nicht anfechtbaren) Beschluss auf Zurückweisung ihres Ablehnungsantrages richten sich die Rekurse der beklagten Partei mit den Anträgen, die angefochtenen Beschlüsse so abzuändern, dass der Gebührenantrag des Sachverständigen als verfrüht abgewiesen und der Sachverständige seines Amtes enthoben werde; hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei und der Sachverständige haben keine Rekursbeantwortung erstattet; der Revisor hat auf eine solche verzichtet.

### 1. Zum Ablehnungsantrag:

Der Rekurs gegen die Zurückweisung des Ablehnungsantrages ist zulässig, da er mit dem Rekurs gegen den nächstfolgenden anfechtbaren Beschluss in diesem Verfahren, nämlich den Gebührenbestimmungsbeschluss verbunden wurde; er ist aber nicht berechtigt. Gemäß § 355 Abs 1 ZPO können Sachverständige aus den selben Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Gemäß Abs 2 dieser Gesetzesstelle ist die Ablehnungserklärung vor Beginn der Beweisaufnahme und bei schriftlicher Begutachtung vor Einreichung des Gutachtens mittels Schriftsatz oder mündlich anzubringen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Befangenheit bei der ersten sich dafür bietenden Gelegenheit geltend gemacht werden muss. Sie soll möglichst noch vor der Beweisaufnahmetagsatzung bzw – im Regelfall der schriftlichen Gutachtenserstattung – noch vor der Einreichung des Gutachtens erfolgen. Das Gesetz will verhindern, dass der Sachverständige zwar formell wegen eines Befangenheitsgrundes, tatsächlich aber wegen seines für die ablehnende Partei ungünstigen Gutachtens abgelehnt wird. Daher ist eine spätere Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Ablehnungsgrund vorher nicht bekannt war oder wegen eines für den Ablehnenden unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend gemacht werden konnte. Auch dann, wenn sich der behauptete Ablehnungsgrund erst aus dem erstatteten Gutachten ergibt, muss die Ablehnungserklärung bei der ersten möglichen Gelegenheit erfolgen (*Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III Rz 7 zu § 355, 356).

Die Beklagte hat ihren Ablehnungsantrag am 19. 9. 2003 und damit über acht Jahre nach Einlangen des ersten Sachverständigengutachtens, aber auch zweieinhalb Jahre nach Zustellung des Verwaltungsgerichtshofeserkenntnisses, durch das sie nach eigenen Angaben gesicherte Kenntnis von der angeblichen Einseitigkeit des Gutachtens erlangt habe, überreicht. Es mag nun sein, dass der Sachverständige aufgrund der außergewöhnlich langen Dauer dieses Verfahrens im gesamten dazwischen liegenden Zeitraum nicht tätig geworden ist und das Erstgericht erst in der Tagsatzung vom 10. 9. 2003 die Absicht geäußert hat, ein ergänzendes Gutachten von ihm einzuholen. Das ändert aber nichts daran, dass nach den Grundsätzen des

## Entscheidungen und Erkenntnisse

---

§ 355 ZPO die Ablehnung schon früher hätte erklärt werden müssen. Der Zeitpunkt des gegenständlichen Ablehnungsantrages – der in der Tat im Sinne der Ausführungen *Rechbergers* hauptsächlich damit begründet wird, dass das erste Gutachten für die beklagte Partei ungünstig gewesen sei – ist jedenfalls so gelagert, dass von einer Geltendmachung der angeblichen Befangenheit bei der ersten sich dafür bietenden Gelegenheit keine Rede sein kann. Das Erstgericht hat daher den Antrag jedenfalls im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

### 2. Zur Gebührenbestimmung:

Der Rekurs gegen den Gebührenbestimmungsbeschluss ist im Sinne des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrages berechtigt.

Gemäß § 38 Abs 1 GebAG hat der Sachverständige den Anspruch auf seine Gebühr binnen 14 Tagen nach Abschluss seiner Tätigkeit geltend zu machen. Nach überwiegender Rechtsprechung, der sich auch das Rekursgericht anschließt (vgl. *Krammer/Schmidt*, SDG-GebAG<sup>3</sup>, E 13 zu § 38 GebAG), ist aus dieser Bestimmung abzuleiten, dass die Abrechnung der bisher geleisteten, aber noch nicht abgeschlossenen Sachverständigentätigkeit – also die abschnittsweise Bestimmung der Gebühren einer als Einheit aufzufassenden Sachverständigentätigkeit – im Gesetz nicht vorgesehen und daher auch nicht zulässig ist. Diese Auffassung steht im Einklang mit der Vorschrift des § 1170 ABGB über die Fälligkeit des Werklohns (*Krammer/Schmidt* aaO), zu der Widersprüche tunlichst zu vermeiden sind. Besonders ins Gewicht fällt dabei auch, dass die Zulassung einer abschnittweisen Bestimmung zu beachtlichen Verfahrensverzögerungen führen kann, da jeder dieser einzelnen Beschlüsse eigens anfechtbar ist – und, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, häufig auch angefochten wird. Da § 38 Abs 1 GebAG eine Norm ist, die (jedenfalls auch) der Verfahrenskonzentration dient und Verfahrensverzögerungen hintanhaltend soll, kann das Gebot der einheitlichen Gebührenbestimmung (abgesehen vom unbedenklichen Sonderfall des § 37 GebAG) nicht in die Disponibilität der Parteien gestellt werden (OLG Wien in RIS-Justiz EW00392).

Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Gebührenbestimmungsbeschluss zu einem Zeitpunkt gefasst, als die mit Beschluss vom 19. 1. 2006 den Parteien gesetzte Äußerungsfrist zum zweiten Gutachten infolge faktischer Fristerstreckungen noch offen war und daher nicht beurteilt werden konnte, ob die Parteien Anträge auf mündliche Erörterung oder Ergänzung des Gutachtens stellen würden. Schon solche Anträge schieben aber die Fälligkeit des Gebührenanspruches hinaus (*Krammer/Schmidt* aaO, Anm 3 zu § 38 GebAG). Tatsächlich haben in der Folge auch beide Parteien Erörterungsanträge gestellt. Da der Gebührenanspruch des Sachverständigen somit noch nicht fällig ist, erweist sich die angefochtene Beschlussfassung als verfrüht und der dagegen erhobene Rekurs schon aus diesem Grund als berechtigt.

Das Erstgericht wird daher zunächst die beantragte Gutachterserörterung durchzuführen und erst nach endgültigem Abschluss der Tätigkeit des Sachverständigen dessen Gebühren in Einem zu bestimmen haben.

Gegen die Bestätigung der Zurückweisung des Ablehnungsantrages ist gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig.