

## **Mühewaltungsgebühr eines Immobiliensachverständigen (§ 34 Abs 2 und 3 GebAG )**

1. Die Gebühr für Mühewaltung eines Sachverständigen für Immobilienwesen in einem wohnrechtlichen Außerstreitverfahren nach § 22 WGG für ein Gutachten, bei dem spezifische Kenntnisse aus dem Gebäudebewirtschaftungswesen erforderlich sind, ist nach § 34 Abs 2 und 3 Z 2 GebAG (Rahmen zwischen 50 Euro und 100 Euro je begonnener Stunde) zu bestimmen.
2. Der Sachverständige, der einen Stundensatz von 85 Euro verzeichnet, kann den von § 34 Abs 2 GebAG geforderten 20%igen Abschlag noch nicht vorgenommen haben, weil sein Basiswert sonst 106,25 Euro wäre. Dem Sachverständigen war daher nur ein reduzierter Stundensatz von 68 Euro (= 85 Euro abzüglich 20 %) zuzuerkennen.
3. Die Übergangsbestimmungen des BRÄG 2008, BGBl I 2007/111, sind dahin zu verstehen, dass die neue Fassung des § 34 GebAG auf jene Tätigkeiten anzuwenden ist, die nach dem 31. 12. 2007 vorgenommen werden.
4. Eine unterbliebene Einwendung gegen eine in den Tatsachenbereich fallende disponible Gebührenposition nimmt einem späteren Rechtsmittel das Rechtsschutzinteresse. Dennoch ist der Gebührenantrag auf Schlüssigkeit, Übereinstimmung mit dem Akteninhalt und auf zwingende gesetzliche Bestimmungen zu überprüfen.

**LG Korneuburg vom 3. Februar 2009, 22 R 66/08y**

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht in Punkt 1. die Gebühren des Sachverständigen Dr. N. N. mit 1.233,10 Euro und ordnete in Punkt 2. die Auszahlung dieses Betrages aus erliegenden Kostenvorschüssen an. Dabei bestimmte es die Gebühr für Mühewaltung, wie vom Sachverständigen beantragt, im Ausmaß von acht Stunden mit jeweils 85 Euro netto. Begründend führte das Erstgericht dazu aus, dass hinsichtlich der Höhe der Gebühr

§ 34 Abs 1 GebAG deren Bestimmung nach richterlichem Ermessen vorsehe, wobei die Ermittlung nach der aufgewendeten Zeit und Mühe nach den Einkünften zu bestimmen sei, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben bezöge. Nach Abs 2 leg cit sei im Verfahren in Außerstreitsachen von der nach Abs 1 bestimmten Gebühr ein Abschlag von 20 % zum Wohl der Allgemeinheit vorzunehmen. Abs 3 leg cit sehe je nach der erforderlichen Qualifikation, der Schwierigkeit des aufgetragenen Befundes oder Gutachtens und der Ausführlichkeit der notwendigen Begründung Rahmen für die Gebührenbestimmungen vor. Im konkreten Fall seien für die Erstattung von Befund und Gutachten zumindest hohe fachliche Kenntnisse erforderlich gewesen; überdies sei der Umfang des Gutachtens und die Aufnahme des Befundes sehr ausführlich und zeitaufwendig gewesen, sodass die geltend gemachte Gebühr im Rahmen von 50 Euro bis 100 Euro liege und auch unter Vornahme eines Abschlages mit 85 Euro angemessen erscheine. Bei der von der Sachverständigen angegebenen Stundenzahl sei davon (offenbar gemeint: von dessen Angaben) auszugehen, solange deren Unrichtigkeit nicht festgestellt werde. In Hinblick auf den hohen Umfang von Befund und Gutachten erscheinen acht Stunden keinesfalls abwegig.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Antragstellers mit dem Antrag, „den erstgerichtlichen Beschluss dahingehend abzuändern, dass die Einwände des Antragstellers berücksichtigt werden und eine Korrektur der gelegten Honorarnote des Sachverständigen im Sinne des Rekurses vorgenommen werde“, in eventu möge die Sache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen werden.

Der Sachverständige beantragte in seiner Rekursbeantwortung, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Die Antragsgegnerin beteiligte sich nicht am Rekursverfahren.

Der Rekurs ist im Ergebnis berechtigt.

Zusammenfassend wendet sich der Antragsteller von allem gegen den Zuspruch eines Stundensatzes für Mühewaltung von 85 Euro. Im Wesentlichen argumentiert der Antragsteller, dass ausgehend von einer Obergrenze von 100 Euro beim Betrag von 85 Euro der im Gesetz vorgesehene 20%ige Abschlag nicht vorgenommen worden sein könne.

Die Gebühr für Mühewaltung steht dem Sachverständigen für die Aufnahme des Befundes und Erstattung des Gutachtens zu und deckt alle damit im Zusammenhang entstandenen Kosten, soweit dafür nicht nach den Bestimmungen des GebAG ein gesonderter Ersatz vorgesehen ist. Die Gebühr ist nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften zu bestimmen, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge,

mindestens aber mit 20 Euro für jede, wenn auch nur begonnene Stunde (§ 34 Abs 1 GebAG). Im Verfahren in Außerstreitsachen – somit auch im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren gemäß § 22 WGG – ist die Gebühr für Mühewaltung nach den Tarifen dieses Bundesgesetzes zu bestimmen. 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.

Ein Tarif im Sinne der §§ 43 ff GebAG besteht aber für Sachverständige aus dem Immobilienfach – mit Ausnahme für Sachverständige für die Schätzung von Häusern und Baugründen – nicht. Es ist daher die Gebühr des Sachverständigen im vorliegenden Fall nach den Einkünften im außergerichtlichen Erwerbsleben zu bestimmen. Soweit nichts anderes nachgewiesen wird, gelten für die Einkünfte, die Sachverständige im außergerichtlichen Erwerbsleben für ihre Gutachtenstätigkeit üblicherweise beziehen, Gebührenrahmen, die § 34 Abs 3 GebAG in drei Klassen unterteilt. Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht völlig zu Recht die Tätigkeit des Sachverständigen der zweiten Klasse gemäß der Z 2 leg cit zugeordnet, die Tätigkeiten umfasst, die hohe fachliche Kenntnisse erfordern, die durch den Abschluss einer berufsbildenden höheren Schule oder eine gleichwertige Berufsvorbildung vermittelt werden. Keinesfalls handelt es sich, wie der Antragsteller – allerdings nur in seiner dem Beschluss vorangegangenen Äußerung zum Gebührenanspruch – meint, um schlichte Rechenaufgaben. Zur Ausführung schlichter Rechenoperationen wäre zweifellos auch das Erstgericht ohne Beiziehung eines Sachverständigen imstande gewesen. Vielmehr waren für die Gutachtenserstattung spezifische Kenntnisse aus dem Gebäudewirtschaftungswesen erforderlich.

Dem Antragsteller ist allerdings darin zuzustimmen, dass der Sachverständige bei der Aufnahme eines Stundensatzes von 85 Euro in die Kostennote den von § 34 Abs 2 GebAG geforderten 20%igen Abschlag noch nicht vorgenommen haben kann.

Würde man dies unterstellen – wofür sich aus der Gebührennote des Sachverständigen überhaupt kein Anhaltspunkt ergibt –, bedeutete dies, dass der Sachverständige von einer Basis von 106,25 Euro einen 20%igen Abschlag vorgenommen hätte. Dieser Wert läge aber außerhalb des vom § 34 Abs 3 Z 2 GebAG festgelegten Gebührenrahmens. Zur Klarstellung sei darauf verwiesen, dass § 34 Abs 3 GebAG nicht die Höhe der vom Gericht zu bestimmenden Gebühr näher eingrenzt, sondern die Gebührensätze, die die außergerichtlichen Einkünfte des Sachverständigen gesetzlich fingieren, soweit keine höheren Einkünfte nachgewiesen sind. Der Ausnahmetatbestand des § 34 Abs 4 GebAG liegt nicht vor.

Die Gebühr für Mühewaltung war daher auf Grundlage eines reduzierten Stundensatzes von 68 Euro (85 Euro abzüglich 20 %) neu zu berechnen.

Die Ausführungen des Sachverständigen in seiner Rekursbeantwortung sind nicht stichhältig. Zum einen meint der Sachverständige, dass die Bestimmung des § 34 GebAG in der Fassung des Berufsrechtsänderungsgesetzes 2008 noch nicht anwendbar sei. Art XVII des Berufsrechtsänderungsgesetzes 2008 sieht für § 34 GebAG kein Inkrafttrittsdatum vor. Diesbezüglich liegt offensichtlich ein Redaktionsversehen vor, da in Art XVII § 21 die §§ 36, 43 Abs 1, § 53 Abs 1 und § 54 GebAG genannt sind und bestimmt wird, dass die neuen, durch das Berufsrechtsänderungsgesetz 2008 geänderten Bestimmungen auf Tätigkeiten anzuwenden sind, die nach dem 31. 12. 2007 vorgenommen werden. In der Regierungsvorlage zum Berufsrechtsänderungsgesetz 2008 findet sich hingegen die Anmerkung, dass jene geänderten Bestimmungen des GebAG, die die Ermittlung der Gebühr betreffen, auf Tätigkeiten anzuwenden sind, die nach dem 31. 12. 2007 vorgenommen werden. Da auch § 34 GebAG, insbesondere dessen neuer Abs 3, ebenfalls die Ermittlung der Gebühr betrifft, wird auch in diesem Fall auf die Vornahme der Tätigkeit abzustellen sein. Der Akt war dem Sachverständigen mit dem Gutachtensauftrag zwar bereits am 12. 11. 2007 übermittelt worden; die erste erkennbare Tätigkeit entfaltete der Sachverständige aber erst mit der Befundaufnahme am 28. 3. 2008. Es ist daher davon auszugehen, dass der Sachverständige zumindest den weitaus überwiegenden Teil seiner Tätigkeit erst im Jahr 2008 und somit nach Inkrafttreten des Berufsrechtsänderungsgesetzes 2008 erbracht hat.

Sofern sich der Sachverständige in seiner Rekursbeantwortung darauf stützt, dass der Antragsteller seine Einwendungen gegen den Gebührenanspruch nach Zustellung der Gebührennote verspätet erhoben habe, ist lediglich darauf zu verweisen, dass die Bestimmung des § 39 Abs 3 GebAG zwar nicht nur der Begründungserleichterung für das Gericht dient; eine unterbliebene Erstattung von Einwendungen gegen eine in den Tatsachenbereich fallende disponible Gebührenposition nimmt einem späteren Rechtsmittel das Rechtsschutzinteresse. Das Gericht wird dadurch aber nicht davon entbunden, den Gebührenantrag auf Schlüssigkeit, seine Übereinstimmung mit dem Akteninhalt und auf zwingende gesetzliche Bestimmungen zu überprüfen (SV 1999/2, 93).

Hingegen musste die vom Antragsteller in seinem Rekurs ausgesprochene Mutmaßung, dass sich der Sachverständige wohl auch einer Hilfskraft bedient habe, die geringer zu entlohnen sei als der Sachverständige selbst, erfolglos bleiben, weil dieser Umstand vom Rekurswerber nicht fristgerecht gerügt worden war.

Sollte bereits der volle, vom Erstgericht zugesprochene Gebührenbetrag ausbezahlt worden sein, wird das Erstgericht den Sachverständigen zur Rückzahlung des Differenzbetrages aufzufordern haben. Andernfalls wird das Erstgericht eine abgeänderte Auszahlungsanordnung zu erlassen haben.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet auf § 37 Abs 3 Z 16 MRG iVm § 62 Abs 2 Z 3 AußStrG.

### **Anmerkung:**

*Die Entscheidung des LG Korneuburg ist in den **Rechtsätzen 2 und 4 problematisch** und wohl mit der herrschenden Rechtsprechung nicht im Einklang.*

*Das Rekursgericht hätte zur Frage, ob der Sachverständige den 20%igen Abschlag vorgenommen hat und von welchem Basiswert er ausgegangen ist – etwa von einem außergerichtlichen Erwerbseinkommen für eine ähnliche Tätigkeit –, ein **Verbesserungsverfahren nach § 39 Abs 1 GebAG** durchführen müssen (vgl Kramer/Schmidt, SDG-GebAG<sup>3</sup>, Anm 4 zu § 39 GebAG sowie Kramer in Anm zu SV 2008/4, 198). Für die **Mutmaßung des Rekursgerichts**, der Abschlag von 20 % sei unterblieben und daher vom Stundensatz von 85 Euro nachzuholen (Herabsetzung auf 68 Euro), besteht keine gesetzliche Grundlage.*

*Die **Höhe des Stundensatzes** des Sachverständigen gehört im Übrigen nach der Rechtsprechung zu den „**disponiblen Gebührenpositionen**“. Eine amtswegige Überprüfung **ohne rechtzeitige Einwendung** einer Partei nach § 40 Abs 1 Z 1 GebAG ist **unzulässig** (§ 39 Abs 3 GebAG). **Das Vorbringen** des Sachverständigen, dass der Antragsteller des Außerstreitverfahrens seine **Einwendungen verspätet** erhoben habe, **wäre daher zu prüfen gewesen**. Bei **Verspätung der Einwendungen** wäre dem **Rekurs** des Antragstellers **nicht Folge** zu geben gewesen.*

**Harald Kramer**