

## **Vorbereitung auf die Gutachtenserörterung (§ 34 GebAG) – Zahlung aus Kostenvorschuss vor Zahlung aus Amtsgeldern (§ 42 Abs 1 GebAG)**

1. Die ordnende, Stoff sammelnde, konzeptive und ausarbeitende Tätigkeit des Sachverständigen zur Vorbereitung der Gutachtenserörterung ist als Mühewaltung zu honorieren.
2. Die kommentarlose Übermittlung des Fragenkatalogs einer Partei an den Sachverständigen ist ein gerichtlicher Auftrag im Sinne des § 25 Abs 1 GebAG, die darin enthaltenen Fragen zu beantworten. Der Sachverständige musste in seine Vorbereitung auch jene Fragen einbeziehen, die er möglicherweise nicht beantworten konnte und wollte,

weil nur das Gericht über die Zulassung von Fragen entscheiden darf (§ 289 Abs 1 ZPO).

3. **Dass das Erstgericht die schriftliche Fragenbeantwortung nicht ausdrücklich aufgetragen und die vom Sachverständigen vorbereitete schriftliche Stellungnahme nicht zu den Akten genommen hat, ändert nichts am Entgeltsanspruch für die mit der Vorbereitung verbundenen Mühewaltung. Schon wegen des Umfangs und der technisch anspruchsvollen Formulierung der Frageliste war eine schriftliche Vorbereitung naheliegend.**
4. **Der Zeitaufwand von 16 Stunden ist nach der seiner Gebührennote beigelegten Stundenaufstellung und der auf die einzelnen Fragen im Detail eingehenden schriftlichen Fragebeantwortung plausibel. Es ist daher von diesem Zeitaufwand auszugehen.**
5. **Dem Antrag, einen Teil der Sachverständigengebühren nicht aus dem erliegenden Kostenvorschuss, sondern aus Amtsgeldern zu zahlen, ist entgegenzuhalten, dass nach § 42 Abs 1 GebAG und § 2 Abs 1 GEG Sachverständigengebühren erst dann aus Amtsgeldern gezahlt werden dürfen, wenn hierfür kein Kostenvorschuss erliegt. Ehe Amtsgelder in Anspruch genommen werden dürfen, ist der Kostenvorschuss zur Gänze auszuschöpfen.**

### OLG Graz vom 11. August 2010, 3 R 103/10g

Im Beweisverfahren dieses Zivilprozesses ist die Frage zu beantworten, ob die Beklagte (als Werkunternehmerin) im Haus des Klägers (als Werkbesteller) eine vollständige und mängelfreie Luft-Wasser-Wärmepumpenanlage installiert hat.

Das Erstgericht bestellte mit Beschluss vom 18. 9. 2009 DI N. N. mit dem Auftrag zum Sachverständigen, diverse Fragen zu diesem Beweisthema zu beantworten. Nachdem der Sachverständige ein schriftliches Gutachten erstattet hatte, richtete die Beklagte in ihrem Antrag auf mündliche Gutachtenserörterung an ihn zahlreiche Fragen.

Das Erstgericht übermittelte dem Sachverständigen diesen Fragenkatalog (ohne Kommentar) mit der Ladung zur Tagsatzung vom 8. 2. 2010

Zur Beantwortung dieser schriftlich formulierten Fragen kam es anlässlich der mündlichen Gutachtenserörterung in der Tagsatzung vom 8. 2. 2010 nicht. Das Erstgericht begründete dies im Tagsatzungsprotokoll wie folgt: „Festgehalten wird zur von der Beklagtenseite vorgelegten Frageliste, dass diese großteils Suggestivfragen enthält, teilweise sich die Themen der Fragen mit dem Vorbringen nicht mehr decken und teilweise Rechtsfragen enthalten sind. Deswegen werden diese Fragen, so wie sie abgefasst sind, der mündlichen Gutachtenserörterung nicht zugrunde gelegt; es wird Sache der beklagten Partei sein, mündlich geeignete Fragen zu diesen Themen zu formulieren. Wohl hat die Richterin – um dem Sachverständigen eine Vorbereitung auf die Themenkreise zu ermöglichen – diese

Frageliste an ihn zur Vorbereitung der Gutachtenserörterung weitergegeben.“

In seinem Gebührenantrag vom 9. 2. 2010 beehrte der Sachverständige neben unbestrittenen Entgeltbestandteilen „5. Gebühr für Mühewaltung – § 34 (Ausarb. Fragebeantw. Verh.)

§ 34/4 16 Std. i. Verb. m. § 34/2 Z 1, 2 oder 3:  
à € 140,00 € 2.240,00“

Diesem Antrag legte er eine mit Datums- und Zeitangaben versehene Aufstellung bei, aus der sich ergibt, dass er vom 5. 2. 2010 bis zum 8. 2. 2010 für die „Vorbereitung Fragenbeantwortung“ insgesamt 16 Stunden aufgewendet hat.

Der Kläger wendete gegen diese Position der Gebührennote ein, dem Sachverständigen gebühre bloß eine Mühewaltungsgebühr für eine Stunde Vorbereitungszeit auf die Gutachtenserörterung, weil er die von der Beklagten in ihrem vom Gericht nicht zugelassenen Fragenkatalog aufgeworfenen Fragen „bereits ordnungsgemäß bei seiner Gutachtenserstellung berücksichtigen hätte müssen“.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht die umstrittenen Gebühren im Sinne des Antrages des Sachverständigen und es ordnete deren Auszahlung aus den Kostenvorschüssen der Parteien an. Im Hinblick auf Art und Umfang des Fragenkatalogs der Beklagten, der dem Sachverständigen vom Gericht zur Vorbereitung der Gutachtenserörterung übermittelt werden „musste“, sei der vom Sachverständigen in seiner Stundenaufstellung genau aufgeschlüsselte Zeitaufwand durchaus nachvollziehbar. Derart plausible Angaben eines Sachverständigen über seinen Zeitaufwand seien für wahr zu halten, zumal ihm die Parteien nichts anderes nachgewiesen hätten. Dass die Richterin in der Tagsatzung eine andere (ihr ökonomisch erscheinende) Strategie zur Aufarbeitung der Fragen der Beklagten – mündliche Neuformulierung der Fragen durch den Beklagtenvertreter – gewählt habe, könne den bereits entstandenen Aufwand des Sachverständigen nicht schmälern. Es könne vom Sachverständigen auch nicht erwartet werden, in seinem schriftlichen Gutachten die späteren Fragen der Parteien vorherzusehen und sie schon vorweg zu beantworten.

Gegen diesen Beschluss „in seinem gesamten Inhalt“ richtet sich der Rekurs des Klägers aus dem Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die Gebühren des Sachverständigen für die Gutachtenserörterung „mit einem geringeren Betrag als geltend gemacht“ zu bestimmen, in eventu deren „teilweise Auszahlung“ aus Amtsgeldern anzuordnen. Aus der Rekurs erzählung ergibt sich, dass der Rekurswerber eine Mühewaltungsgebühr „zur Vorbereitung und Verrichtung“ der Tagsatzung vom 8. 2. 2010 für insgesamt sechs Stunden à € 140,- (insgesamt € 840,-) für angemessen erachtet und daher eine Kürzung dieser Gebührenposition um € 1.400,- anstrebt.

Der Sachverständige DI N. N. übermittelte dem Erstgericht eine als Rekursbeantwortung aufzufassende Stellungnahme, der er die für die Tagsatzung vom 8. 2. 2010 bestimmte

10-seitige schriftliche „Ausarbeitung“ (Beantwortung) der Fragen der Beklagten beilegte.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Der Rekurswerber argumentiert, der Sachverständige hätte im Fragenkatalog der Beklagten enthaltene Suggestivfragen, vom Vorbringen nicht gedeckte Themen und Rechtsfragen erkennen müssen, weshalb ihm für den mit der Beantwortung dieser Fragen verbundenen „frustrierenden Aufwand“ keine Mühewaltungsgebühr zustehe. Der Sachverständige hält dem in seiner Rekursbeantwortung entgegen, ihm stehe kein Urteil zu, ob die Fragen nicht gerechtfertigt oder suggestiv seien, er habe zu den Fragen in technischer Hinsicht Stellung zu nehmen.

Gemäß § 34 Abs 1 GebAG ist die für die Aufnahme des Befundes und die Erstattung des Gutachtens zustehende Sachverständigengebühr „nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe“ zu bestimmen, wobei die ordnende, Stoff sammelnde, konzeptive und ausarbeitende Tätigkeit des Sachverständigen zur Vorbereitung der Gutachterserörterung als Mühewaltung gilt (*Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, § 34 GebAG E 1, 5; OLG Wien 2 R 115/97i, SV 1998, 39; OLG Wien, 17 R 225/99d, SV 2000, 27). Das Erstgericht hat dem Sachverständigen den Fragenkatalog der Beklagten kommentarlos übermittelt und ihm damit im Sinne des § 25 Abs 1 GebAG den Auftrag erteilt, die darin enthaltenen Fragen zu beantworten (*Krammer*, SV 2005, 43, Anmerkung zu OLG Wien 12 R 252/04x). Ausgehend davon, dass nur das Gericht über die Zulassung von Fragen an den Sachverständigen entscheiden darf (§ 289 Abs 1 ZPO), musste der Sachverständige damit in seine Vorbereitung auch jene Fragen einbeziehen, die er (möglicherweise) nicht beantworten konnte oder wollte. Dass das Erstgericht nicht ausdrücklich die schriftliche Fragenbeantwortung aufgetragen und die vom Sachverständigen vorbereitete schriftliche Stellungnahme, die er mit der

Rekursbeantwortung vorlegte, nicht zu den Akten genommen hat, vermag nichts an seinem Entgeltanspruch für die mit der Vorbereitung verbundenen Mühewaltung zu ändern, ist es doch naheliegend, dass sich der Sachverständige schon wegen des Umfangs und der technisch anspruchsvollen Formulierungen der Fragenliste auch schriftlich vorbereitete (OLG Graz 2 R 136/05w, SV 2006, 109). Der Sachverständige hat nicht nur durch seine dem Gebührenantrag beigelegte Stundenaufstellung, sondern auch durch die der Rekursbeantwortung beigelegte, für die Tagsatzung vom 8. 2. 2010 bestimmte, auf die einzelnen Fragen im Detail eingehende schriftliche Fragebeantwortung seinen Zeitaufwand plausibel gemacht, während der Rekurswerber ohne ein erkennbares Argument von einem angemessenen Umfang der Mühewaltung von sechs Stunden ausgeht, sodass bei der Gebührenbemessung von den vom Sachverständigen angegebenen Zeitaufwand auszugehen ist (*Krammer/Schmidt*, aaO, § 34 GebAG E 209, 210 f, § 38 GebAG E 49; OLG Graz 2 R 136/05b, SV 2006, 109; OLG Wien 12 R 252/04y, SV 2005, 42).

Soweit der Rekurswerber begehrt, einen Teil der Sachverständigengebühren von € 1.400,- nicht aus dem vom ihm erlegten Kostenvorschuss, sondern aus Amtsgeldern auszuzahlen, ist ihm entgegenzuhalten, dass gemäß § 42 Abs 1 GebAG, § 2 Abs 1 GEG Sachverständigengebühren erst dann aus Amtsgeldern getilgt werden dürfen, wenn hierfür kein Kostenvorschuss erlegt wurde. Ehe Amtsgelder in Anspruch genommen werden dürfen, ist der erlegte Kostenvorschuss zur Gänze auszuschöpfen (*Krammer/Schmidt*, aaO, § 42 GebAG E 8 mwN; *Stabentheiner*, Gerichtsgebühren<sup>9</sup>, § 2 GEG E 19).

Der Rekurs muss daher erfolglos bleiben.

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses ergibt sich aus § 528 Abs 2 Z 5 ZPO.