

Zur Parteistellung des Revisors (§ 39 Abs 1a, § 40 Abs 1 Z 3 GebAG; § 477 Abs 1 Z 4 ZPO)

1. Kann die Sachverständigengebühr nicht zur Gänze aus einem bereits erlegten Kostenvorschuss gezahlt werden, ist dem Revisor/der Revisorin Gelegenheit zur Äußerung zum Gebührenantrag des

Sachverständigen zu geben, wenn der Sachverständige nicht wirksam auf die Auszahlung aus Amtsgeldern verzichtet hat.

2. Die Unterlassung der Aufforderung zur Äußerung bewirkt Nichtigkeit des Gebührenbestimmungsverfahrens nach § 477 Abs 1 Z 4 ZPO, weil dadurch den Revisoren die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch einen ungesetzlichen Vorgang entzogen wird (§ 39 Abs 1a, § 40 Abs 1 Z 3 GebAG).
3. Eine Äußerung zur Gebührennote kann infolge des im Rekursverfahren geltenden Neuerungsverbots im Rechtsmittel nicht nachgeholt werden.
4. Die Aufhebung trifft auch die weiteren Teile des Gebührenbeschlusses (Auszahlungsanordnungen, Ausspruch nach § 2 Abs 2 GEG). Ebenso mitumfasst ist der zunächst in der mündlichen Streitverhandlung verkündete Gebührenbestimmungsbeschluss, zumal die angefochtene, mit einem anderen Datum versehene Entscheidung nur eine Ausfertigung dieses verkündeten Bestimmungsbeschlusses darstellt.

OLG Graz vom 14. September 2010, 2 R 116/10m

Der Kläger beehrte von der Beklagten diverse Leistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Kaufvertrages betreffend eine bestimmte Eigentumswohnung.

Das Erstgericht erteilte beiden Parteien Aufträge, insgesamt je € 3.000,- an Kostenvorschüssen zu erlegen.

Während der Kläger diese Kostenvorschüsse erlegte, tat dies die Beklagte nicht.

Der vom Erstgericht beigezogene Sachverständige Dr. N. N. verzeichnete für die Erstattung seines Gutachtens insgesamt Gebühren von € 4.627,14.

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 21. 5. 2010 verkündete das Erstgericht den Beschluss, die Gebühren des Sachverständigen Dr. N. N. mit € 4.627,20 zu bestimmen; und weiters, dass sie aus den Kostenvorschüssen je zur Hälfte zur Anweisung gelangen. Die Beklagte erklärte nämlich, binnen 10 Tagen den Betrag von € 2.313,60 bei Gericht zu erlegen. Sodann schlossen die Parteien einen Vergleich.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 9. 7. 2010 bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen Dr. N. N. mit € 4.627,20, wies seinen Rechnungsführer an, insgesamt € 2.313,60 aus den Kostenvorschüssen des Klägers nach Rechtskraft dieses Beschlusses und aus Amtsgeldern weitere € 2.313,60 an diesen Sachverständigen zu überweisen, den Kostenvorschussrest des Klägers an den Einzahler rückzuüberweisen und bestimmte gemäß § 2 Abs 2 GEG dem Grunde nach, dass die Beklagte für die aus Amtsgeldern auszahlenden Sachverständigengebühren von € 2.313,60 dem Bund gegenüber ersatzpflichtig sei.

Da die Beklagte trotz mehrfacher Urzugen den Betrag, dessen Erlag sie zugesichert habe, nicht erlegt habe, sei

die Auszahlung aus Amtsgeldern anzuordnen und die Haftung der Beklagten auszusprechen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Revisors beim Erstgericht.

Er bekämpft ihn gänzlich, erhebt eine Nichtigkeits- bzw Mängelrüge und stellt einen Aufhebungsantrag.

Die Parteien wie der Sachverständige haben sich am Rekursverfahren nicht beteiligt.

Der Rekurs ist berechtigt.

1. Zu Recht wird geltend gemacht, dass das Erstgericht dem Rechtsmittelwerber gemäß § 39 Abs 1a GebAG idgF als Partei (§ 40 Abs 1 Z 3 GebAG) Gelegenheit zur Äußerung zum Gebührenantrag des Sachverständigen zu geben gehabt hätte. Denn die Gebühr konnte – mangels Erlasses des Kostenvorschusses durch die Beklagte – nicht zur Gänze aus einem bereits erlegten Vorschuss bezahlt werden; der Sachverständige hatte aber auch nicht wirksam auf Auszahlung aus Amtsgeldern verzichtet. Die diesbezügliche Unterlassung bewirkt nach herrschender Rechtsprechung, der sich der Rekursenat anschließt, Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 4 ZPO, weil damit dem Revisor als Partei die Möglichkeit, vor Gericht „zu verhandeln“, durch einen ungesetzlichen Vorgang entzogen wurde (vgl *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG [2001] § 39 GebAG E 46f). Der Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 4 ZPO betrifft den Ausschluss einer Partei vom rechtlichen Gehör (*Kodek in Rechberger*, ZPO³, § 477 Rz 7 mwN), der damit verwirklicht wurde, dass dem Revisor eben keine Gelegenheit zur Äußerung zur Gebührennote gegeben wurde, was infolge des im Rekursverfahren des Zivilprozesses geltenden Neuerungsverbot (*Kodek*, aaO, § 526 Rz 3 mwN) im Rechtsmittel nicht nachgeholt werden kann.

2. Da diese Nichtigkeit vorliegt, ist der angefochtene Beschluss aufzuheben (*Kodek*, aaO, § 477 Rz 3 mwN) und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung – Einbeziehung des Revisors in das Gebührenbestimmungsverfahren – aufzutragen.

3. Klarzustellen ist, dass mit der Gebührenbestimmung selbst natürlich auch die diese voraussetzenden weiteren Teile des angefochtenen Beschlusses (Auszahlungsanordnungen, Ausspruch nach § 2 Abs 2 GEG) aufgehoben werden.

4. Da der angefochtene Beschluss nichts anderes ist als die Ausfertigung des am 21. 5. 2010 verkündeten Gebührenbestimmungsbeschlusses, ist – aus Klarstellungsgründen und zur Vermeidung unnötigen weiteren Verfahrensaufwandes – auszusprechen, dass diese aufhebende Entscheidung den mündlich verkündeten Gebührenbestimmungsbeschluss mitumfasst. Gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ wurde daher mit dem angefochtenen Beschluss nicht verstoßen.

5. Wegen des Vorliegens des Nichtigkeitsgrundes steht es dem Rekursgericht nicht zu, Ausführungen in der Sache

zu machen (*Kodek*, aaO), weshalb auf die Argumentation, das Erstgericht hätte vor Heranziehung des Amtsverlages den gesamten erliegenden Kostenvorschuss des Klägers verbrauchen müssen, nicht einzugehen ist.