

Einvernehmliche Bestimmung einer höheren Gebühr nach § 37 Abs 2 GebAG – Verzicht auf Zahlung aus Amtsgeldern (auch schlüssig) oder ausreichender Kostenvorschuss – verspätete Einwendungen – Warnpflicht (§ 25 Abs 1a GebAG)

1. Bei Verzicht auf die Zahlung der Gebühr aus Amtsgeldern steht dem Sachverständigen eine höhere Gebühr dann zu, wenn die Parteien der Bestimmung dieser höheren Gebühr zustimmen oder als zustimmend gelten (§ 37 Abs 2 GebAG).
2. Auch wenn der Sachverständige den Verzicht nicht ausdrücklich erklärt hat, aber auf den erlegten

Kostenvorschuss Bezug genommen und in Übereinstimmung mit den Parteien die Höhe seines Honorars darauf abgestimmt hat, kommt dem Fehlen eines ausdrücklichen Verzichts keine Bedeutung zu. Erliegt ein ausreichender Kostenvorschuss, sodass eine Auszahlung aus Amtsgeldern mit Sicherheit nicht erforderlich sein wird, wäre ein Verzicht ein inhaltsleerer Formalakt.

3. **Nach der Rechtsprechung genügt ein schlüssiger Verzicht auf die Zahlung der Gebühren aus Amtsgeldern. Bei Zustimmung der Parteien hat der Sachverständige einen Anspruch auf Bestimmung seiner verzeichneten Gebühren, auch wenn er sie nicht aufschlüsselt.**
4. **Mit dem Beschluss über den Gebührevorschuss hat das Gericht die Einigung zwischen dem Sachverständigen und den Parteien festgestellt und die Zahlung des offenen Restbetrages an den Sachverständigen angeordnet. Die so festgehaltene Zustimmung der Parteien kann später nicht mehr relativiert werden. Nachträgliche Einwendungen der Parteien sind verspätet.**
5. **Der Kostenvorschuss für die Teilnahme des Sachverständigen an der Erörterungstagsatzung von € 1.000,- war dem Sachverständigen bekannt. Nur dieser Betrag konnte dem Sachverständigen für Vorbereitung und Teilnahme an dieser Tagsatzung zugesprochen werden, weil er diesbezüglich seiner Warnpflicht nach § 25 Abs 1a GebAG nicht nachgekommen ist.**
6. **Ein Kostenersatz für Äußerungen des Sachverständigen zur Gebührennote findet nicht statt.**

OLG Wien vom 10. November 2011, 1 R 242/11g

Mit Beschluss vom 5. 6. 2009 wurde DI N. N. vom Erstgericht zum Sachverständigen bestellt und beauftragt, über die Herkunft und Ursächlichkeit von Mängeln sowie über die notwendige Sanierung und deren Kosten (im Zusammenhang mit der Durchführung von Baumeisterarbeiten für den Rohbau des Bauvorhabens Technologiezentrum E.) Befund und Gutachten zu erstatten.

Der Sachverständige wies in seinem Schreiben vom 15. 6. 2009 an das Erstgericht darauf hin, dass von Sachverständigenkosten von zirka € 30.000,- auszugehen sei. Er ersuchte das Gericht um entsprechende Anweisung bezüglich seiner weiteren Tätigkeit und um Präzisierung der an ihn gerichteten Fragen.

Am 12. 10. 2009 erstattete der Sachverständige ein „1. Teilgutachten“ bzw einen „1. Teil-Gutachten-Vorabzug“, wofür er eine Honorarnote für seine Leistungen im Zeitraum vom 10. 6. 2009 bis 12. 10. 2009 im Ausmaß von € 12.384,- verzeichnete. Gegen die Bestimmung der Gebühren in dieser Höhe erhoben die Parteien keinen Einwand. In diesem „Teilgutachten“ wies der Sachverständige ua darauf hin, dass das Gericht auf sein Ersuchen vom 15. 6. 2009 nicht eingegangen sei. Dieses „Teilgutachten“ enthält auch einen Fragenkatalog des Sachverständigen.

Mit Beschluss vom 17. 3. 2010 wies das Erstgericht den Rechnungsführer an, dem Sachverständigen als Vorschuss € 10.000,- zu überweisen (ohne einen solchen im Spruch zu bestimmen). Gleichzeitig wurde dem Sachverständigen aufgetragen, das Gutachten binnen sechs Wochen zu erstatten. ...

In seinem Fax vom 22. 3. 2010 berichtete der Sachverständige vom Eingang verschiedener Schriftstücke (ua von Schriftsätzen der Parteien zu seinem Fragenkatalog) und teilte mit, dass mit den Parteien ein Gesprächstermin am 7. 4. 2010 vereinbart worden sei. ...

Für die Erstellung seines „2. Teil-Gutachtens“ sei mit Gebühren im Ausmaß von € 27.000,- zu rechnen.

Am 7. 5. 2010 erstattete der Sachverständige ein Gutachten, wobei er für seine bisherige gesamte Tätigkeit zusätzlich zu den schon verzeichneten Leistungen im Ausmaß von € 12.384,- pauschal für Leistungen im Zeitraum vom 17. 12. 2009 bis 7. 5. 2010 weitere € 35.616,-, somit insgesamt € 48.000,- in Rechnung stellte. Die Parteienvertreter hätten seinen Pauschalierungsvorschlag dahin einvernehmlich angenommen, dass die Gesamtsumme brutto € 48.000,- betrage. Zu diesem Zeitpunkt waren insgesamt € 49.000,- an Kostenvorschuss erlegt.

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 13. 9. 2010 verfügte das Erstgericht beschlussgemäß, dass dem Sachverständigen auf der Grundlage der Pauschalvereinbarung der Streitteile vom 7. 4. 2010 restliche € 38.000,- aus dem SV-Kostenvorschuss überwiesen werden.

Der Sachverständige verzeichnete für die Teilnahme an der Tagsatzung am 13. 9. 2010 bzw die Leistungen vom 8. 5. 2010 bis 13. 9. 2010 € 9.840,-. Im Protokoll der Tagsatzung wurde dazu vermerkt, die entsprechende Gebührennote betreffend die Tagsatzung sei „nicht von der Pauschalvereinbarung umfasst“.

Vor der Tagsatzung wurde dem Sachverständigen der Akt übermittelt, aus dem sich ergab, dass für die Erörterung des Gutachtens in der Tagsatzung € 1.000,- an Kostenvorschuss aufgetragen und auch erlegt wurden. Insgesamt erlegten die Parteien Kostenvorschüsse im Ausmaß von € 50.000,-.

Gegen die zuletzt verzeichneten Gebühren von € 9.840,- sprachen sich beide Streitteile aus. Die Beklagten warfen dem Sachverständigen eine Verletzung der Warnpflicht nach § 25 GebAG vor, Die Klägerin relevierte in ihrem Schriftsatz ebenfalls eine Warnpflichtverletzung, bestritt mehrere Positionen im Detail und führte aus, dass der Sachverständige auch Gebühren für die Erstattung des Gutachtens verzeichnete, die allerdings vom Pauschalkostenersatz erfasst wären. Dem Sachverständigen stünden nur Gebühren in der Höhe des (für die Tagsatzung) erliegenden Kostenvorschusses (gemeint von € 1.000,-) zu.

Mit Schreiben vom 10. 11. 2010 urgierte der Sachverständige die bei der Tagsatzung am 13. 9. 2010 „vereinbarte“ Zahlung von € 38.000,-.

Das Gericht räumte den Parteien zu diesem Schreiben eine Stellungnahme ein. Die Beklagten beantragten, dem Sachverständigen den Auftrag zur Legung einer ordnungsgemäßen Gesamtgebührennote zu erteilen.

Der Sachverständige verwies in seiner Stellungnahme vom 6. 12. 2010 auf das vereinbarte Gesamtbruttohonorar

von € 48.000,-. In einem weiteren Schreiben vertrat er die Meinung, dass das Pauschalhonorar nur den Zeitraum bis 7. 5. 2010 betreffe. ...

Für die beiden Äußerungen verzeichnete der Sachverständige Gebühren von € 162,-.

Die Beklagte lehnte daraufhin mit Schriftsatz vom 16. 2. 2011 den Sachverständigen wegen Befangenheit ab, beantragte dessen Enthebung und legte dar, dass der Sachverständige den aufgetragenen Nachweis in Bezug auf die Gebühr von € 48.000,- noch immer schuldig sei. Auch die Klägerin sprach sich in der Stellungnahme vom 2. 3. 2011 gegen die Bestimmung der angesprochenen Gebühren, einschließlich der Pauschalierung auf € 48.000,- aus.

In seiner Mitteilung vom 21. 3. 2011 erklärte der Sachverständige, dass er seine Aufwendungen außerhalb der einvernehmlich pauschalierten Gebühr detailliert begründet hätte. Gleichzeitig legte er auch erstmals eine Gebührennote vom 7. 5. 2010 über € 41.616,- für die Leistungen im Zeitraum 25. 3. 2010 bis 7. 5. 2010 vor, die nach Aktenstudium, Zeitversäumnis nach § 32 Abs 1 und 2 GebAG, Befunderstellung gemäß § 34 Abs 1 und 2 GebAG, Fahrtkosten, Gutachtenserstellung gemäß § 34 Abs 1 und 2 GebAG, Reinschrift gemäß § 31 Abs 3 GebAG, Fotodokumentation gemäß § 31 Abs 3 GebAG und Kosten für Porto, Telefon und Telefax aufgeschlüsselt wurde.

In ihrem Schriftsatz vom 27. 4. 2011 anerkannte die Klägerin Gebühren des Sachverständigen von insgesamt € 16.126,81. Im Übrigen wurde der Gebührenanspruch zur Gänze bestritten.

Auch die Beklagten erhoben Einwendungen gegen die Gebühren des Sachverständigen und vertraten die Ansicht, dass das Gutachten untauglich sei. Es bestehe ein maximaler Gebührenanspruch von € 16.126,81.

In ihrem gemeinsamen Schriftsatz beantragten die Streitparteien, dass die Gebühren einvernehmlich mit € 16.126,81 festzustellen seien. Mit der Bestimmung der Sachverständigengebühren könne ewiges Ruhen eintreten.

In einem weiteren Schriftsatz stellte der Sachverständige klar, dass von den mit Note 014A verzeichneten € 41.616,- durch die Pauschalierung nur € 35.616,- verrechnet würden. ...

Mit dem angefochtenen (und dem Sachverständigen am 12. 8. 2011 zugestellten) Beschluss wies das Erstgericht die Buchhaltungsagentur des Bundes an, dem Sachverständigen € 16.127,- zu überweisen. Der Gebührenanspruch an den Sachverständigen sei angemessen und dessen Gebührenforderung weit überhöht. „Pauschalierungszusagen“ seien nicht rechtsverbindlich. Der Sachverständige habe keine übersichtlich gegliederte Gesamtgebührennote gelegt. Die Tätigkeit des Sachverständigen hätte für die Parteien nur begrenzten Nutzen gehabt. Er sei nicht in der Lage gewesen, die einzelnen Wassereintrittsstellen zu lokalisieren.

Dagegen richtet sich der am 18. 8. 2011 eingebrachte (und somit rechtzeitige) Rekurs des Sachverständigen (dem Rekursgericht vorgelegt am 27. 10. 2011) mit dem erkennbaren Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass seine Gebühren wie beantragt bestimmt werden.

Die Klägerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

Klarzustellen ist, dass mit dem angefochtenen Beschluss über die im Spruch angeordnete Zahlungsanweisung hinaus auch die Gebühren des Sachverständigen bestimmt wurden. Das wird aus der Begründung deutlich, weil das Erstgericht davon spricht, dass der Gebührenanspruch des Sachverständigen in diesem Ausmaß angemessen sei.

Mit den Beschlüssen vom 17. 3. 2010 und 13. 9. 2010 wurden keine Gebühren bestimmt, sondern dem Sachverständigen vielmehr Gebührenvorschüsse im Ausmaß von € 10.000,- bzw € 38.000,- gewährt, wobei die Anweisung laut Beschluss vom 13. 9. 2010 bislang nicht durchgeführt wurde.

Grundsätzlich gingen die Streitparteien und das Erstgericht zutreffend davon aus, dass die Gebühr des Sachverständigen nach § 38 GebAG aufgeschlüsselt (also nicht pauschal) geltend zu machen ist.

Gemäß § 37 Abs 2 GebAG steht dem Sachverständigen bei Verzicht auf die Zahlung der Gebühr aus Amtsgeldern allerdings eine höhere als die vorgesehene Gebühr dann zu, wenn die Parteien einvernehmlich der Bestimmung der Gebühr in dieser Höhe zustimmen oder wenn die Parteien durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten sind und innerhalb der gemäß § 39 Abs 1 letzter Satz GebAG festgesetzten Frist gegen die vom Sachverständigen verzeichnete Gebühr keine Einwendungen erheben.

Diese Bestimmung setzt voraus, dass der Sachverständige auf Auszahlung auf Amtsgelder verzichtet hat. Ein derartiger Verzicht wurde hier zwar nicht ausdrücklich erklärt. Allerdings hat der Sachverständige eindeutig auf den bisher erlegten Kostenvorschuss Bezug genommen und in Übereinstimmung mit den Parteien die Höhe seines Honorars darauf abgestimmt. Erliegt ein ausreichender Kostenvorschuss (§ 365 ZPO), sodass eine Auszahlung aus Amtsgeldern mit Sicherheit nicht erforderlich sein wird, kommt dem Fehlen eines ausdrücklichen Verzichts des Sachverständigen auf Zahlung der gesamten Gebühr aus Amtsgeldern keine Bedeutung zu. Ein solcher Verzicht wäre ein inhaltsleerer Formalakt, weil ein vom Sachverständigen zu übernehmendes Einbringlichkeitsrisiko nicht besteht, wenn ein ausreichender Kostenvorschuss bei Gericht erliegt (OLG Innsbruck 2 R 193/01a, SV 2002/1, 28). Die Voraussetzungen des § 37 Abs 2 GebAG liegen daher vor.

Zudem ist es vertretbar, hier von einem schlüssigen Verzicht auf die Auszahlung der Gebühren aus Amtsgeldern auszugehen (vgl auch hg 12 R 101/10a, SV 2010/3, 155),

was dem Sachverständigen bei Zustimmung der Parteien einen Anspruch auf Bestimmung der verzeichneten Gebühren verschafft. Eine Gebührenbestimmung setzt im Anwendungsbereich des § 37 Abs 2 GebAG nicht voraus, dass der Sachverständige seine Gebühren aufschlüsselt (vgl *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG³, § 37 GebAG Anm 11).

Mit dem in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 13. 9. 2010 gefassten Gebührenvorschussbeschluss hat das Erstgericht die Einigung zwischen dem Sachverständigen und den Parteien beschlussgemäß festgestellt („dass dem Sachverständigen auf der Grundlage der Pauschalvereinbarung der Streitteile vom 7. 4. 2010 restliche € 38.000,– aus dem SV-KV überwiesen werden“).

Die hier an sich nicht bindende „Pauschalvereinbarung“ gelangt mittelbar zur Anwendung, weil die Parteien der Bestimmung der (vom Kostenvorschuss gedeckten) verzeichneten Gebühren zugestimmt haben (vgl *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG³, § 37 GebAG E 38). Die nachträglichen und verspäteten Einwendungen gegen die Gebührennote des Sachverständigen können die beschlussmäßig festgehaltene Zustimmung nicht mehr relativieren.

Ausdrücklich nicht von der Zustimmung der Parteien umfasst waren die vom Sachverständigen für die Teilnahme an der Tagsatzung am 13. 9. 2010 (bzw die Vorbereitung dafür) verzeichneten Gebühren im Ausmaß von € 9.840,–. Hier haben die Streitteile zutreffend auf eine Verletzung der Warnpflicht des Sachverständigen nach § 25 Abs 1a GebAG hingewiesen. Dem Sachverständigen war der konkret für seine Teilnahme an der Tagsatzung erlegte Kostenvorschuss bekannt. Der Sachverständige wäre somit bei zu erwartenden Gebühren von knapp € 10.000,– für die Vorbereitung und Teilnahme an der Tagsatzung gehalten gewesen, seiner Warnpflicht nach § 25 Abs 1a GebAG nachzukommen. Für die weitere Tätigkeit waren dem Sachverständigen damit nur die von den Parteien nicht beanspruchten Gebühren im Ausmaß von € 1.000,– zuzusprechen (die auch Deckung im erlegten Kostenvorschuss finden).

Dass in späteren Schriftsätzen der Parteien nur mehr € 732,72 als Honorierung für die Teilnahme an der Tagsatzung anerkannt werden, ist irrelevant, weil dies erst nach der eingeräumten Einwendungsfrist erfolgte. Zudem geht diese Summe von einer Vorbereitungszeit im Ausmaß von drei Stunden aus. Das Rekursgericht hält jedenfalls die doppelte Zeit für gerechtfertigt (insgesamt verzeichnete der Sachverständige einen Zeitaufwand von 55 Stunden „für Befund- und Gutachtenserstellung“), sodass (unter Berücksichtigung der Warnpflichtverletzung) jedenfalls € 1.000,– für die Teilnahme an der Tagsatzung (samt Vorbereitung) zugesprochen werden können.

Ein Kostenersatz für Äußerungen zur Gebührennote findet nicht statt (*Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG³, § 39 GebAG E 62, § 42 GebAG E 93), sodass dem Sachverständigen die für seine Äußerungen zur Gebührennote verzeichneten Gebühren von € 162,– nicht zuzusprechen waren.

Der angefochtene Beschluss war daher – wie aus dem Spruch ersichtlich – abzuändern.

Die Änderung der Auszahlungsanordnung wird dem Erstgericht vorbehalten, wobei das Erstgericht dabei allfällige bisherigen Zahlungen (Vorschüsse) zu berücksichtigen haben wird.

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet auf § 528 Abs 2 Z 5 ZPO.