

Beschluss nach § 2 Abs 2 GEG im Pflegschaftsverfahren – Rekurs an den OGH zulässig, wenn das Gericht zweiter Instanz funktionell als Erstgericht tätig wurde – der Jugendwohlfahrtsträger erfüllt keines der beiden Zurechnungskriterien des § 2 Abs 2 GEG

1. Aufgrund des engen Sachzusammenhangs beider Materien besteht keine Rechtfertigung dafür, bei der Anfechtbarkeit eines von einem Gericht zweiter Instanz funktionell als Erstgericht gefassten Beschlusses im Außerstreitverfahren danach zu unterscheiden, ob damit eine Sachverständigengebühr bestimmt (§ 41 Abs 1 GebAG) oder über eine Kostenersatzpflicht nach § 2 Abs 2 GEG abgesprochen worden ist.
2. Die frühere Rechtsprechung, die im Außerstreitverfahren die Anfechtbarkeit eines nach § 2 Abs 2 GEG gefassten Beschlusses des Rekursgerichts verneint, ist damit überholt.
3. Im Verfahren über die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr findet kein Kostenersatz statt (§ 107 Abs 3 AußStrG). Mangels einer Vorschrift oder Entscheidung sind aus Amtsgeldern berichtigte Sachverständigengebühren daher von denjenigen Beteiligten zu ersetzen, die sie veranlasst haben oder in deren Interesse die Amtshandlung vorgenommen wurde (§ 2 Abs 1 Satz 3 GEG). Beide Tatbestandsmerkmale gelten alternativ, sodass die Kostenersatzpflicht eines Beteiligten greift, wenn auch nur eines von ihnen zutrifft.
4. Die Mutter hat eine Änderung der bestehenden Obsorgeregelung angestrebt und durch ihr Rechtsmittel jenes Rekursverfahren ausgelöst, in dem durch Beweiswiederholung vor dem Rekursgericht die Sachverständigengebühren aufgelaufen sind. Sie trifft grundsätzlich die Gebührenhaftung.
5. Der Jugendwohlfahrtsträger als Obsorgeträger hat die Tätigkeit des Sachverständigen nicht veranlasst, sondern erfüllt in dem von der Mutter eingeleiteten Verfahren seinen gesetzlichen Auftrag zum Schutz gefährdeter Kinder. Auch die dem Verfahren vorangegangene Übertragung der Obsorge auf den Jugendwohlfahrtsträger wurde allein durch das Verhalten der Eltern oder eines Elternteils ausgelöst, das sein Einschreiten notwendig gemacht hat. Es geht nicht um seine eigenen Interessen: er hat – anders als leibliche Eltern – allein die Interessen des Kindes zu wahren. Der Jugendwohlfahrtsträger erfüllt damit keines der beiden Zurechnungskriterien des § 2 Abs 2 GEG.

Die Minderjährige ist außereheliche Tochter von M. H. und A. S. Sie lebte nach Auflösung der Beziehung ihrer Eltern im September 2005 im Haushalt und in alleiniger Obsorge der Mutter und von März 2009 bis Ende Oktober 2011 bei Pflegeeltern, die sich erfolglos um die Übertragung der Obsorge auf sie bemühten. Aufgrund des Beschlusses vom 11. 3. 2009 kam die Obsorge dem Land Kärnten als Jugendwohlfahrtsträger zu.

Am 19. 10. 2011 beantragten die Pflegeeltern neuerlich die Übertragung der Obsorge auf sie. Am 25. 10. 2011 wurde die Pflegebewilligung der Pflegeeltern wegen fehlender Kooperationsbereitschaft mit der Schule und dem Jugendamt widerrufen. Ab 27. 10. 2011 befand sich die Minderjährige in einem SOS-Kinderdorf. Am 26. 9. 2012 beantragte die Mutter, ihr die Obsorge zu übertragen.

Das Erstgericht wies die Anträge der Pflegeeltern und der Mutter auf Übertragung der Obsorge und den Antrag der Mutter auf Einräumung eines unbegleiteten Besuchsrechts ab. Diese Entscheidung bekämpfte die Mutter mit Rekurs.

Das Rekursgericht führte eine Beweiswiederholung durch, in deren Zuge auch die vom Erstgericht mit der Gutachtersertattung beauftragte Sachverständige N. N. in einer Verhandlung am 22. 3. 2013 zu ihrem vor dem Erstgericht erstatteten Gutachten vom 13. 4. 2012 befragt wurde. Für die Teilnahme an der Verhandlung vom 22. 3. 2013 verzeichnete die Sachverständige Gebühren von € 1.122,–.

Das Rekursgericht gab sodann in der Sache mit Beschluss vom 22. 3. 2013 dem Rekurs der Mutter Folge, entzog die Obsorge für die Minderjährige dem Jugendwohlfahrtsträger Land Kärnten und übertrug sie der Mutter, bei der die Minderjährige nunmehr wieder lebt.

Mit dem angefochtenen Gebührenbeschluss vom 18. 4. 2013 bestimmte das Rekursgericht – funktional als Erstgericht – die Gebühr der Sachverständigen N. N. antragsgemäß mit € 1.122,– (Punkt 1.) und sprach gemäß § 2 Abs 2 GEG aus, dass der Jugendwohlfahrtsträger Land Kärnten und die Mutter – diese unbeschadet der ihr gewährten Verfahrenshilfe – für die mit diesem Beschluss bestimmten Sachverständigengebühren dem Bund gegenüber je zur Hälfte hafteten (Punkt 3.); das Rekursgericht sprach weiter aus, dass gegen diesen Beschluss der Rekurs an den OGH zulässig sei. Beim Ausspruch gemäß § 2 Abs 2 GEG sei davon auszugehen, dass einerseits die Gebührenhaftung der antragstellenden Mutter im Sinne des § 2 Abs 1 GEG klar auf der Hand liege, aber andererseits dem

OGH vom 23. September 2013, 4 Ob 130/13s

Jugendwohlfahrtsträger als Obsorgeträger Parteistellung zukomme und er durch seine im Verfahren eingenommene Rechtsposition jedenfalls ein nicht unbeträchtliches Interesse an der Einholung des Sachverständigenbeweises gehabt habe. Bei einer solchen Interessenlage hafteten der Obsorgeträger und die eine neue Entscheidung verlangende Mutter je zur Hälfte für die anerlaufenen Sachverständigenkosten.

Gegen den Ausspruch zu Punkt 3. richtet sich der Rekurs des Jugendwohlfahrtsträgers mit dem Antrag, ihm „die Kosten für die Sachverständigengebühren nicht“ aufzuerlegen.

1. Der Rekurs ist zulässig.

1.1. § 2 Abs 2 GEG lautet: „Sind in bürgerlichen Rechts-sachen die Kosten einer Amtshandlung, die den Betrag von 300 Euro übersteigen, aus Amtsgeldern zu berichtigen oder berichtigt worden, so hat das erkennende Gericht (der Vorsitzende) mit der Auszahlungsanweisung oder, wenn die Auszahlung nicht vom Richter angeordnet wird, unverzüglich nach dieser Anweisung mit gesondertem Beschluss dem Grunde nach zu bestimmen, welche Partei in welchem Umfang diese Kosten nach Abs. 1 zu ersetzen hat. Gegen diesen Beschluss ist der Rekurs zulässig.“

1.2. Gemäß § 41 Abs 1 Satz 1 GebAG 1975 idF BGBl 1994/623 kann jeder Beschluss, mit dem eine Sachverständigengebühr bestimmt wird, in Zivilsachen mit Rekurs an den übergeordneten Gerichtshof angefochten werden. Damit ist nunmehr der Beschluss eines Gerichts zweiter Instanz, mit dem es die Gebühren eines gerichtlichen Sachverständigen funktionell als Erstgericht bestimmte, ungeachtet des Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage und des Werts des Entscheidungsgegenstands in der Hauptsache anfechtbar. Ein Gebührenbestimmungsbeschluss des Rekursgerichts fällt nicht unter die Rechtsmittelausschlüsse gemäß § 528 Abs 2 Z 5 ZPO und § 62 Abs 2 Z 3 AußStrG (= § 14 Abs 2 Z 3 AußStrG aF; RIS-Justiz RS0114330 [T2], RS0017171 [T10]). Die ältere gegen-teilige Rechtsprechung ist überholt (*Zechner in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze IV/1², § 528 ZPO Rz 178).

1.3. Diese Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung im Zivilprozess allerdings nicht für andere Beschlüsse der Gerichte zweiter Instanz in erstgerichtlicher Funktion, die einen Konnex mit Gebührenfragen haben (vgl 2 Ob 236/97p zu einem Beschluss gemäß § 2 Abs 2 GEG).

1.4. Für das Außerstreitverfahren wird im Schrifttum hingegen vertreten, dass alle Beschlüsse, die das Rekursgericht funktionell als erste Instanz fasste, nach der allgemeinen Regel des § 45 AußStrG mit Rekurs anfechtbar sind (*Zechner in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze IV/1², § 528 ZPO Rz 178 unter Hinweis auf den Wortlaut des § 62 Abs 1 AußStrG und die Absicht des Gesetzgebers nach den ErlRV 224 BlgNR 22. GP, 54; so im Ergebnis auch *Fucik/Kloiber*, AußStrG, § 45 Rz 3, und *Klicka in Rechberger*, AußStrG², § 62 Rz 1, wonach „Beschlüsse des Gerichtes erster Instanz“ auch Beschlüsse des über-

geordneten Gerichts sind, wenn dieses funktionell als erste Instanz tätig wird).

1.5. Diese Auffassung entspricht auch der Rechtsprechung, wonach der Rekurs gegen die Verhängung einer Ordnungsstrafe durch das Rekursgericht im Außerstreitverfahren unabhängig von deren Höhe oder vom Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage zulässig ist (RIS-Justiz RS0121603).

1.6. Der Senat erkennt aufgrund des engen Sachzusammenhangs beider Materien keine Rechtfertigung dafür, in der Frage der Anfechtbarkeit eines von einem Gericht zweiter Instanz funktionell als Erstgericht gefassten Beschlusses im Außerstreitverfahren danach zu unterscheiden, ob damit eine Sachverständigengebühr gemäß § 41 Abs 1 GebAG bestimmt oder über eine Kostenersatzpflicht nach § 2 Abs 2 GEG abgesprochen worden ist. Auch der Wortlaut der beiden genannten Normen spricht für eine Gleichbehandlung. Die zur alten Rechtslage vor dem 1. 1. 2005 (Inkrafttreten des AußStrG 2005) ergangene gegen-teilige Rechtsprechung, die im Außerstreitverfahren die Anfechtbarkeit eines nach § 2 Abs 2 GEG gefassten Beschlusses des Rekursgerichts verneint (2 Ob 236/97; 1 Ob 234/01w; ohne nähere Begründung unzutreffend diese alte Rechtslage fortschreibend 1 Ob 65/10f und 6 Ob 267/11z), ist damit überholt.

2. Das Rechtsmittel ist auch berechtigt.

2.1. Wurden Sachverständigengebühren aus Amtsgeldern berichtigt, so hat das Gericht bei Beträgen über € 300,- einen Grundsatzbeschluss über die Kostentragungspflicht zu fassen. Mit diesem Beschluss wird über die grundsätzliche Kostentragungspflicht dem Bund gegenüber abgesprochen.

2.2. Werden Sachverständigengebühren aus Amtsgeldern berichtigt, so sind diese Kosten gemäß § 2 GEG dem Bund von der Partei zu ersetzen, die „nach den bestehenden Vorschriften“ hierzu verpflichtet ist.

2.3. Im Verfahren außer Streitsachen kommt eine analoge Anwendung des § 40 Abs 1 ZPO nicht in Betracht. Soweit nicht für eine bestimmte Verfahrensart eine „bestehende Vorschrift“ besteht, haften daher die Parteien nach den Grundsätzen des § 2 GEG (RV 366 BlgNR 16. GP, abgedruckt bei *Wais/Dokalik*, Die Gerichtsgebühren¹⁰, 378).

2.4. In Verfahren über die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr findet kein Kostenersatz statt (§ 107 Abs 3 AußStrG). Mangels einer Vorschrift oder Entscheidung sind aus Amtsgeldern berichtigte Sachverständigengebühren daher von denjenigen Beteiligten zu ersetzen, die sie veranlasst haben oder in deren Interesse die Amtshandlung vorgenommen wurde (§ 2 Abs 1 Satz 3 GEG). Beide Tatbestandsmerkmale gelten alternativ (so auch VwGH 87/17/0270 = ÖJZ 1990/86 F), sodass die Kostenersatzpflicht eines Beteiligten greift, wenn auch nur eines von ihnen zutrifft.

3.1. Zutreffend hat das Rekursgericht die grundsätzliche Gebührenhaftung der Mutter nicht in Frage gestellt. Sie

hat eine Änderung der bestehenden Obsorgeregelung angestrebt und zunächst durch ihren Antrag, sodann durch ihr Rechtsmittel jenes Rekursverfahren ausgelöst, in dem (durch Beweismittelwiederholung vor dem Rekursgericht) die zunächst aus Amtsgeldern berechtigten Sachverständigengebühren aufgelaufen sind.

3.2. Das Rekursgericht hat allerdings auch dem Jugendwohlfahrtsträger eine Mithaftung deshalb auferlegt, weil ihm als Obsorgeträger Parteistellung zukomme und er durch seine im Verfahren eingenommene Rechtsposition jedenfalls ein nicht unbeträchtliches Interesse an der Einholung des Sachverständigenbeweises gehabt habe. Dem ist nicht zuzustimmen.

3.3. Der von der bekämpften Entscheidung betroffene Jugendwohlfahrtsträger hat die zu entlohnende Tätigkeit der Sachverständigen im Rekursverfahren nicht veranlasst, sondern erfüllt in dem von der Mutter eingeleiteten Verfahren seinen gesetzlichen Auftrag zum Schutz gefährdeter Kinder. Auch die dem Verfahren vorangegangene Übertragung der Obsorge auf den Jugendwohlfahrtsträger wurde allein durch das Verhalten der Eltern bzw eines Elternteiles ausgelöst, das sein Einschreiten notwendig gemacht hat.

3.4. Das Tätigwerden der Sachverständigen lag auch nicht im eigenen Interesse des Jugendwohlfahrtsträgers. Ihm wurde zwar die Obsorge für die Minderjährige übertragen, er hat aber im Obsorgeverfahren von Gesetzes wegen – anders als leibliche Eltern – allein die Interessen des Kindes zu wahren.

4. Der Rechtsmittelwerber erfüllt damit keines der beiden Zurechnungskriterien des § 2 Abs 2 GEG, das einen Anspruch seiner (Mit-)Haftung für den Ersatz der vorläufig aus Amtsgeldern berechtigten Kosten rechtfertigen könnte. Dem Rekurs ist deshalb Folge zu geben und der angefochtene Grundsatzbeschluss dahin abzuändern, dass lediglich die Mutter dem Grunde nach verpflichtet wird, die vorläufig aus Amtsgeldern ausbezahlten Gebühren der Sachverständigen zu ersetzen.

Anmerkung:

Die nunmehr für das Außerstreitverfahren abgelehnte frühere Rechtsprechung des OGH (2 Ob 236/97p) zur Unzulässigkeit eines Rekurses findet sich in SV 1997/4, 44 und in Krammer/Schmidt, SDG – GebAG³, § 41 GebAG E 32.

Auch für den streitigen Zivilprozess sollte die bisherige Unzulässigkeitsjudikatur überdacht werden und der letzte Satz des § 2 Abs 2 GEG über die Rekurszulässigkeit in gleicher Weise wie § 41 Abs 1 GebAG dann, wenn das Gericht zweiter Instanz funktionell als Erstgericht tätig wurde, – im Hinblick auf den engen Sachzusammenhang – als Ausnahmebestimmung von den Rekursbeschränkungen des § 519 und § 528 Abs 2 ZPO gewertet werden.

Harald Krammer