

## **Mühewaltungsgebühr nach § 35 Abs 2 GebAG – angemessenes Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung – Honorierung der Vorbereitungsarbeiten bei Widerruf des Auftrags (§ 25 Abs 3 GebAG) – Wahrung des Gehörs des Sachverständigen zu den Einwendungen der Parteien steht unter Nichtigkeitsanktion (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO)**

1. Unter der Grundleistung in § 35 Abs 2 GebAG ist die Mühewaltungsgebühr für das schriftliche Gutachten zu verstehen. Bei Sachverständigen, deren Mühewaltung nach Stundensätzen honoriert wird, ist nicht nur der Zeitfaktor, sondern auch die Intensität der Mühewaltung maßgeblich. Eine Minderung des anzuwendenden Stundensatzes kann aus § 35 Abs 2 GebAG nicht abgeleitet werden. Rechnungsgrundlage ist nicht der Stundensatz (weder nach § 34 Abs 1 GebAG noch nach § 34 Abs 2 GebAG), sondern die dem Sachverständigen zustehende Mühewaltungsgebühr für das erläuterte und ergänzte schriftliche Gutachten. Da der Sachverständige auf Vorarbeiten zurückgreifen kann, die er für die Erstattung des schriftlichen Gutachtens geleistet hat, dürfen die Gebühren der Gutachtensergänzung oder -erörterung die Gebühren für das schriftliche Gutachten selbst nicht übersteigen.
2. Nach der Rechtsprechung gebührt bei kurzen Erläuterungen ein Drittel, bei ausführlichen Ergänzungen gebühren bis zu zwei Drittel der Gebühr für die Grundleistung, im Schnitt ein Drittel bis knapp 40 %. Ein niedrigerer Gebührensatz für die Gutachtensergänzung ist aber nicht zwingend, weil § 35 Abs 2 GebAG nur Ausdruck des Grundsatzes ist, dass sich die Gebühr für die Ergänzung und Erörterung des Gutachtens in einem angemessenen Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung halten muss. Inhalt und Schwierigkeit der Gutachtensergänzung können daher ausnahmsweise Mühewaltungsgebühren in Höhe der Hauptleistung rechtfertigen, wenn dies nach der besonderen Lage des Falles geboten ist.
3. Die Vorbereitungszeit für die Ergänzung des Gutachtens ist mit der Mühewaltungsgebühr zu entlohnen, wenn sie sich nicht nur auf das Studium des Aktes und des eigenen Gutachtens beschränkt, sondern die Beantwortung übermittelter Fragen vorzubereiten ist.
4. Bleibt die dem Sachverständigen aufgetragene Tätigkeit infolge des Widerrufs des Auftrags unvollendet, verbleibt ihm ein Anspruch auf Mühewaltungsgebühr für die Vorbereitungsarbeiten (§ 25 Abs 3 GebAG).
5. Ist im erstgerichtlichen Verfahren eine Zustellung der Äußerungen der Parteien zur Gebührennote an den Sachverständigen unterblieben, so ist der von einer Partei angefochtene Gebührenbestimmungsbeschluss wegen Nichtigkeit gemäß § 514 Abs 2 iVm § 477 Abs 1 Z 4 ZPO aufzuheben. Denn das Verbesserungsverfahren nach § 39 Abs 1 Satz 3 GebAG, dass nämlich das Gericht amtswegig oder aus Anlass der Einwendungen einer Partei nach § 39 Abs 1a GebAG vor der Gebührenbestimmung den Sachverständigen auffordern „kann“, sich über unklare, aber bedeutsame Umstände zu äußern und noch fehlende Bestätigungen über seine Kosten vorzulegen, ist als „Muss“ zu verstehen, also zwingend einzuhalten, um das rechtliche Gehör des Sachverständigen zu sichern.
6. In Gebührenbestimmungssachen gilt im Rekursverfahren das Neuerungsverbot, das den vom Gebührenanspruch tangierten Verfahrensbeteiligten aber nur dann zum Nachteil greifen kann, wenn sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren Gehör gefunden haben.
7. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren die Äußerungen der Parteien dem Sachverständigen unter Fristsetzung zu übermitteln haben, um sein rechtliches Gehör zu wahren. Zugleich ist der Sachverständige aufzufordern, den von ihm in seiner verspäteten Rekursbeantwortung behaupteten Verzicht auf Zahlung aus Amtsgeldern, der dem Akt nicht entnommen werden kann, aufzuklären.

### **OLG Innsbruck vom 30. August 2013, 5 R 41/13p**

Mit Beschluss des Erstgerichts vom 16. 4. 2012, 67 Cg 73/11m-8, wurde Ing. N. N. zum Sachverständigen in dieser Rechtssache bestellt und der klagenden Partei ein Kostenvorschuss in der Höhe von € 4.000,- aufgetragen. Nach Erlag dieses Kostenvorschusses übermittelte das Erstgericht den Akt dem Sachverständigen Ing. N. N. mit dem Ersuchen um Aufnahme von Befund und Erstattung eines Gutachtens. Der Sachverständige Ing. N. N. kam diesem Auftrag mit seinem Gutachten vom 28. 8. 2012 nach und verzeichnete hierfür Kosten von insgesamt € 4.363,-, darin enthalten € 3.511,20 (= € 2.926,- zuzüglich 20 % Umsatzsteuer) an Gebühr für Mühewaltung gemäß § 34 Abs 1 GebAG (22 Stunden à € 133,-).

Das Erstgericht übermittelte das Gutachten samt Gebührennote an die Parteienvertreter mit der Aufforderung, allfällige Erinnerungen zum Gutachten und allfällige Einwände gegen die Gebühren (des Sachverständigen) innerhalb von vier Wochen an das Gericht zu übermitteln. Zugleich teilte das Erstgericht mit, dass mangels einer entsprechenden Äußerung innerhalb dieser Frist ein Verzicht auf Gutachtenserörterung und die Zustimmung zur Gebührenbestimmung in der verzeichneten Höhe angenommen werde.

Innerhalb der gesetzten Frist erhoben die Parteien keine Einwendungen gegen die Höhe der vom Sachverständigen Ing. N. N. verzeichneten Gebühren, vielmehr überwies die klagende Partei zu deren gänzlicher Abdeckung einen weiteren Kostenvorschuss von € 363,-.

Mit Beschluss vom 22. 11. 2012, 67 Cg 73/11m-20, bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen Ing. N. N. antragsgemäß mit € 4.363,-.

Nach Zustellung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Ing. N. N. vom 28. 8. 2012 stellten sowohl die erst- als auch die zweitbeklagte Partei den Antrag auf mündliche Gutachtenserörterung. In ihrem Antrag vom 1. 10. 2012 führte die zweitbeklagte Partei fünf Punkte an, zu denen sie insbesondere eine mündliche Erörterung durch den Sachverständigen begehre. Im Hinblick auf diese Gutachtenserörterungsanträge trug das Erstgericht sowohl der erst- als auch der zweitbeklagten Partei mit Beschluss vom 17. 10. 2012 den Erlag eines weiteren Kostenvorschusses von je € 1.500,- auf. Diesem Auftrag kamen der Kläger und die zweitbeklagte Partei nach. In der Folge beraumte das Erstgericht für den 5. 6. 2013 eine Tagsatzung an, die ausschließlich der mündlichen Erörterung des Gutachtens des Sachverständigen Ing. N. N. dienen sollte. Am 4. 6. 2013 teilte der Klagsvertreter mit, dass die Verhandlung am 5. 6. 2013 unbesucht bleibe. Hiervon wurde der Sachverständige Ing. N. N. am Nachmittag des 4. 6. 2013 verständigt. Da zur Tagsatzung am 5. 6. 2013 niemand erschien, trat Ruhen des Verfahrens ein.

Mit Gebührennote vom 5. 6. 2013 machte der Sachverständige Ing. N. N. für die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung vom 5. 6. 2013 folgende Gebühren geltend:

A.) Für Sachverständigentätigkeit:	
Gebühr für Mühewaltung § 34 Abs 1 GebAG	
3 Stunden à € 133,-	€ 399,00
B.) Büroausgaben/sonstige Ausgaben:	
15 S/W-Kopien (§ 31 Abs 1 GebAG)	
15 Stück à € 0,80	€ 12,00
Entgelte für Telefon, Post (§ 31 Abs 1 GebAG)	
pauschal	€ 10,00
	€ 421,00

Gegen diese Gebührennote erhoben die beklagten Parteien fristgerecht Einwendungen. In ihrer Stellungnahme führte die zweitbeklagte Partei aus, dass nach der Grundregel des § 34 Abs 1 GebAG die Gebühr für Mühewaltung nach richterlichem Ermessen nach der aufgewandten Zeit

und Mühe und nach den Einkünften zu bestimmen sei, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge. § 34 Abs 1 GebAG komme aber im gegenständlichen Fall nicht zur Anwendung, weil der Sachverständige nicht auf Zahlung der Gebühr aus Amtsgeldern verzichtet habe, sodass die Bestimmung der Gebühr für Mühewaltung nach § 34 Abs 2 GebAG zu erfolgen habe.

Da Ing. N. N. Angestellter des Landes Tirol sei, müsse bei der Gebührenbestimmung nach § 34 Abs 2 GebAG von seinem Jahresbruttoeinkommen ausgegangen werden, wobei vom ermittelten Stundensatz ein Abzug von 20 % vorzunehmen sei.

Die Zustellung dieser Einwendungen an den Sachverständigen Ing. N. N. unterblieb, vielmehr bestimmte das Erstgericht mit dem angefochtenen Beschluss die Gebühr des Sachverständigen Ing. N. N. antragsgemäß mit € 421,- und wies die Buchhaltungsagentur des Bundes an, diesen Betrag je zur Hälfte aus den bei Gericht erliegenden Kostenvorschüssen an den Sachverständigen zu überweisen.

In der Begründung seiner Entscheidung führte das Erstgericht aus, dass dem Sachverständigen Ing. N. N. im Hinblick auf den kurzfristigen Widerruf der Ladung zur Tagsatzung am 5. 6. 2013, der erst am Nachmittag des 4. 6. 2013 erfolgt sei, die angesprochenen Gebühren zustünden. Die für Mühewaltung verzeichnete Gebühr sei zur Vorbereitung auf die mündliche Erörterung des schriftlichen Gutachtens unerlässlich gewesen, zumal der Sachverständige die fünf von der zweitbeklagten Partei angeführten Punkte habe beantworten müssen. Der dafür verzeichnete Stundensatz entspreche der für die Erstattung des schriftlichen Gutachtens verzeichneten Gebühr.

Entgegen der Ansicht der zweitbeklagten Partei sei die Bestimmung der Gebühr nach § 34 Abs 1 GebAG möglich, zumal ein ausreichender Kostenvorschuss vorgelegen habe, sodass eine Auszahlung der Gebühr aus Amtsgeldern keinesfalls erforderlich gewesen sei. Da kein Einbringlichkeitsrisiko bestanden habe, sei die Bestimmung der Gebühr nach § 34 Abs 1 GebAG auch ohne ausdrücklichen Verzicht auf die Zahlung aus Amtsgeldern möglich gewesen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige Rekurs der zweitbeklagten Partei mit dem Antrag auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung in der Weise, dass die Gebühr des Sachverständigen Ing. N. N. für die Vorbereitung der frustrierten Tagsatzung am 5. 6. 2013 lediglich mit € 132,- bestimmt und das Mehrbegehren abgewiesen werde.

Während sich die klagende Partei und der Erstbeklagte nicht am Rekursverfahren beteiligten, brachte der Sachverständige Ing. N. N. verspätet eine Rekursbeantwortung ein.

In ihrem Rekurs führt die zweitbeklagte Partei aus, dass der vom Sachverständigen verzeichnete Stundensatz von € 133,- überhöht sei, weil nach der Grundregel des § 34

Abs 1 GebAG die Gebühr für Mühewaltung nach richterlichem Ermessen nach der aufgewandten Zeit und Mühe und nach den Einkünften zu bestimmen sei, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge. Da der Sachverständige als Leiter der Prüfhalle Angestellter der TÜV-X.-GmbH sei, könne nur von außergerichtlichen Erwerbseinkünften in Höhe von € 50,- pro Stunde ausgegangen werden, sodass sich unter Berücksichtigung eines Abschlags von 20 % gemäß § 34 Abs 2 GebAG ein Stundensatz von € 40,- ergebe.

Die zweitbeklagte Partei macht weiters geltend, dass nicht einsichtig sei, weshalb dem Sachverständigen Post- und Telefonspesen für die Vorbereitung der Tagsatzung entstanden seien, sodass ihm das hierfür begehrte Pauschale nicht zuzusprechen sei.

Vorzustellen ist, dass das OLG Innsbruck mit Beschluss vom 28. 8. 2013, 5 R 40/13s, den Gebührenbestimmungsbeschluss des Erstgerichts, mit dem das LG Innsbruck die Gebühren des Sachverständigen Ing. N. N. für sein schriftliches Gutachten vom 28. 8. 2012 mit € 4.363,- bestimmte, bestätigte, sodass diese Gebührenbestimmung in Rechtskraft erwuchs.

Zum Rekurs der zweitbeklagten Partei ist im Übrigen Nachstehendes auszuführen:

Ergänzt der Sachverständige das schriftlich erstattete Gutachten in der Verhandlung oder gibt er darüber wesentliche Aufklärungen oder Erläuterungen, so hat er gemäß § 35 Abs 2 GebAG Anspruch auf eine weitere Gebühr für Mühewaltung, die in einem je nach der aufgewandten Zeit und Mühe entsprechend niedrigeren Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist.

Unter Grundleistung ist die Gebühr für die Mühewaltung für das schriftliche Gutachten zu verstehen. Für die Gebühr nach § 35 Abs 2 GebAG ist auch bei einem Sachverständigen, dessen Mühewaltung nach Stundensätzen honoriert wird, nicht nur der Zeitfaktor, der auch die Vorbereitung der mündlichen Ergänzung oder Erörterung des Gutachtens erfasst, sondern auch die Intensität der Mühewaltung maßgeblich.

Aus § 35 Abs 2 GebAG kann eine Minderung des anzuwendenden Stundensatzes nicht abgeleitet werden, sodass Rechnungsgrundlage nicht der Stundensatz, sondern die dem Sachverständigen zustehende Mühewaltungsgebühr für das erläuterte schriftliche Gutachten ist (*Dokalik/Weber*, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher<sup>2</sup>, § 35 GebAG Rz 4; *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, § 35 GebAG E 34, 36, 37, 50, Anm zu §§ 38 bis 40). Die Honorierung der mit einer Gutachtensergänzung verbundenen Mühewaltung erfolgt daher aufgrund der Sondernorm des § 35 Abs 2 GebAG weder nach einem gemäß § 34 Abs 1 GebAG noch nach einem gemäß § 34 Abs 2 GebAG ermittelten Stundensatz.

Die Bestimmung des § 35 Abs 2 GebAG findet ihre Rechtfertigung darin, dass der Aufwand einer Ergänzung oder Erläuterung eines bereits erstatteten Gutachtens regelmäßig geringer ist als für das Gutachten selbst. Der Sachverständige kann auf Vorarbeiten zurückgreifen, die er für die Erstattung des schriftlichen Gutachtens geleistet hat, sodass die Gebühren für die Gutachtensergänzung oder -erörterung die Gebühren für das Gutachten selbst nicht übersteigen dürfen (*Dokalik/Weber*, aaO, § 35 GebAG Rz 8; *Krammer/Schmidt*, aaO, § 35 GebAG E 34, 37, 50).

Nach der Rechtsprechung gebühren bei kurzen Erläuterungen des Gutachtens ein Drittel und bei ausführlichen Ergänzungen bis zu zwei Drittel der Gebühr für die Grundleistung. Im Schnitt liegt der Prozentsatz für die Ergänzung oder Erörterung des schriftlichen Gutachtens bei einem Drittel bis knapp 40 % der Grundleistung (*Dokalik/Weber*, aaO, § 35 GebAG Rz 5; *Krammer/Schmidt*, aaO, § 35 GebAG E 41, 42).

Da sich aus dem Wortlaut des § 35 Abs 2 GebAG jedoch lediglich ergibt, dass die mündliche Gutachtensergänzung im Regelfall niedriger als das erörterte schriftliche Gutachten zu honorieren ist, vertritt das Höchstgericht in jüngerer Judikatur die Auffassung, dass ein niedrigerer Gebührensatz für die Gutachtensergänzung nicht zwingend ist, weil § 35 Abs 2 GebAG nur Ausdruck jenes Grundsatzes sei, dass sich die Gebühr für die Ergänzung und Erörterung des Gutachtens in einem angemessenen Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung halten müsse (*Krammer/Schmidt*, aaO, § 35 GebAG E 37). Der Inhalt und die Schwierigkeit der Gutachtensergänzung kann daher ausnahmsweise eine Mühewaltungsgebühr in Höhe der Hauptleistung rechtfertigen, wenn dies nach der besonderen Lage des Falles geboten erscheint (RIS-Justiz RS0110395 [T3]).

Die Zeit der Vorbereitung der Gutachtensergänzung ist mit der Mühewaltungsgebühr zu entlohnen, wenn sie sich nicht nur auf das Studium des Aktes und des eigenen Gutachtens beschränkt, sondern die Beantwortung übermittelter Fragen vorzubereiten ist (*Dokalik/Weber*, aaO, § 35 GebAG Rz 7).

Gemäß § 25 Abs 3 GebAG hat der Sachverständige, dessen Tätigkeit ohne sein Verschulden unvollendet blieb, einen Anspruch auf die seiner unvollendeten Tätigkeit entsprechende Gebühr. Bleibt die dem Sachverständigen aufgetragene Tätigkeit, wie im vorliegenden Fall, infolge Widerrufs des Auftrags unvollendet, verbleibt ihm ein Anspruch auf Mühewaltungsgebühr für die Vorbereitungsarbeiten (*Dokalik/Weber*, aaO, § 25 GebAG Rz 35).

Durch die GebAG-Novelle 1994, BGBl 1994/623, wurde das Gebührenbestimmungsverfahren im Hinblick auf rechtsstaatliche Überlegungen iSd Art 6 EMRK – vor allem bezüglich des rechtlichen Gehörs – neu gestaltet (ErIRV 1554 BlgNR 18. GP, 8), indem die verfahrensrechtliche Stellung der unmittelbar oder mittelbar durch den Kostenfaktor Sachverständigengebühren Betroffenen verstärkt und das bisherige Bestimmungsverfahren zu einem umfassenden

erstinstanzlichen Ermittlungsverfahren mit Antrags- und Äußerungsrechten der wirtschaftlich Beteiligten umgewandelt wurde, das nunmehr ein vollständiges Zwischenverfahren über den als eigenen Rechtsschutzanspruch aufzufassenden Honoraranspruch des Sachverständigen darstellt. Dieses Verfahren ist – unabhängig von den sonstigen im Hauptverfahren geltenden Verfahrensvorschriften – weitgehend einem eigenen Zivilprozess nachgebildet, in dem sowohl der Honoraranspruch des Sachverständigen als auch alle Einwendungen der Parteien und sonst wirtschaftlich Beteiligten vollständig vorgebracht und alle Beweise und Bescheinigungen aufgenommen werden (*Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, § 38 GebAG Anm 2; 9 Ob 67/03y). § 39 Abs 1 Satz 3 GebAG normiert, dass das Gericht amtswegig oder aus Anlass der Gebühreneinwendungen einer Partei im Sinne des § 39 Abs 1a GebAG vor der Gebührenbestimmung den Sachverständigen auffordern kann, sich über unklare Umstände, die für die Gebührenbestimmung bedeutsam sind, zu äußern und noch fehlende Bestätigungen über seine Kosten vorzulegen.

Obwohl dieses Verbesserungsverfahren im Gesetz als „Kann-Bestimmung“ formuliert ist, ist es nach gefestigter höchstgerichtlicher Judikatur in verfassungskonformer Interpretation als „Muss“ zu verstehen, also zwingend einzuhalten, um das rechtliche Gehör des Sachverständigen zu sichern (OLG Innsbruck 25 Rs 7/12h; OGH 14 Os 21/05b; RIS-Justiz RS0117521). Diese Interpretation ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass auch im Rekursverfahren in Gebührenbestimmungssachen das Neuerungsverbot gilt, das

den vom Gebührenanspruch tangierten Verfahrensbeteiligten aber nur dann zum Nachteil gereichen kann, wenn sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren Gehör gefunden haben.

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall war aus Anlass des Rekurses der zweitbeklagten Partei der angefochtene Beschluss wegen Nichtigkeit gemäß § 514 Abs 2 iVm § 477 Abs 1 Z 4 ZPO aufzuheben, weil eine Zustellung der Äußerungen der erst- und zweitbeklagten Partei zur Gebührennote vom 5. 6. 2013 an den Sachverständigen Ing. N. N. unterblieb. Das Erstgericht hat im fortgesetzten Verfahren diese Äußerungen dem Sachverständigen unter Fristsetzung zu übermitteln, um dessen rechtliches Gehör zu wahren.

Zugleich ist der Sachverständige aufzufordern, den von ihm in seiner verspäteten Rekursbeantwortung behaupteten Verzicht auf Zahlung der gesamten Gebühr aus Amtsgeldern, der dem Akt nicht entnommen werden kann, aufzuklären.

Da der Rekurs der zweitbeklagten Partei dem Sachverständigen Ing. N. N. am 22. 7. 2013 zugestellt wurde, war seine am 7. 8. 2013 bei Gericht überreichte Rekursbeantwortung verspätet und demgemäß zurückzuweisen.

Ein Kostenspruch entfiel, weil die Rekurswerberin und der Sachverständige – gemäß § 41 Abs 3 letzter Satz GebAG zutreffend – keine Kosten verzeichneten.

Der Ausschluss eines weiteren Rechtszugs an den OGH ergibt sich aus § 528 Abs 2 Z 5 ZPO.