

Ablehnung eines Sachverständigen und Anfechtung der Entscheidung darüber (§ 355 Abs 1, § 366 Abs 1 und § 515 ZPO) – Zeitaufwand für Mühewaltung (§ 34 GebAG) – Rahmengebühren und 20%iger Abschlag (§ 34 Abs 2 und 3 GebAG) – schlüssiger Verzicht auf Auszahlung aus Amtsgeldern (§ 34 Abs 1 und 2 GebAG)

1. Gemäß § 366 Abs 1 ZPO findet gegen einen Beschluss, mit dem die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wird, ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt. Im Falle eines solchen aufgeschobenen Rekurses kann die Partei ihre „Beschwerde“ gegen den Beschluss gemäß § 515 ZPO mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung eingebrachten Rechtsmittel zur Geltung bringen. Das Rechtsmittel bleibt in jedem Fall ein Rekurs. „Nächstfolgend“ ist auch eine anfechtbare Entscheidung, die zeitlich gleich mit dem nicht abgesondert anfechtbaren Beschluss ergeht. Als nächstfolgende Entscheidung kann auch eine solche über die Bestimmung von Sachverständigengebühren angesehen werden.
2. Wird dem Ablehnungsantrag stattgegeben und der Sachverständige wegen Befangenheit enthoben, dann darf das schon erstattete Gutachten im Verfahren keine Berücksichtigung finden.
3. Die Gründe für die Ablehnung eines Sachverständigen sind – neben den Ausschließungsgründen des § 20 JN – Umstände, die es nach objektiver Prüfung und Beurteilung rechtfertigen, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Dabei genügt schon die Besorgnis, dass bei der Begutachtung andere als rein sachliche Motive eine Rolle spielen könnten. Das Wesen der Befangenheit besteht in der Hemmung einer unparteiischen Entscheidung durch unsachliche psychologische Motive. Ein zureichender Grund, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen, liegt in jeder Tatsache, die bei verständiger Würdigung ein auch nur subjektives Misstrauen der Partei in seine Unparteilichkeit rechtfertigen kann. Kein Ablehnungsgrund sind nach der Rechtsprechung Bedenken gegen die persönliche Eignung des Sachverständigen und gegen die Qualität des Gutachtens oder die Behauptung mangelnder Sachkenntnis oder überhaupt eine unrichtige Begutachtung. Die Kompetenz des

Sachverständigen und die Qualität des Gutachtens hat der Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen.

- 4. Ein in einem Rekurs enthaltener Verweis auf einen anderen Schriftsatz, beispielsweise einen Antrag im Verfahren erster Instanz, ist unbeachtlich.**
- 5. Die Angaben des Sachverständigen über den Zeitaufwand sind grundsätzlich als wahr anzunehmen sind, solange nicht das Gegenteil bewiesen ist. Gebühr für Mühewaltung steht für jede, wenn auch nur begonnene Stunde zu.**
- 6. Bei Bemessung der Gebühr nach den Gebührenrahmen des § 34 Abs 3 GebAG ist auch in den in Abs 2 genannten Fällen kein Abschlag von 20 % vorzunehmen. Bei einer Bemessung nach § 34 Abs 3 GebAG reicht eine lediglich einstufige Bemessung aus, um die von Abs 2 geschützten öffentlichen Interessen adäquat zu berücksichtigen.**
- 7. Die Rechtsprechung anerkennt die Möglichkeit eines schlüssigen Verzichts auf die Auszahlung aus Amtsgeldern. Ein solcher ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein ausreichender Kostenvorschuss erliegt, der Sachverständige seine Gebühr für Mühewaltung nach § 34 Abs 1 GebAG verzeichnet und seiner Gebührennote einen im außergerichtlichen Erwerbsleben bezogenen Stundensatz zugrunde legt. Wenn der Sachverständige konkludent auf die Auszahlung aus Amtsgeldern verzichtet hat, dann liegt gar kein Fall des § 34 Abs 2 GebAG vor.**

OLG Wien vom 27. September 2019, 3 R 47/19g

Die Klägerin begehrt die Zahlung von € 35.403,12 sA und die Feststellung der Haftung der Beklagten für Spät- und/oder Dauerfolgen aus der „streitgegenständlichen Zahnbehandlung“. Die Leistungserbringung durch die Beklagte sei so mangelhaft gewesen, dass die Klägerin die gesamten Behandlungskosten von € 22.973,12 zurückfordere. Außerdem begehre sie ein Schmerzensgeld von € 12.430,-.

Die Beklagte bestreitet und beantragt die Klageabweisung. Die Zahnbehandlung sei *lege artis* erfolgt, die Klägerin sei vollständig aufgeklärt worden.

Der Nebenintervenient bestreitet, beantragt die Klageabweisung und schließt sich im Wesentlichen dem Vorbringen der Beklagten an.

Mit Beschluss vom 12. 11. 2018 bestellte das Erstgericht DDr. N. N. zum Sachverständigen und erteilte einen detaillierten Gutachtensauftrag, wobei es dem Sachverständigen auftrag, auf dem im Beweissicherungsverfahren bereits aufgenommenen Befund aufzubauen.

In seiner Gebührennote verzeichnete der Sachverständige unter anderem ohne nähere Aufschlüsselung € 1.900,- netto an „Gebühr für Mühewaltung (§ 34 Abs 1)“. Die Gebührennote enthält keinen expliziten Verzicht auf die Auszahlung aus Amtsgeldern. Die Zustellung des schriftlichen

Gutachtens und der Gebührennote an die Beklagte erfolgte am 31. 12. 2018. Innerhalb der gesetzten 14-tägigen Äußerungsfrist stellte die Beklagte einen Fristerstreckungsantrag, den das Erstgericht antragsgemäß bewilligte.

Mit innerhalb der erstreckten Frist eingebrachtem Schriftsatz lehnte die Beklagte den Sachverständigen wegen Befangenheit ab. Er habe im Gutachten Tatsachenfeststellungen getroffen und damit seine Kompetenz überschritten; außerdem habe er den Gutachtensauftrag überschritten, indem er Recherchen zur Übereinstimmung der von der Beklagten angebotenen Leistungen mit den Richtlinien der Österreichischen Ärzte- und Zahnärztekammer und zur Zulassung der Beklagten als Heilanstalt in Österreich angestellt habe. Der Sachverständige habe sich im Rahmen des Gutachtens mehrfach unsachlich und diffamierend gegenüber der Beklagten geäußert, er habe ihr medizinisches standeswidriges und unethisches Verhalten unterstellt.

Die Klägerin stellte in der ihr eingeräumten Äußerung detailliert dar, warum aus ihrer Sicht die behaupteten Ablehnungsgründe nicht vorliegen.

Der Sachverständige erachtete sich in seiner Äußerung als nicht befangen.

Mit Schreiben vom 25. 3. 2019 teilte der Sachverständige DDr. N. N. mit, dass er den Gutachtensauftrag aus gesundheitlichen Gründen zurücklegen müsse.

Außerdem erhob die Beklagte innerhalb der vom Gericht erstreckten Frist Einwendungen gegen die Gebührennote. Sie wendete – soweit noch von Relevanz – ein, dass die vom Sachverständigen verzeichnete Gebühr für Mühewaltung nicht näher aufgeschlüsselt sei. Außerdem habe der Sachverständige den im GebAG vorgesehenen Abschlag von 20 % unberücksichtigt gelassen.

Der Sachverständige erwiderte, dass er „über neun Stunden“ Zeitaufwand für die Erstellung des Gutachtens gehabt habe und sich bei einem Stundensatz von € 220,- mehr als die verzeichneten € 1.900,- ergeben würden. Ein Abschlag von 20 % sei nicht vorzunehmen, weil keine der Parteien Verfahrenshilfe beantragt habe.

Über Aufforderung durch das Erstgericht teilte der Sachverständige mit, dass eine Entschädigung für zwei Stunden Mühewaltung deswegen in der Gebührennote enthalten sei, weil die zweimalige Befunderhebung noch nicht honoriert worden sei. Er verzeichne nur noch € 1.480,- netto für Mühewaltung.

Der Beklagte replizierte, dass auch die korrigierte Gebührennote „insbesondere auch der Höhe nach zu verzeichneten Gebühr für Mühewaltung“ nach § 34 GebAG weiterhin bestritten werde.

Mit dem in seinen Punkten 2. und 4. (teilweise) angefochtenen Beschluss verwarf das Erstgericht den Ablehnungsantrag der Beklagten gegen den Sachverständigen DDr. N. N., entthob diesen Sachverständigen aber über eigenes Ersuchen von seinem Amt und bestimmte dessen Gebühren mit € 1.634,-. In rechtlicher Hinsicht führte das Erst-

gericht aus, dass der Sachverständige keinen unzulässigen Eingriff in die Beweiswürdigung vorgenommen habe. Das Vorgehen des Sachverständigen (Nachlesen auf der Homepage der Beklagten; Erhebungen bei der Österreichischen Zahnärztekammer) begründe weder eine Befangenheit noch stelle es ein unsachliches und tendenziöses Handeln des Sachverständigen dar. Zwar seien dessen Ausführungen teilweise hart und polemisierend, allerdings erreiche sein Verhalten keinen Grad, aus dem auch nur der Anschein der Befangenheit abzuleiten wäre. Zum Gebührenanspruch des Sachverständigen führte das Erstgericht aus, dass die Gebühr für Mühewaltung nach § 34 Abs 3 GebAG zu bestimmen gewesen sei, weil der Sachverständige die Höhe seiner außergerichtlichen Einkünfte nicht hinreichend bescheinigt habe. Nach § 34 Abs 3 Z 3 GebAG sei ein Stundensatz von € 150,- netto angemessen; ein Abschlag von 20 % sei nicht vorzunehmen, weil es sich um kein Verfahren im Sinne des § 34 Abs 2 GebAG handle. Vom behaupteten Stundenaufwand von 10 angefallenen Stunden seien zwei Stunden für die im Beweissicherungsverfahren erfolgte Befundaufnahme abzuziehen. An Mühewaltungsgebühr stünden daher € 1.200,- netto (für 8 begonnene Stunden à € 150,-) zu.

Mit dem Rekurs gegen die Bestimmung der Sachverständigengebühren strebt die Beklagte deren Reduktion um € 432,- brutto an; mit dem Rekurs gegen die Verwerfung ihres Ablehnungsantrags strebt die Beklagte die Enthebung des Sachverständigen DDr. N. N. auch wegen Befangenheit an.

Rekursbeantwortungen wurden nicht erstattet.

I. Rekurs gegen die Verwerfung des Ablehnungsantrags

Dieser Rekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Gemäß § 366 Abs 1 ZPO findet gegen einen Beschluss, mit dem die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wird, ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt. Im Falle eines solchen aufgeschobenen Rekurses kann die Partei ihre „Beschwerde“ gegen den Beschluss gemäß § 515 ZPO mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung eingebrachten Rechtsmittel zur Geltung bringen. Das Rechtsmittel bleibt in jedem Fall ein Rekurs (RIS-Justiz RS0108617). „Nächstfolgend“ ist auch eine anfechtbare Entscheidung, die zeitlich gleich mit dem nicht abgesondert anfechtbaren Beschluss ergeht (3 Ob 157/02p). Als nächstfolgende Entscheidung kann auch eine solche über die Bestimmung von Sachverständigengebühren angesehen werden (9 Ob 27/18p; 5 Ob 152/68, RZ 1969, 52; anderer Ansicht offenbar 6 Ob 35/13k). Der Rekurs der Beklagten ist damit zulässig.

2. Dem Rekurs der Beklagten fehlt es auch nicht an der Beschwer. Zwar hat das Erstgericht den Sachverständigen im angefochtenen Beschluss über dessen Wunsch seines Amtes ohnehin enthoben, allerdings hätte die Enthebung des Sachverständigen auch wegen Befangenheit für die Beklagte den Vorteil, dass das schon erstattete Gutachten des Sachverständigen in diesem Fall keine Berücksichti-

gung finden dürfte (RIS-Justiz RS0040667). Die Beschwerde der Rekurswerberin ist damit zu bejahen.

3. Der Rekurs ist aber aus folgenden Erwägungen inhaltlich nicht berechtigt:

3.1. Gemäß § 355 Abs 1 ZPO können Sachverständige aus denselben Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Die Ablehnungserklärung ist bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens mittels Schriftsatzes oder mündlich anzubringen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte (§ 355 Abs 2 ZPO).

3.2. Die Gründe für die Ablehnung eines Sachverständigen sind – neben den hier nicht in Betracht kommenden Ausschließungsgründen des § 20 JN – Umstände, die es nach objektiver Prüfung und Beurteilung rechtfertigen, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Dabei genügt schon die Besorgnis, dass bei der Begutachtung andere als rein sachliche Motive eine Rolle spielen könnten. Das Wesen der Befangenheit besteht in der Hemmung einer unparteiischen Entscheidung durch unsachliche psychologische Motive (vgl. *Mayr in Rechberger/Klicka, ZPO*⁵, § 19 JN Rz 4 mwN). Ein zureichender Grund, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen, liegt in jeder Tatsache, die bei verständiger Würdigung ein auch nur subjektives Misstrauen der Partei in seine Unparteilichkeit rechtfertigen kann (*Schneider in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1*³, §§ 355, 356 ZPO Rz 7 mwN). Kein Ablehnungsgrund sind nach der Rechtsprechung Bedenken gegen die persönliche Eignung des Sachverständigen und gegen die Qualität des Gutachtens oder die Behauptung mangelnder Sachkenntnis oder überhaupt eine unrichtige Begutachtung. Die Kompetenz des Sachverständigen und die Qualität des Gutachtens hat der Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen (*Schneider, aaO, Rz 9 mwN*).

3.3. Ausgehend von diesen Grundsätzen erachtet das Rekursgericht die Ausführungen des Erstgerichts für überzeugend, die Rechtsmittelausführungen hingegen für nicht stichhaltig (§ 500a und § 526 Abs 3 ZPO). Kurz ist der Rekurswerberin zu erwidern:

3.3.1. Der im Rekurs enthaltene Verweis auf ihren Antrag vom 11. 2. 2019 ist unbeachtlich (RIS-Justiz RS0007029, insbesondere [T11]).

3.3.2. Die vom Gutachtensauftrag nicht umfassten Erhebungen bei der Zahnärztekammer (Nachfrage betreffend die Krankenanstaltenrechtliche Bewilligung der Beklagten in Österreich) begründen auch bei Anlegung eines gebotenen strengen Maßstabs keine Befangenheit des Sachverständigen. Durch die Frage des Nebenintervenienten nach dem Kenntnisstand des Sachverständigen über die Behandlungsform „Drei-Termine-Therapie/TT3“, deren Beantwortung dem Sachverständigen durch das Erstgericht aufgetragen wurde, lag es auf der Hand, dass der

Sachverständige Recherchen über diese Behandlungsform – etwa auf der Homepage der Beklagten – anstellen wird müssen. Zutreffend verwies bereits das Erstgericht darauf, dass die Nachfrage des Sachverständigen bei der Zahnärztekammer aufgrund der von ihm vorgefundenen Hinweise auf einen Bezug der Beklagten zum österreichischen Markt nicht abwegig war. Die vom Sachverständigen gewählten Formulierungen sind zwar teilweise überspitzt („soweit es der Verstand erlaubt“; „Heilungsversprechen ... standeswidrig und unethisch“), legen aber insgesamt keine unsachlichen psychologischen Motive des Sachverständigen offen, die eine Befangenheit begründen könnten. Das kritische Hinterfragen der von der Beklagten auf ihrer Homepage gemachten Aussagen stellt keinen persönlichen Angriff auf die Beklagte dar, sondern hält sich noch im Rahmen des Gutachtensauftrags (Beantwortung der Frage 3 des Nebenintervenienten).

4. Das Erstgericht hat die Ablehnung des Sachverständigen durch die Beklagte daher zu Recht verworfen.

Die Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rekurses gemäß § 40 ZPO selbst zu tragen.

Gemäß § 24 Abs 2 JN ist in Ablehnungssachen – dies gilt auch für die Ablehnung von Sachverständigen (RIS-Justiz RS0016522 [T9 und T13]) – ein weiterer Rekurs gegen die Entscheidung des übergeordneten Gerichts ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0098751).

II. Rekurs gegen die Bestimmung der Sachverständigengebühren

1. Die Rekurswerberin wendet sich einerseits gegen die vom Erstgericht angenommene Anzahl von acht (begonnen) Stunden Zeitaufwand, für die es dem Sachverständigen die Gebühr für Mühewaltung zuerkannte. Zwar trifft es zu, dass sich der vom Sachverständigen angegebene Zeitaufwand von „mehr als neun Stunden“ für Mühewaltung unter Berücksichtigung des vom Sachverständigen genannten Stundensatzes rechnerisch nicht mit dem verzeichneten Gesamtbetrag für Mühewaltung in Einklang bringen lässt, allerdings begründet dies im konkreten Einzelfall keine Bedenken gegen die Angaben des Sachverständigen zum Zeitaufwand. Die in der ursprünglichen Gebührennote verzeichnete Mühewaltungsgebühr entspricht nämlich weder (exakt) dem Acht- noch dem Neun- oder 10-Fachen des angegebenen Stundensatzes, sondern stellt offenbar eine Pauschalsumme dar, die keine Rückschlüsse auf den genauen Zeitaufwand erlaubt. Gleiches gilt für die korrigierte Gebührennote. In Anbetracht des Umfangs der Fragestellungen ist der angegebene Zeitaufwand von „mehr als neun Stunden“ nicht besonders hoch, sodass die Angaben des Sachverständigen über den Zeitaufwand grundsätzlich als wahr anzunehmen sind, solange – wie hier – nicht das Gegenteil bewiesen ist (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG⁴, § 34 GebAG E 185 ff). Ausgehend davon ist das Erstgericht – nach Abzug der zwei nicht zu honorierenden Stunden für die Befundaufnahme im Beweissicherungsverfahren – zutreffend von einer zu honorierenden Anzahl von

acht Stunden ausgegangen. Dass für jede, wenn auch nur begonnene Stunde Gebühr für Mühewaltung zusteht (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, E 202; arg § 34 Abs 3 GebAG: „für jede, wenn auch nur begonnene Stunde“), zieht die Rekurswerberin zutreffend nicht in Zweifel.

2. Andererseits meint die Rekurswerberin, dass das Erstgericht vom gemäß § 34 Abs 3 Z 3 GebAG ausgemittelten Stundensatz einen Abschlag von 20 % gemäß § 34 Abs 2 GebAG vorzunehmen gehabt hätte. Auch dieses Argument vermag nicht zu überzeugen.

2.1. Ob bei nach den Rahmensätzen des § 34 Abs 3 GebAG ermittelten Einkünften im Anwendungsbereich des § 34 Abs 2 GebAG ein weiterer Abzug von 20 % vorzunehmen ist oder nicht, wird in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet (dafür OLG Wien 18 Bs 387/13p, SV 2014, 36; *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, E 173; dagegen OLG Graz 3 R 164/12f, SV 2013, 100; *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO E 172 und Anm 14; *Dokalik/Weber*, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher⁴, § 34 GebAG Rz 14 [den Ausführungen in Rz 2 könnte jedoch eine andere Ansicht entnommen werden]). Das Rekursgericht schließt sich der Ansicht an, dass bei Bemessung der Gebühr nach den Gebührenrahmen des § 34 Abs 3 GebAG auch in den in Abs 2 leg cit genannten Fällen kein Abschlag von 20 % vorzunehmen ist. Dies lässt sich damit begründen, dass die Gebührenrahmen des Abs 3 oft ohnedies am unteren Ende des in der Privatwirtschaft erzielbaren Einkommens liegen und ein weiterer Abschlag von 20 % hier zu unbilligen Ergebnissen führen würde (vgl *Dokalik/Weber*, aaO). Überzeugend gehen *Krammer/Schmidt/Guggenbichler* (aaO, Anm 14) davon aus, dass bei einer Bemessung nach § 34 Abs 3 GebAG eine lediglich einstufige Bemessung ausreicht, um die von Abs 2 leg cit geschützten öffentlichen Interessen adäquat zu berücksichtigen. Auch die Gesetzmateriale legen nahe, dass bei Anwendung des Abs 3 – also im Falle, dass der Sachverständige am Nachweis außergerichtlicher Einkünfte in der von ihm behaupteten Höhe scheitert und auch keine gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung existiert – kein weiterer Abschlag von 20 % im Sinne des Abs 2 erforderlich ist (ErlRV 303 BlgNR 23. GP, 49 f; vgl *Dokalik/Weber*, aaO).

2.2. Im konkreten Einzelfall kommt ein Abschlag von 20 % im Sinne des § 34 Abs 2 GebAG aber auch deswegen nicht infrage, weil der Sachverständige konkludent auf die Auszahlung aus Amtsgeldern verzichtet hat und damit gar kein Fall des § 34 Abs 2 GebAG vorliegt. Die Rechtsprechung anerkennt die Möglichkeit eines schlüssigen Verzichts auf die Auszahlung aus Amtsgeldern. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Sinn der Einführung des Verzichts auf die Auszahlung aus Amtsgeldern in § 34 Abs 2 GebAG nur darin liegt, den Bundesschatz zu schützen, wenn der Zahlungspflichtige nicht zahlt bzw zahlen kann (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, E 138 ff; OLG Wien, SV 2010, 155). Genau diese Gefahr einer Belastung des Bundesschatzes bestand im konkreten Fall wegen des in ausreichender Höhe erliegenden Kostenvorschusses nicht

(vgl. *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 37 GebAG E 53). Außerdem hat der Sachverständige seine Gebühr für Mühewaltung nach § 34 Abs 1 GebAG verzeichnet und seiner Gebührennote einen im außergerichtlichen Erwerbsleben bezogenen Stundensatz zugrunde gelegt, was gemäß Abs 2 leg cit an sich einen Verzicht auf die Auszahlung aus Amtsgeldern impliziert. Da überdies – wegen des erliegenden Kostenvorschusses – der Revisor nie in das Gebührenbestimmungsverfahren einbezogen wurde und der Sachverständige das Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 Abs 2 GebAG in seiner Stellungnahme ON 43

in Abrede stellte, ist insgesamt von einem konkludenten Verzicht des Sachverständigen auf die Auszahlung der Gebühr aus Amtsgeldern auszugehen (ebenso in einem vergleichbaren Fall OLG Innsbruck 5 R 24/15s, SV 2015, 222).

3. Dem Rekurs war damit nicht Folge zu geben.

Ein Kostenersatz findet gemäß § 41 Abs 3 GebAG nicht statt.

Ein Revisionsrekurs ist gemäß § 528 Abs 2 Z 5 ZPO jedenfalls unzulässig.