

Umfang des gerichtlichen Auftrags (§ 25 Abs 1 GebAG) – Gebühr für Aktenstudium und Vorbereitung auf die Verhandlung (§§ 34 und 36 GebAG) – Teilnahme an der Verhandlung und mündliche Gutachtenserstattung (§§ 34 und 35 GebAG) – Zeitaufwand und Bescheinigung des Stundensatzes (§ 39 Abs 1 GebAG)

1. Die Voraussetzungen für den Gebührenanspruch sind gegeben, wenn das Gutachten in Befolgung des gerichtlichen Auftrags erstattet wurde. Umfang und Inhalt der Untersuchungen des Sachverständigen und der von ihm zu beantwortenden Fragen müssen durch die Formulierung des gerichtlichen Auftrags gedeckt sein. Da Art und Umfang der Gebühr nach dem gerichtlichen Auftrag zu beurteilen sind, hat das Gericht den Zweck der Untersuchung möglichst genau anzugeben und – soweit sein Fachwissen reicht – auch die Art und den Umfang der vom Sachverständigen erwarteten Leistung.
2. Mit der in § 36 GebAG geregelten Gebühr für Aktenstudium wird nur die für das Lesen des Gerichtsaktes aufgewendete Mühe abgegolten, die dem Sachverständigen eine erste Information über den Rechtsstreit, die Standpunkte der Parteien und den bisherigen Gang des Verfahrens, also über die äußeren Rahmenbedingungen, unter denen die Gutachterarbeit zu verrichten sein wird, verschafft. Vorbereitungsarbeiten für das Gutachten werden hingegen nicht durch diesen Gebührenansatz erfasst, sondern gehören zur Gebühr für Mühewaltung. Jede ordnende, stoffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende Tätigkeit des Sachverständigen ist mit der Gebühr für Mühewaltung abzugelten. Dazu zählt auch das Studium einschlägiger Fachliteratur, von ÖNORMEN oder Gesetzen, aber auch die Analyse des Sachverhalts sowie generell jede über das reine Aktenstudium hinausgehende Vorbereitungstätigkeit. Auch die Durcharbeit umfangreicher schriftlicher Unterlagen ist eine ordnende, stoffsammelnde Tätigkeit, die nicht dem Aktenstudium zuzuordnen ist, auch wenn es sich um Aktenbeilagen handelt.
3. Mit der Teilnahmegebühr gemäß § 35 Abs 1 GebAG wird die bloße Anwesenheit des Sachverständigen bei einer gerichtlichen Verhandlung oder einem gerichtlichen Augenschein abgegolten, soweit der Sachverständige dort keine der Befundaufnahme oder der Gutachtenserstattung zuzuordnende Tätigkeit entfaltet und deshalb Anspruch auf Gebühr für Mühewaltung hat. Die Gebühr gemäß § 35 Abs 2 GebAG deckt die Erörterung und Ergänzung eines bereits vom Sachverständigen erstatteten Gutachtens ab.
4. Wenn der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung wesentliche Aufklärungen und Erläuterungen über die bevorstehende Befundaufnahme gibt, begründet, warum er auf einem Privatgutachten nicht aufbauen könne, und die Rechtssache vom Erstgericht gemeinsam mit dem Sachverständigen in allen rechtlichen und beweistechnischen Aspekten durchgesprochen wird, dann sind diese Leistungen keinem der in § 35 GebAG geregelten Fälle zuzuordnen. Diese – mit einer mündlichen Gutachtenserstattung vergleichbaren – Leistungen sind mit der Gebühr für Mühewaltung gemäß § 34 Abs 1 GebAG abzugelten.
5. Die Angaben eines gerichtlich beeideten Sachverständigen über den Zeitaufwand sind grundsätzlich für wahr zu halten. Das Gericht hat keine Angemessenheitsprüfung vorzunehmen.
6. Der Sachverständige muss seinen Stundensatz nicht bereits in der Gebührennote bescheinigen. Vielmehr sieht § 39 Abs 1 GebAG vor, dass das Gericht vor der Gebührenbestimmung den Sachverständigen auffordern kann, sich über Umstände, die für die Gebührenbestimmung bedeutsam sind,

zu äußern und unter Setzung einer bestimmten Frist noch fehlende Bestätigungen über seine Kosten vorzulegen. Die Bescheinigung des Stundensatzes in einer Äußerung zu Einwendungen gegen die Gebührennote ist daher rechtzeitig.

OLG Wien vom 8. September 2020, 3 R 42/20

Der Beklagte war Masseverwalter im mittlerweile rechtskräftig beendeten Insolvenzverfahren über das Vermögen der X. Y. GmbH.

Die Klägerin beehrte mit Klage vom 25. 6. 2019 die Feststellung einer Insolvenzforderung von € 15.911,68.

Sie brachte zusammengefasst vor, die Schuldnerin mit näher bezeichneten Bauarbeiten auf ihrer privaten Liegenschaft beauftragt zu haben. Die Schuldnerin habe die Leistungen nicht fertiggestellt, die erbrachten Leistungen seien mangelhaft, unbrauchbar und neuerlich durchzuführen. Zu den einzelnen behaupteten Mängeln erstattete die Klägerin umfangreiches Vorbringen. Für die Fertigstellung und Mängelbehebung sei der klagsgegenständliche Betrag erforderlich. Die Klägerin beantragte die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Baufach.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren und wendete zusammengefasst ein, für die von der Schuldnerin erbrachten Leistungen stehe dieser ein Honorar von € 16.259,26 zu, das die Klägerin nicht beglichen habe. Die behaupteten Mängel lägen nicht vor. Die von der Klägerin geltend gemachten Kosten hätte diese für die Fertigstellung des Bauvorhabens ohnehin aufzuwenden.

Mit Beschluss vom 2. 9. 2019 trug das Erstgericht der Klägerin den Erlag eines Kostenvorschusses von € 3.500,- zur Deckung der voraussichtlichen Sachverständigengebühren auf. Die Klägerin kam diesem Auftrag nach.

Mit Beschluss vom 10. 10. 2019 bestellte das Erstgericht N. N. zum Sachverständigen und erteilte ihm den Auftrag, nach Aktenstudium Befund und Gutachten über allfällige Mängel bei der Errichtung eines Fundaments für ein Gartengerätehaus und der Sanierung des Belags bei einer Dachterrasse an der Adresse der Klägerin zu erstatten. Der endgültige Gutachtensauftrag werde in der mündlichen Verhandlung fixiert werden. Zunächst werde der Sachverständige gebeten, an dieser teilzunehmen. Der Gutachtensauftrag beschränke sich derzeit auf die Teilnahme an dieser mündlichen Streitverhandlung (wegen § 25 GebAG). Von einer allfälligen Befundaufnahme möge der Sachverständige die Parteien und ihre Vertreter rechtzeitig verständigen. Gleichzeitig beraumte das Erstgericht für den 28. 1. 2020 eine mündliche Verhandlung an und übermittelte den Akt dem Sachverständigen.

Mit Schriftsatz vom 15. 10. 2019 brachte die Klägerin vor, dass die Sanierung der Dachterrasse zwischenzeitlich abgeschlossen sei und der von ihr beauftragte Sachverständige eine umfangreiche Fotodokumentation angefertigt habe. Weiters habe das ausführende Unternehmen die Fertigstellungs- und Sanierungsarbeiten umfassend dokumentiert. Die entsprechenden Fotodokumentationen wer-

de sie noch vor der nächsten Verhandlung vorlegen. Die Gartenhütte befinde sich in unrepariertem und nicht fertiggestelltem Zustand. Sollte der vom Gericht beauftragte Sachverständige die Befundung derselben für notwendig erachten, ersuche sie das Gericht, ihm dies ehebaldigst aufzutragen.

Mit Schreiben vom 28. 10. 2019 retournierte der Sachverständige den Akt an das Gericht.

In der darauffolgenden mündlichen Verhandlung, an der der Sachverständige teilnahm, wurde die Rechtssache vom Erstgericht erörtert. Der Sachverständige erläuterte, was von ihm an Befund aufzunehmen sein werde und warum er auf dem vorliegenden Privatgutachten nicht aufsetzen könne. Er führte aus, dass er eine komplett neue Befundaufnahme durchführen müsse, und erläuterte die technischen Aspekte des Falles.

Die Parteien vereinbarten in der Folge Ruhen des Verfahrens.

Der Sachverständige verzeichnete mit Gebührennote vom 3. 2. 2020 fristgerecht Gebühren von € 3.500,-.

Die Klägerin erhob Einwendungen gegen die Gebührennote, die sie damit begründete, der Auftrag an den Sachverständigen habe sich auf die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung beschränkt. Die vom Sachverständigen darüber hinausgehend verzeichneten Leistungen (Befundaufnahme, bautechnische Analyse der Unterlagen, Literaturstudium) seien daher nicht zu abzugelten. Dem Sachverständigen stehe lediglich eine Gebühr für Aktenstudium „im Ausmaß von zwei Stunden“ und eine Gebühr für die Teilnahme an der Verhandlung zu. Schließlich habe der Sachverständige den von ihm geltend gemachten Stundensatz nicht bescheinigt.

Der Sachverständige nahm zu den Einwendungen wie folgt Stellung:

Er sei auf Basis seiner Beauftragung zu einer detaillierten Analyse des Aktes verpflichtet gewesen, um in der mündlichen Verhandlung in fachlicher Hinsicht ausreichend vorbereitet teilnehmen zu können. Seine Tätigkeit habe sich nicht auf reines Aktenstudium beschränkt, sondern er habe die von der Klägerin eingeholten Privatgutachten detailliert analysieren müssen, um deren Inhalt fachlich vollständig nachvollziehen zu können. Es handle sich somit um eine der Mühewaltung zuzuordnende Tätigkeit. Noch kurz vor der mündlichen Verhandlung habe die Klägerin ihm weitere Unterlagen (eine Fotodokumentation zu den Sanierungsarbeiten) auf einem Datenstick übermittelt, die er ebenfalls technisch habe analysieren müssen, um sie in seine fachlichen Ausführungen in der Verhandlung einbeziehen zu können. Auch das Literaturstudium sei erforderlich gewesen, um den technischen Sachverhalt und die technischen Problemfelder des Rechtsstreits aufzubereiten. Auf diese Weise sei er in der Lage gewesen, die bautechnischen Sachverhalte in der Verhandlung gegenüber den Parteien und dem Gericht zu erörtern. Auch dafür stehe ihm eine Gebühr für Mühewaltung zu. Ohne

diese Vorbereitungsarbeiten wäre er nicht in der Lage gewesen, seine fachlichen Ausführungen in der Verhandlung und in den Privatgutachten der Klägerin in bautechnischer Hinsicht unter Berücksichtigung des vollständigen Akteninhalts ausführlich zu erörtern. Zur Bescheinigung des verzeichneten Stundensatzes legte der Sachverständige mehrere an private Auftraggeber gelegte Gebührennoten samt Kontoauszügen mit korrespondierenden Zahlungseingängen vor.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen mit € 3.500,—.

Zur Begründung führte es aus, den Sachverständigen telefonisch ersucht zu haben, sich besonders gut auf die Verhandlung vorzubereiten, weil es mit ihm und den Parteien den endgültigen Gutachtensauftrag erörtern habe wollen und eine ökonomische Lösung der Streitsache für zielführend erachtet habe. Der Satz, wonach sich der Gutachtensauftrag „derzeit auf die Teilnahme an der mündlichen Streitverhandlung beschränke“, sei nur wegen § 25 GebAG in den Beststellungsbeschluss aufgenommen worden, um dem Sachverständigen anzuzeigen, dass mit dem von der Klägerin erlegten Kostenvorschuss derzeit nur die kommende mündliche Streitverhandlung abgedeckt sei und er für das erst danach in Aussicht genommene Gutachten noch keine Kostenschätzung abgeben müsse. Der Sachverständige habe in der mündlichen Verhandlung umfassend dargelegt, welchen Befund er aufzunehmen haben werde und warum er auf dem vorliegenden Privatgutachten nicht aufsetzen könne. Er sei zu einer umfassenden Analyse des Aktes verpflichtet gewesen, um an der mündlichen Verhandlung in fachlicher Hinsicht ausreichend vorbereitet teilnehmen zu können. Seine Tätigkeit habe sich nicht auf bloßes Aktenstudium beschränkt, sondern er habe den technisch schwierigen und inhaltlich aufwendigen Sachverhalt detailliert analysieren und den Inhalt der Privatgutachten fachlich nachvollziehen müssen. Seine Leistungen stellten Mühewaltung dar. Hinzu komme noch, dass der Sachverständige auch die von der Klägerin erst wenige Tage vor der mündlichen Verhandlung übermittelten Unterlagen analysieren habe müssen. Auch die Mühewaltung für das Literaturstudium sei aus den vom Sachverständigen genannten Gründen erforderlich gewesen. Dem Sachverständigen stehe daher die Gebühr für Mühewaltung zu. Der von ihm angegebene Stundenaufwand sei ihm zu glauben. Auch für die Teilnahme an der Verhandlung mache der Sachverständige zu Recht eine Gebühr nach § 34 GebAG geltend, weil er in der mündlichen Verhandlung wesentliche Aufklärungen und Erläuterungen abgegeben habe.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass dem Sachverständigen lediglich eine Gebühr für Mühewaltung im Ausmaß von drei Stunden zu je € 150,— netto zugesprochen werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Sachverständige beantragt in seiner Rekursbeantwortung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Beklagte hat keine Rekursbeantwortung erstattet.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1. Den eingangs im Rekurs angekündigten Rekursgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens führt die Klägerin inhaltlich nicht aus.

2. In ihrer Rechtsrüge vertritt die Klägerin, wie schon im Verfahren erster Instanz, zusammengefasst die Rechtsansicht, der Auftrag an den Sachverständigen habe sich auf die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung beschränkt. Der Sachverständige habe keinen Auftrag zu darüber hinausgehenden Leistungen gehabt. Er habe nur Anspruch auf eine Gebühr für Aktenstudium „im Ausmaß von zwei Stunden“ gemäß § 36 GebAG und für die Teilnahme an der Verhandlung gemäß § 35 GebAG. Weiters bringt sie vor, der Sachverständige habe den von ihm verzeichneten Stundensatz im Gebührenantrag nicht bescheinigt. Die erst nach ihren Einwendungen erfolgte Bescheinigung sei verspätet. Die Mühewaltungsgebühr sei schließlich nicht nach § 34 Abs 1 GebAG, sondern § 34 Abs 2 GebAG zu bestimmen, weil der Sachverständige nicht auf die Auszahlung der Gebühren aus Amtsgeldern verzichtet habe.

3.1. Gemäß § 25 Abs 1 GebAG richtet sich der Anspruch auf die Gebühr nach dem dem Sachverständigen erteilten gerichtlichen Auftrag. Hat der Sachverständige Zweifel über den Umfang und Inhalt des gerichtlichen Auftrags, so hat er die Weisung des Gerichts einzuholen. Die Anspruchsvoraussetzungen sind daher gegeben, wenn das Gutachten in Befolgung des gerichtlichen Auftrags erstattet wurde (OLG Wien 18 Bs 231/16a, SV 2017/3, 159). Umfang und Inhalt der Untersuchungen des Sachverständigen und der von ihm zu beantwortenden Fragen müssen durch die Formulierung des gerichtlichen Auftrags gedeckt sein (OLG Wien 13 R 152/99i, SV 2000/1, 22). Da Art und Umfang der Gebühr nach dem gerichtlichen Auftrag zu beurteilen sind, hat das Gericht den Zweck der Untersuchung möglichst genau anzugeben und – soweit sein Fachwissen reicht – auch die Art und den Umfang der vom Sachverständigen erwarteten Leistung (OGH 9 Ob 67/03g, SV 2004/3, 152).

3.2. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so durfte der Sachverständige angesichts der Formulierung des ihm vom Erstgericht erteilten Auftrags, nach Aktenstudium Befund und Gutachten über allfällige Mängel zu erstatten, wobei der endgültige Gutachtensauftrag in der mündlichen Verhandlung fixiert werde, an der der Sachverständige teilnehmen solle, schon ungeachtet der festgestellten telefonischen Anweisung des Erstgerichts dahin verstehen, dass er den Gerichtsakt und die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen umfassend zu studieren und sich auf die mündliche Verhandlung umfassend vorzubereiten habe. Der Zusatz, wonach der Gutachtensauftrag sich „derzeit auf die Teilnahme an dieser mündlichen Streitverhandlung beschränke“, wurde vom Erstgericht, wie der in der Klammer enthaltene Hinweis „wegen § 25 GebAG“ deutlich macht, deshalb in den Gutachtensauftrag aufgenommen, um dem Sachverständigen deutlich zu machen, dass er vorerst nur Leistungen entfalten solle, die durch

den von der Klägerin erlegten Kostenvorschuss gedeckt sind. Dass selbst die Klägerin davon ausging, der Sachverständige werde sich eingehend auf die mündliche Verhandlung vorbereiten, zeigt der Umstand, dass sie diesem unstrittig noch kurz vor der Verhandlung einen Datenträger mit einer umfangreichen Fotodokumentation übergab.

Davon ausgehend sind die vom Sachverständigen erbrachten und in der Gebührennote verzeichneten Leistungen vom gerichtlichen Auftrag gedeckt.

3.3. Dem Sachverständigen steht für die von ihm erbrachten Leistungen entgegen der Rechtsansicht der Rekurswerberin auch eine Gebühr für Mühewaltung gemäß § 34 Abs 1 GebAG zu:

3.3.1. Mit der in § 36 GebAG geregelten Gebühr für Aktenstudium, die sich je nach Umfang des Aktes mit € 7,60 bis € 44,90 je Aktenband bemisst, wird nur die für das Lesen des Gerichtsaktes aufgewendete Mühe abgegolten, die dem Sachverständigen eine erste Information über den Rechtsstreit, die Standpunkte der Parteien und den bisherigen Gang des Verfahrens, also über die äußeren Rahmenbedingungen, unter denen die Gutachterarbeit zu verrichten sein wird, verschafft. Vorbereitungsarbeiten für das Gutachten werden hingegen nicht durch diesen Gebührenansatz erfasst, sondern gehören zur Gebühr für Mühewaltung (*Krammer*, SV 1997/3, 34). Jede ordnende, stoffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende Tätigkeit des Sachverständigen ist mit der Gebühr für Mühewaltung abzugelten (OLG Wien 23 Bs 37/15g, SV 2015/2, 98). Dazu zählt auch das Studium einschlägiger Fachliteratur (OLG Wien 15 R 219/92, SV 1994/2, 31), von ÖNORMEN oder Gesetzen (HG Wien 1 R 198/94, SV 1995/1, 22), aber auch die Analyse des Sachverhalts (OLG Graz 2 R 184/16w, SV 2017/3, 155) sowie generell jede über das reine Aktenstudium hinausgehende Vorbereitungstätigkeit (OLG Linz 9 Bs 289/08a, SV 2008/4, 201). Auch die Durcharbeit umfangreicher schriftlicher Unterlagen ist eine ordnende, stoffsammelnde Tätigkeit, die nicht dem Aktenstudium zuzuordnen ist, auch wenn es sich um Aktenbeilagen handelt (OLG Graz 2 R 184/16w, SV 2017/3, 155; OLG Wien 2 R 78/90, SV 1990/3, 21).

3.3.2. Mit der Teilnahmegebühr gemäß § 35 Abs 1 GebAG wird die bloße Anwesenheit des Sachverständigen bei einer gerichtlichen Verhandlung oder einem gerichtlichen Augenschein abgegolten, soweit der Sachverständige dort keine der Befundaufnahme oder der Gutachtenserstattung zuzuordnende Tätigkeit entfaltet und deshalb Anspruch auf Gebühr für Mühewaltung hat. Die Gebühr gemäß § 35 Abs 2 GebAG deckt die Erörterung und Ergänzung eines bereits vom Sachverständigen erstatteten Gutachtens ab.

Keiner dieser Fälle liegt im vorliegenden Fall vor. Laut dem Verhandlungsprotokoll gab der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vielmehr wesentliche Aufklärungen und Erläuterungen über die bevorstehende Befundaufnahme und begründete, warum er auf dem vorliegenden Privatgutachten nicht aufbauen könne. Die Rechtssache wurde vom Erstgericht gemeinsam mit dem

Sachverständigen in allen rechtlichen und beweistechnischen Aspekten durchgesprochen. Diese Leistungen sind keinem der in § 35 GebAG geregelten Fälle zuzuordnen. Auch diese – mit einer mündlichen Gutachtenserstattung vergleichbaren – Leistungen sind mit der Gebühr für Mühewaltung gemäß § 34 Abs 1 GebAG (hier: für eine angefangene Stunde) abzugelten.

Der Sachverständige hat daher sowohl für seine Vorbereitungsarbeiten als auch für seine in der mündlichen Verhandlung erbrachten Leistungen einen Anspruch auf Gebühr für Mühewaltung.

3.4. Soweit die Rekurswerberin geltend macht, die Gebühr des Sachverständigen sei nach § 34 Abs 2 GebAG – und nicht wie verzeichnet nach Abs 1 – zu bestimmen, weil dieser nicht auf die Auszahlung aus Amtsgeldern verzichtet habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Gebührennote des Sachverständigen sehr wohl einen Verzicht auf die Auszahlung aus Amtsgeldern enthält. Da auch keiner der sonst in § 34 Abs 2 GebAG genannten Fälle vorliegt, ist die Mühewaltungsgebühr daher nach § 34 Abs 1 GebAG zu bestimmen.

3.5. Die Angaben eines gerichtlich beeideten Sachverständigen über den Zeitaufwand sind grundsätzlich für wahr zu halten. Das Gericht hat keine Angemessenheitsprüfung vorzunehmen (OLG Wien 14 R 106/04t, SV 2004/3, 161; 23 Bs 333/07z uva).

3.6. Soweit die Rekurswerberin zuletzt bemängelt, dass der Sachverständige den von ihm verzeichneten Stundensatz erst in seiner Stellungnahme zu ihren Einwendungen gegen die Gebührennote bescheinigt habe, ist ihr § 39 Abs 1 GebAG entgegenzuhalten, wonach das Gericht vor der Gebührenbestimmung den Sachverständigen auffordern kann, sich über Umstände, die für die Gebührenbestimmung bedeutsam sind, zu äußern und unter Setzung einer bestimmten Frist noch fehlende Bestätigungen über seine Kosten vorzulegen. Dass der Sachverständige seinen Stundensatz daher bereits in der Gebührennote bescheinigen müsste, ist unzutreffend. Von einer verspäteten Bescheinigung kann keine Rede sein.

3.7. Gemäß § 34 Abs 1 GebAG ist die Gebühr für Mühewaltung nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften zu bestimmen, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge. Der Sachverständige hat vergleichbare Einkünfte für Privatgutachten durch Vorlage von Honorarnoten und Belegen über Zahlungseingänge hinreichend bescheinigt. Die verzeichnete Gebühr begegnet daher auch der Höhe nach keinen Bedenken.

Dem Rekurs war somit ein Erfolg zu versagen.

Ein Kostenersatz findet im Verfahren über die Gebührenbestimmung des Sachverständigen nicht statt (§ 41 Abs 3 GebAG).

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