

## **Unterbliebene Äußerung als Zustimmung zur Gebührennote (§ 37 Abs 2 GebAG) – Vorbereitung des Gutachtens und Mühewaltung (§ 34 GebAG) – Reisekosten, insbesondere Kilometergeld (§ 28 Abs 2 GebAG) – Umsatzsteuer von Barauslagen (§ 31 Abs 1 Z 6 GebAG)**

1. Über die Sachverständigengebühren und somit auch über einen Rekurs gegen den Gebührenbestimmungsbeschluss ist trotz Ruhens des Verfahrens abzusprechen.
2. Das Unterbleiben einer Äußerung der Partei zum Gebührenantrag des Sachverständigen führt zur Fiktion ihrer Zustimmung. Ist im Verfahren erster Instanz eine Äußerung der Partei zu dem ihr zugestellten Gebührenantrag unterblieben, so ist die Überprüfbarkeit der Gebührenentscheidung im Rekursverfahren – trotz Zulässigkeit des Rekurses – sachlich eingeschränkt. Der Rekurswerber kann infolge fingierter Zustimmung zur Gebührenbestimmung nur solche Gründe erfolgreich im Rekurs vorbringen, die sich mit der fingierten Zustimmung vereinbaren lassen, etwa dass der Gebührenbestimmungsbeschluss unschlüssig sei oder gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstoße.
3. Bei der Beweisaufnahme durch Sachverständige ist es deren Aufgabe, aufgrund ihrer einschlägigen Fachkenntnisse jene Methode auszuwählen, die sich zur Klärung der nach dem Gerichtsauftrag jeweils maßgebenden strittigen Tatfrage(n) am besten eignet; andernfalls verhinderte das Gericht, dem es an der notwendigen Fachkunde zur Lösung der durch Sachverständige zu beurteilenden Tatfragen mangelt, die Fruchtbarmachung spezifischen Expertenwissens. Das Gericht hat daher

Sachverständigen die im Zuge der Auftragserledigung anzuwendende(n) Methode(n) im Allgemeinen nicht vorzuschreiben, zählt doch die Methodenwahl zum Kern der Sachverständigentätigkeit, wozu etwa auch die Auswahl des geeigneten Ortes der Befundaufnahme gehört.

4. Zu der im Rahmen der Mühewaltung aufgewendeten Zeit gehört auch der Zeitaufwand für die Vorbereitung des Gutachtens, so etwa für Literaturstudium und Erkundigungen oder für die Einholung der erforderlichen Information oder die Analyse des Sachverhalts, die Entwicklung eines zur Problemlösung geeigneten Kalkulationsschemas, die Festlegung der erforderlichen Unterlagen und die Ausarbeitung eines Fragenkatalogs für die Befundaufnahme oder die Erstellung einer Checkliste.
5. Bei der Gebührenberechnung ist von den vom Sachverständigen angegebenen Stunden auszugehen, solange deren Unrichtigkeit nicht festgestellt wird. Das Ausmaß der für Mühewaltung aufgewendeten Zeit ist eine Tatfrage. Sind die Angaben des Sachverständigen wegen des besonderen Ausmaßes der verzeichneten Stunden bedenklich, so ist das Gericht zur Nachprüfung verpflichtet. Der tatsächliche Aufwand ist zu ermitteln, nicht jedoch vom Gericht einzuschätzen. Eine bloß auf richterlicher Einschätzung beruhende Bestimmung des Zeitaufwands stellt keine mängelfreie Begründung, sondern eine Scheinbegründung dar. Ein tatsächlicher, jedoch dem Gericht überflüssig erscheinender Zeitaufwand des Sachverständigen ist nur dann nicht zu honorieren, wenn der Sachverständige den ihm erteilten Auftrag überschritten hat.
6. Da nach der Systematik des GebAG im Allgemeinen jede angefangene Stunde voll zu honorieren ist, ist die Gebühr für Mühewaltung ebenfalls für jede auch nur begonnene Stunde zuzusprechen.
7. Im Hinblick auf die als erforderlich angesehene Berücksichtigung der zu befundenden Örtlichkeit stehen dem Sachverständigen auch die dafür notwendigen Reisekosten zu, wobei die Kosten für die Benützung eines eigenen Kraftfahrzeugs stets zu ersetzen sind und die nach der Reisegebührenvorschrift für Bundesbedienstete hierfür vorgesehene Vergütung, das sogenannte amtliche Kilometergeld, gebührt.
8. Dem Sachverständigen gebührt auch die Umsatzsteuer nach § 31 Abs 1 Z 6 GebAG von den Barauslagen, also auch von den Portogebühren, Druckkosten, Übernachtungskosten und dem Kilometergeld.

**OLG Graz vom 10. Juni 2020, 5 R 36/20h**

Mit der vorliegenden Klage begehrte die Klägerin die Aufhebung des mit der Beklagten am 29. 3. 2019 abgeschlossenen und als „Auftragsbestätigung“ bezeichneten Vertrages in den Punkten „Fensterlochfolien ...“ und „Kleber ...“ rückwirkend bezogen auf den Tag des Vertragsabschlusses und die Bezahlung von € 7.500,- sA durch die Beklagte. Sie brachte dazu im Wesentlichen vor, dass die von der

Beklagten gelieferten Fensterlochfolien von ihr am 15. 4. 2019 auf den Schaufensterverglasungen von mehreren Filialen entsprechend den von der Beklagten übermittelten Verarbeitungshinweisen verklebt worden seien. Bereits am Abend dieses Tages habe sich das Laminat von den verklebten Fensterlochfolien teilweise abgelöst, wodurch unzählige Falten entstanden seien. Die Ursache für die Faltenbildung sei, dass zwischen der Fensterlochfolie und dem Laminat keine kraftschlüssige Verbindung bestehe. Darüber hinaus würden sich die Fensterlochfolien teilweise großflächig von der Verglasung lösen, woraus folge, dass nach der Verklebung die Haftfestigkeit der Fensterlochfolien stark nachlasse.

Mit der Klage verband sie einen Antrag auf Beweissicherung durch Befundaufnahme eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Chemie, Spezialgebiet Kunststoffprüfung, bei bestimmt bezeichneten Filialen. Zur Begründung dieses Antrags wurde unter anderem vorgebracht, dass es aufgrund dieser Mängel erforderlich sei, dass die Klägerin die von der Beklagten gelieferten Fensterlochfolien von der Verglasung entferne und ihre Auftraggeberin, die X. AG, sie mit Nachdruck dazu aufgefordert habe. Die Klägerin habe ein rechtliches Interesse an der Feststellung des gegenwärtigen Zustands der verklebten Fensterlochfolien.

Mit dem Beschluss des LGZ Graz vom 26. 8. 2019 wurde der Beweissicherungsantrag bewilligt und zum Sachverständigen aus dem Bereich Kunststoffe und Prüfung von Kunststoffen N. N. bestellt, der beauftragt wurde, binnen drei Wochen an Ort und Stelle bei bestimmt bezeichneten Filialen im Beweissicherungsverfahren einen Befund zu nachstehendem Zustand nach schriftlicher, nachweislicher Verständigung der beiden Parteienvertreter zu erheben und einen schriftlichen Befund zu erstellen (jedoch kein Gutachten zu erstatten, somit keine gutachterlichen Schlussfolgerungen gegenüber den Parteienvertretern und/oder den Parteien mündlich oder schriftlich bekannt zu geben) und diesen Befund dem LGZ Graz dreifach samt Gebührennote im Sinne des GebAG zu übermitteln:

*„1. Beschreiben Sie (unter zusätzlicher Anfertigung und Vorlage von Lichtbildern) den Zustand der verklebten Fensterlochfolien samt Laminat von den Schaufenstern der Filialen ...*

*2. Beschreiben Sie (unter zusätzlicher Anfertigung und Vorlage von Lichtbildern) den Zustand der Oberfläche der Verglasung, auf dem die Fensterlochfolien samt Laminat auf den Schaufenstern der Filialen ... verklebt wurden.*

*3. Beschreiben Sie (unter zusätzlicher Anfertigung und Vorlage von Lichtbildern) den Zustand der Fensterlochfolien von den Schaufenstern der Filialen ... durch die Klägerin (Antragstellerin) nach der Entfernung der Fensterlochfolie von der Verglasung, mit der Maßgabe, dass die Fensterlochfolie in Anwesenheit des Sachverständigen durch die Klägerin (Antragstellerin) sach- und fachgerecht entfernt wird.*

*4. Beschreiben Sie (unter zusätzlicher Anfertigung und Vorlage von Lichtbildern) den Zustand des Laminats, das vor der Entfernung in Anwesenheit (siehe Punkt 3.) des*

*Sachverständigen entfernt wurde, von den Schaufenstern der Filialen ..., nach deren Entfernung von der Verglasung.*

*5. Beschreiben Sie, falls möglich, den Zustand der bei der Bedruckung der Fensterlochfolien eingesetzten Farbmaterialien unter Einbeziehung des gewählten Druckverfahrens bei den Filialen ...“*

In der Klagebeantwortung vom 12. 9. 2019 anerkannte die Beklagte das Begehren der Klägerin auf Vertragsaufhebung des zwischen den Streitparteien am 29. 3. 2019 abgeschlossenen und als „Auftragsbestätigung“ bezeichneten Vertrages im Punkt „Fensterlochfolien ...“.

Im Hinblick auf dieses Teilanerkennnis zog die Klägerin mit ihrem Schriftsatz vom 16. 9. 2019 ihren Beweissicherungsantrag zurück und schränkte ihr Wandlungsbegehren auf den Punkt „Kleber ...“ ein.

Mit dem Beschluss vom 16. 9. 2019 enthub das Erstgericht infolgedessen den Sachverständigen N. N. betreffend den Auftrag vom (richtig) 26. 8. 2019, einen Befund zur Beweissicherung zu erstellen.

Der Sachverständige legte hierauf seine Gebührennote vom 27. 9. 2019 vor. Darin verzeichnet er unter anderem Kosten für Hilfskräfte für die „Vorbereitung der Befundaufnahme mit Recherche der Folienmaterialien, Kleber und Druckverfahren“, Entschädigung für Zeitversäumnis und Reisekosten für die Besichtigung von zwei Filialen am 4. 9. 2019 „zur Vorbereitung der Befundaufnahme“ sowie „Gebühr für Mühewaltung für Literaturstudium, für die fachliche Beurteilung der technischen Unterlagen und für die Vorbereitung der Befundaufnahme“.

Die Klägerin führte in ihrer Äußerung dazu im Wesentlichen aus, dass die Streitparteien in die Vorbereitungshandlungen des Sachverständigen nicht eingebunden gewesen seien. Der Sachverständige habe, ohne die Streitparteien darüber zu verständigen, am 4. 9. 2019 zwei Filialen in Augenschein genommen, obwohl ihm im Beschluss vom 26. 8. 2019 vom Gericht aufgetragen worden sei, die Parteienvertreter über sein Einschreiten bei den Filialen zu informieren. Der Augenschein sei somit weder vom Gerichtsauftrag getragen noch zur Entfaltung der Befundaufnahmetätigkeit notwendig gewesen. Außerdem sei dem Sachverständigen nur aufgetragen worden, den gegenwärtigen Zustand des Folienmaterials, welches auf den Verglasungen der Filialen verklebt wurde, zu erheben. Da nunmehr keine Beweissicherung an Ort und Stelle stattgefunden habe, sei es nicht nachvollziehbar, warum der Sachverständige Recherchen über Folienmaterial, den Kleber und das Druckverfahren angestellt habe; diese könnten wohl nicht in einem Zusammenhang mit jenem Folienmaterial, welches bei den erwähnten Filialen verklebt wurde, stehen. Im Übrigen wären solche Recherchetätigkeiten einer Gutachtenserstattung zuzuordnen, die aber nicht Gegenstand des bewilligten Beweissicherungsantrags gewesen sei, der bloß auf eine Befundaufnahme abgezielt habe. Auch die verzeichnete fachliche Beurteilung von technischen Unterlagen sei nicht Gegenstand des Beschlusses vom 26. 8. 2019 gewesen, weil man darunter eine gutachterliche Tätigkeit verstehe,

die jedoch nicht zu erbringen gewesen sei, worauf der Sachverständige im Beschluss ausdrücklich hingewiesen worden sei. Da keine Beweissicherung stattgefunden und der Sachverständige keinen schriftlichen Befund errichtet habe, seien die verzeichneten Gebühren überhöht, die darüber hinaus teilweise auch in keinem Zusammenhang mit dem gerichtlichen Auftrag stünden. Die Klägerin ziehe die in einem Beweissicherungsverfahren des BG Wiener Neustadt und des BG Oberpullendorf verzeichneten Sachverständigengebühren als Vergleichswerte heran. In beiden Beweissicherungsverfahren habe der Sachverständige die Beweissicherung bei einer Filiale durchgeführt und anschließend einen schriftlichen Befund erstattet. Im Beweissicherungsverfahren des BG Oberpullendorf habe der Sachverständige dafür Gebühren von € 1.488,24, in jenem des BG Wiener Neustadt von € 1.491,84 verzeichnet. Die in diesen Beweissicherungsverfahren verzeichneten Gebühren betragen weniger, obwohl im Beweissicherungsverfahren eine Befundaufnahme durchgeführt wurde und es zur Errichtung eines schriftlichen Befundes kam. Eine Gebühr von (pauschal) € 500,- werde daher von der Antragstellerin als angemessen angesehen.

Der Sachverständige erstattete zu den Einwendungen der Klägerin eine Äußerung. Er führte dazu im Wesentlichen und soweit für das Rekursverfahren von Belang aus, dass technische und logistische Vorbereitungstätigkeiten erforderlich seien, um die Dauer der Befundaufnahme und die technischen Voraussetzungen für diese seriös abschätzen zu können. Dies umfasse auch eine vorbereitende Besichtigung der Örtlichkeiten, ohne dass am Objekt der Befundaufnahmen Handlungen durchgeführt werden. Beispielhaft angeführte Einflüsse auf die Befundaufnahme seien die Lage der Gebäude, die Zugänglichkeit der für die Befundaufnahme relevanten Flächen und die Position der an den Schaufenstern angebrachten Fensterlochfolien samt Laminat. Es sei etwa auch zu klären, welche Aufstiegshilfen gebraucht werden würden, ob Flächen freigeräumt werden müssten, ob Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit bei der Befundaufnahme zu treffen und ob Absperrungen der hier in den Geschäftszeiten öffentlich zugänglichen Bereiche erforderlich wären. Durch diese Maßnahmen sei die Güte der möglichst nur einmal durchzuführenden Beweissicherung vor Ort sicherzustellen. Bei verklebten Folien und Laminaten (wie hier) könne durch ein nicht korrektes Ablösen des Laminats vom Träger das Beweismittel beschädigt und damit für eine nachfolgende Begutachtung unbrauchbar gemacht werden. Es habe daher nicht ausgeschlossen werden können, dass die Fensterlochfolie samt Laminat zusammen mit der Glasscheibe als Träger sichergestellt werden müsse. Dies sei zur Vorbereitung der Befundaufnahme fachlich zu klären gewesen und habe Recherchen zu den Folienmaterialien und den Druckverfahren erfordert. Mitbeeinflussend sei hier auch die Temperatur bei der Entfernung der Fensterlochfolien von der Verglasung, weil sich polymere Werkstoffe und Klebstoffe je nach Typ und Zusammensetzung bei unterschiedlichen Temperaturen mechanisch spröde oder zäh verhalten würden. Auch die

Druckfarben haben diesbezüglich einen wesentlichen, im Zuge der Vorbereitung zu beurteilenden Einfluss. Kunststofffolien und Kleber auf Schaufensterflächen, die durch Sonneneinstrahlung aufgeheizt seien, also eine im Vergleich zu abgeschatteten Flächen höhere Temperatur aufweisen, würden beim Ablösen von den Schaufensterflächen ein anderes Verhalten zeigen als jene mit einer niedrigeren Temperatur. Dies gelte es bei einer Befundaufnahme zu berücksichtigen. Der Zeitpunkt der Entnahme (Tageszeit, Witterung, Sonneneinstrahlung), der Entnahmeort (ausgewählte Segmente der Schaufensterflächen) und die Menge der bei der Befundaufnahme entnommenen Fensterlochfolien samt Laminat (Ausführungsvarianten, Bedruckungsunterschiede) seien vor der Befundaufnahme vom Sachverständigen mit seinem Fachwissen und durch Vorbereitungsarbeiten anhand der Erfahrungsgrundsätze festzulegen. Auch wenn die Erstellung eines Gutachtens von der Beauftragung nicht mitumfasst sei, müsse der Zustand der bei der Befundaufnahme sichergestellten Fensterlochfolien samt Laminat eine Feststellung beweisbarer Tatsachen ermöglichen. Die in der Gebührennote ausgewiesenen Leistungen unter anderem für Literaturstudium, die fachliche Beurteilung der technischen Unterlagen und die Vorbereitung der Befundaufnahme seien daher durch den vorgegebenen Umfang der Befundaufnahme zur Beweissicherung erforderlich gewesen. Diese haben die eingesetzten Folienmaterialien, Kleber und Druckfarben sowie die Herstellprozesse mit dem Druckverfahren umfasst. Dies sei in diesem Zusammenhang keine gutachterliche Tätigkeit gewesen, sondern habe der qualifizierten Vorbereitung der Befundaufnahme und der Erstellung eines schriftlichen Befundes entsprechend dem Auftrag des Gerichts gedient. Die Wegstrecke vom Büro des Sachverständigen zur Filiale in K., weiter zur Filiale in M. und zurück zum Büro des Sachverständigen betrage 153 km. Mit der Gebührennote seien nur 119 km abgerechnet worden, weil die Fahrt zur Reduktion der Kosten von einem anderen Ort aus vorgenommen worden sei. Die Vergleichswerte für Gebühren eines vom BG Wiener Neustadt und vom BG Oberpullendorf im Beweissicherungsverfahren beauftragten Sachverständigen könnten mangels Informationen zum Auftragsumfang und zu den örtlichen Gegebenheiten nicht kommentiert werden. Tätigkeiten von unbekanntem Sachverständigen in anderen Verfahren dürften auch keinen Einfluss auf die auftragspezifische Bearbeitung durch den Sachverständigen im vorliegenden Verfahren haben. Die erbrachten Leistungen seien somit in der Gebührennote korrekt abgerechnet worden, zumal auch bei der Enthebung mit Beschluss vom 16. 9. 2019, also zwei Tage vor der für den 18. 9. 2019 anberaumten Befundaufnahme, die fachlich begründeten Vorbereitungsarbeiten auch zur Erstellung des Befundes bereits abgeschlossen gewesen seien, weil die Frist zur Erstellung des Befundes mit 20. 9. 2019 vorgegeben gewesen sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss wurden die Gebühren des Sachverständigen N. N. für die Vorbereitung eines Beweissicherungsverfahrens mit Befundaufnahme nach den

Bestimmungen des GebAG, aufgrund der Einwendungen der Klägerin, zu Punkt 1. wie folgt bestimmt:

Aktenstudium gemäß § 36 GebAG	€ 12,15
Mühewaltung gemäß § 34 GebAG	€ 150,00
Zwischensumme	€ 162,15
Umsatzsteuer	€ 32,43
Kosten gemäß § 31 Abs 1 Z 5 GebAG	€ 0,80
Gesamtsumme	€ 195,38
abgerundet auf volle Euro iSd GebAG	€ 195,00

In Punkt 2. ordnete das Erstgericht die Auszahlung der bestimmten Sachverständigengebühren aus dem Kostenvorschuss der Klägerin vor Rechtskraft des Beschlusses an.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht nach Darstellung des Auftrags an den Sachverständigen, seiner Gebührennote und der erstatteten Äußerungen – soweit für das Rekursverfahren von Belang – aus, dass sich der Gebührenanspruch nach § 25 GebAG ausschließlich nach dem erteilten gerichtlichen Auftrag richte, das heißt, Umfang und Inhalt der Untersuchungen des Sachverständigen müssten durch die Formulierung des gerichtlichen Auftrags gedeckt sein. Dem Sachverständigen hier sei mit dem Bestellungsbeschluss aufgetragen worden, die Parteienvertreter von einer allfälligen Befundaufnahme schriftlich und nachweislich zu verständigen. Wenn sohin der Auftrag an den Sachverständigen ergehe, den Parteien Gelegenheit zur Teilnahme an der Befundaufnahme zu geben, so gebe das Gericht damit zu erkennen, dass es die Beiziehung der Parteien jedenfalls für notwendig erachte. Darüber hinaus räume das in Art 6 EMRK verfassungsgesetzlich gewährleistete Grundrecht auf rechtliches Gehör den Verfahrensparteien einen Anspruch darauf ein, im Prozess zum Gegenstand der Entscheidung gehört zu werden, wozu unter anderem das Recht gehöre, zu Beweisergebnissen Stellung zu nehmen. Hingewiesen werde auch auf Punkt 2.10.3. der Standesregeln des Hauptverbandes der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs, wonach den Verfahrensparteien bei der Befundaufnahme Gelegenheit zur Anwesenheit zu geben sei, soweit dies von den Umständen her möglich sei und die Aufnahme des Befundes oder berechnete Interessen von Personen nicht gefährde. Die Formulierung des Sachverständigenauftrags könne nicht anders verstanden werden als dahin, dass die Parteien aus dem – einem in der Sachverständigenliste eingetragenen, gerichtlich beeideten Sachverständigen jedenfalls bekannten – Grundsatz des *fair trial* sowie zur Einhaltung des rechtlichen Gehörs beider Parteien zur Befundaufnahme zu laden und zu allen Befundaufnahmetätigkeiten beizuziehen seien. Dieser ausdrückliche Auftrag sei vom Sachverständigen dadurch, dass er am 4. 9. 2019 zur Vorbereitung der Befundaufnahme eine Besichtigung der Örtlichkeiten vorgenommen und in weiterer Folge unter Beiziehung von Hilfskräften die Befundaufnahme zur Beweissicherung vorbereitet habe, missachtet worden, weil er, ohne die Parteienvertreter einzubeziehen, die Örtlichkeiten samt den zu befundenden Folien aufgesucht habe. Dies könne er zwar auf eigene

Kosten aus Eigeninteresse – wie jedermann, da es sich um frei zugängliches Gelände handle – tun, überschreite dann aber den Gerichtsauftrag, wonach in Anwesenheit der Parteienvertreter der aktuelle Zustand der Folien (ohne gutachterliche Schlussfolgerungen mündlich oder schriftlich dazu auszuführen) und die durch die Klägerin in Anwesenheit des Sachverständigen sowie beider Parteienvertreter vorzunehmende Entfernung der Folien samt den danach ersichtlichen Zustand von Glas und Folien (ohne gutachterliche Schlussfolgerungen mündlich oder schriftlich dazu auszuführen) zu dokumentieren seien. Da somit bis auf die Anreise zu dem den Parteienvertretern bekannt gegebenen Befundaufnahmetermine keine Anreise zum Befundort vom Sachverständigenauftrag gedeckt sei und der Befundaufnahmetermine vom 18. 9. 2019 wegen der Zurückziehung des Beweissicherungsantrags nicht stattgefunden habe, habe keine Rechtsgrundlage zur Abgeltung von Reisekosten bestanden. Mangels Deckung der Vorgehensweise des Sachverständigen im Gerichtsauftrag seien daher auch keine damit im Zusammenhang stehenden Zeitversäumniskosten für Wegzeiten zu entlohnen.

Mit der Gebühr für Mühewaltung werde jede ordnende, stoff-sammelnde, konzeptive und ausarbeitende Tätigkeit des Sachverständigen honoriert. Dazu gehörten auch die Zeiten der Befundaufnahme und der Vorbereitung eines Gutachtens, wie etwa für Literaturstudium oder die Einholung der erforderlichen Informationen. Nach § 34 Abs 1 GebAG sei die Gebühr nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und unter Berücksichtigung des vollen außergerichtlichen Erwerbseinkommens für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit des Sachverständigen zu bestimmen. Die Honorierung des Sachverständigen habe dabei nicht nur sach- und leistungsbezogen, sondern vor allem personenbezogen und marktkonform nach den konkreten persönlichen beruflichen Einkommensverhältnissen des Sachverständigen zu erfolgen. Da kein Befund schriftlich erstellt worden sei und somit nur die Vorbereitungsarbeiten für den seitens des Sachverständigen den Parteienvertretern bekannt gegebenen Befundaufnahmetermine samt wissenschaftlicher Vorbereitung als Anspruchsgrundlage für eine als Mühewaltung zu verrechnende Leistung anzusehen seien, sei vom Gericht davon auszugehen gewesen, dass für einen Fachmann die Recherche hinsichtlich der Eigenschaften einer marktüblichen Fensterlochfolie nicht mehr als eine Stunde an Vorbereitungsaufwand bedeute, um zu wissen, was ihn höchstwahrscheinlich vor Ort bei der Befundaufnahme erwarte. Es sei nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund für die Erfüllung eines Auftrags zur Beschreibung des Folienzustands (ohne irgendwelche seitens des Gerichts geforderten Schlussfolgerungen oder Gutachtensausführungen und somit dahin gehend keinem Rechercheaufwand) mehr als neun Stunden Literaturstudium notwendig hätten sein sollen. Insbesondere seien keine technischen Unterlagen im Akt zum Studium für den Sachverständigen vorhanden gewesen und daher auch nichts bis auf ein einziges Datenblatt einzusehen und für ihn produktmäßig vorzubereiten. Daher seien dem Sachverständigen Mühewaltungskosten für eine Stunde in dem von ihm beantragten Stundenhonorar ausmaß von

€ 150,- zuzüglich Umsatzsteuer zuzusprechen gewesen. Insgesamt sei daher dem Sachverständigen in Anwendung der Regelungen des § 39 GebAG, wonach – unabhängig von Einwendungen der Parteien die Sachverständigengebührenhöhe von Amts wegen vom Gericht zu überprüfen sei – eine Entlohnung für Aktenstudium und die genannten Mühewaltungskosten zuzuerkennen gewesen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Sachverständigen, soweit insgesamt ein Betrag von € 600,- brutto abgewiesen wurde. Da dem Sachverständigen € 195,- brutto bereits zuerkannt wurden, beträgt das Rekursinteresse € 405,- brutto. Geltend gemacht wird der Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und beantragt wird, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass dem Sachverständigen über den Betrag von € 195,- brutto ein weiterer Betrag von € 405,- brutto als Reisekosten und Kosten für Mühewaltung zugesprochen wird.

Die Klägerin beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Die Beklagte beteiligte sich nicht am Rekursverfahren.

Der Rekurs ist berechtigt.

Zunächst ist festzuhalten, dass trotz Ruhens des Verfahrens über die Sachverständigengebühren und somit auch über den Rekurs gegen den Gebührenbestimmungsbeschluss abzusprechen ist (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG<sup>4</sup>, § 39 GebAG E 1 bis E 3).

Im Rekurs wird vom Rechtsmittelwerber ausdrücklich die vom Erstgericht vorgenommene Reduktion seiner Gebühren bezüglich der Kosten für die Beiziehung von Hilfskräften, insbesondere Sachbearbeiter und Fachingenieure, nicht beanstandet. Weiters wird vom Rekurswerber der Aufwand für Mühewaltung auf „zumindest im Ausmaß von zweieinhalb Arbeitsstunden, wofür der vom Gericht zuerkannte Stundensatz von € 150,- netto angemessen erscheint“, eingeschränkt. Überdies wird geltend gemacht, dass die Klägerin, ungeachtet des dem Rekurswerber tatsächlich nach dem GebAG zumindest zustehenden Gebührenanspruchs in Höhe von € 500,- zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, in ihrer Äußerung zur Gebührennote ausdrücklich das Zu-Recht-Bestehen der Gebühren des Sachverständigen in Höhe von € 500,-, sicherlich als Nettobetrag zu verstehen, erklärt habe. Dies bedeute in einem Zivilprozess als Parteienprozess, dass nach dieser Erklärung ein Gebührenanspruch des Sachverständigen im Betrag von € 500,- anerkannt und unstrittig sei. Das Erstgericht hätte daher dem Sachverständigen zumindest den von der Klägerin anerkannten Betrag von € 500,- netto zuzüglich Umsatzsteuer als Sachverständigengebühren zuzuerkennen gehabt. Damit ist der Rekurswerber im Recht.

Gemäß § 39 Abs 1 GebAG ist die Gebühr von dem Gericht zu bestimmen, vor dem die Beweisaufnahme stattgefunden hat oder stattfinden sollte. Vor der Gebührenbestimmung kann das Gericht den Sachverständigen auffordern, sich über Umstände, die für die Gebührenbestimmung bedeutsam sind, zu äußern. Nach Abs 1a leg cit ist den Parteien im Sinne des § 40 Abs 1 GebAG Gelegenheit zur Äußerung zum Gebührenantrag zu geben. Werden gegen die antragsgemäße Be-

stimmung der Gebühr keine Einwendungen erhoben oder verzichten die nach § 39 Abs 1a GebAG zu verständigenden Parteien auf Einwendungen, so kann das Gericht, wenn es keine Bedenken gegen die Höhe der Gebühren hegt,

1. ohne Beschlussfassung die Auszahlung der verzeichneten Gebühren anordnen oder
2. bei Beschlussfassung in antragsgemäßer Höhe zur Begründung des Beschlusses auf den diesen Parteien zugestellten Gebührenantrag verweisen (§ 39 Abs 3 GebAG).

Diesem Anhörungsverfahren kommt nach der GebAG-Novelle 1994 besondere Bedeutung zu, weil in der Unterlassung von Einwendungen bei einer durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertretenen Partei in zivilgerichtlichen Verfahren das Einverständnis zur Bestimmung einer höheren Gebühr nach § 37 Abs 2 GebAG liegt. Die Frage, welche Rechtsfolgen unterlassene, verspätete oder mangelhafte (unbestimmte, unklare) Einwendungen einer Partei gegen den Gebührenanspruch des Sachverständigen für das Rechtsmittelverfahren haben, wird von der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Verfahrensrechtlicher Ökonomie entspricht es, im Falle unterlassener Einwendungen von einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses (der Beschwer) auszugehen, weil derjenige, der einem bestimmten Honorarbegehren zustimmt (vgl § 37 Abs 2 GebAG), in seinen Rechten nicht verkürzt wird, wenn ihm kein Rechtsmittel eingeräumt wird (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 39 GebAG Anm 5 mwN und § 41 GebAG E 69 ff; anderer Ansicht *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 41 GebAG E 71 ff; *Krammer in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup>, Anh § 365 ZPO Rz 28 und 30). Jedenfalls führt das Unterbleiben einer Äußerung der Partei zum Gebührenantrag des Sachverständigen zur Fiktion ihrer Zustimmung. Die Möglichkeit einer Äußerung und die Begründungserleichterung bei deren Unterbleiben wären sinnlos, wenn die Partei erst recht wieder in einem allfälligen Rechtsmittel ihre Einwendungen erheben könnte. Ist im Verfahren erster Instanz eine Äußerung der Partei zu dem ihr zugestellten Gebührenantrag unterblieben, so ist die Überprüfbarkeit der Gebührenentscheidung im Rekursverfahren – trotz Zulässigkeit des Rekurses – sachlich eingeschränkt. Der Rekurswerber kann infolge fingierter Zustimmung zur Gebührenbestimmung nur solche Gründe erfolgreich im Rekurs vorbringen, die sich mit der fingierten Zustimmung vereinbaren lassen, etwa dass der Gebührenbestimmungsbeschluss unschlüssig sei oder gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstoße (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 39 GebAG E 92 ff und E 97 [unter anderem zu unterlassenen Einwendungen gegen die Anzahl der verrechneten Stunden], E 98 [zum Zeitaufwand]; *Krammer*, aaO, Anh § 365 ZPO Rz 30).

Aus alldem folgt, dass das Erstgericht dem Sachverständigen die von der Klägerin unbeeinträchtigt gebliebenen Gebühren „von (pauschal) € 500,-“ zuzuerkennen gehabt hätte. Entgegen der Auffassung des Rekurswerbers beinhaltet der an Gebühren zugestandene Betrag auch die Umsatzsteuer, weil sich die Bestimmung des § 37 Abs 2 GebAG auf alle in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Gebühren bezieht (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 37 GebAG Anm 11 und E 33).

Da der Sachverständige mit seinem Rekurs insgesamt mehr als den von der Klägerin zugestandenen Betrag an Gebühren begehrt, nämlich insgesamt € 600,- (inklusive Umsatzsteuer), ist zu überprüfen, ob ihm auch dieser Betrag zusteht.

Bei der Beweisaufnahme durch Sachverständige ist es deren Aufgabe, aufgrund ihrer einschlägigen Fachkenntnisse jene Methode auszuwählen, die sich zur Klärung der nach dem Gerichtsauftrag jeweils maßgebenden strittigen Tatfrage(n) am besten eignet; andernfalls verhinderte das Gericht, dem es an der notwendigen Fachkunde zur Lösung der durch Sachverständige zu beurteilenden Tatfragen mangelt, die Fruchtbarmachung spezifischen Expertenwissens. Das Gericht hat daher Sachverständigen die im Zuge der Auftragserledigung anzuwendende(n) Methode(n) im Allgemeinen nicht vorzuschreiben, zählt doch die Methodenwahl zum Kern der Sachverständigentätigkeit, wozu etwa auch die Auswahl des geeigneten Ortes der Befundaufnahme gehört (RIS-Justiz RS0119439 [T1, T2, T6 und T9]; vgl dazu auch 6 Ob 51/13p und RIS-Justiz RS0124313). Zu der im Rahmen der Mühewaltung aufgewendeten Zeit gehört auch der Zeitaufwand für die Vorbereitung des Gutachtens, so etwa für Literaturstudium und Erkundigungen oder für die Einholung der erforderlichen Information oder die Analyse des Sachverhalts, die Entwicklung eines zur Problemlösung geeigneten Kalkulationsschemas, die Festlegung der erforderlichen Unterlagen und die Ausarbeitung eines Fragenkatalogs für die Befundaufnahme oder die Erstellung einer Checkliste (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 34 GebAG E 3 ff).

Bei der Gebührenberechnung ist von den vom Sachverständigen angegebenen Stunden auszugehen, solange deren Unrichtigkeit nicht festgestellt wird. Das Ausmaß der für Mühewaltung aufgewendeten Zeit ist eine Tatfrage. Sind die Angaben des Sachverständigen wegen des besonderen Ausmaßes der verzeichneten Stunden bedenklich, so ist das Gericht zur Nachprüfung verpflichtet. Der tatsächliche Aufwand ist zu ermitteln, nicht jedoch vom Gericht einzuschätzen. Eine bloß auf richterlicher Einschätzung beruhende Bestimmung des Zeitaufwands stellt keine mangelfreie Begründung, sondern eine Scheinbegründung dar. Ein tatsächlicher, jedoch dem Gericht überflüssig erscheinender Zeitaufwand des Sachverständigen ist nur dann nicht zu honorieren, wenn der Sachverständige den ihm erteilten Auftrag überschritten hat (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 34 GebAG E 185 ff; *Krammer*, aaO, Anh § 365 ZPO Rz 52 und 96).

Daraus folgt, dass entgegen der vom Erstgericht vertretenen Auffassung die Vorbereitungshandlungen des Sachverständigen für die Durchführung der Befundaufnahme zu honorieren sind, weil er deren Notwendigkeit für die Durchführung einer zielführenden Befundaufnahme in seiner schon wiedergegebenen Äußerung zu den Einwendungen der Klägerin sehr plausibel darstellte. Darauf kommt er in seinen Rekursausführungen zu Recht zurück. Da aus seiner fachlichen Sicht bei dem erteilten Auftrag multiple Problemstellungen auftreten könnten, ist auch die von ihm

durchgeführte Vorbegutachtung der auf den Schaufenstern von zwei Filialen verklebten Fensterlochfolien in keiner Weise zu beanstanden, um sich bestmöglich auf die durchzuführende Befundaufnahme vorzubereiten. Dadurch, dass dazu die Parteienvertreter nicht beigezogen wurden, wird das rechtliche Gehör der Parteien jedenfalls nicht verletzt und begründet dies keinesfalls eine Überschreitung oder ein Agieren außerhalb des gerichtlichen Auftrags.

Gegen den vom Sachverständigen im Rekurs zu honorieren begehrten Aufwand für Mühewaltung zumindest im Ausmaß von zweieinhalb Arbeitsstunden bestehen keinerlei Bedenken. Da nach der Systematik des GebAG im Allgemeinen jede angefangene Stunde voll zu honorieren ist, ist die Gebühr für Mühewaltung ebenfalls für jede auch nur begonnene Stunde zuzusprechen (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 34 GebAG Anm 3 lit e und E 202).

Im Hinblick auf die als erforderlich angesehene Besichtigung der zu befundenden Örtlichkeit samt den zu befundenen auf Schaufenstern verklebten Fensterlochfolien stehen dem Sachverständigen auch die dafür notwendigen Reisekosten zu, wobei die Kosten für die Benützung eines eigenen Kraftfahrzeugs stets zu ersetzen sind und die nach der Reisegebührenvorschrift für Bundesbedienstete hierfür vorgesehene Vergütung, das sogenannte amtliche Kilometergeld, gebührt (§ 28 Abs 1 und 2 GebAG; *Kram-*

*mer/Schmidt/Guggenbichler* aaO, § 28 GebAG Anm 1 und 2 sowie E 4; *Krammer*, aaO, Anh § 365 ZPO Rz 37).

Dem Sachverständigen gebührt nach ständiger Rechtsprechung aber auch die Umsatzsteuer nach § 31 Abs 1 Z 6 GebAG von den Barauslagen, also auch von den Portogebühren, Druckkosten, Übernachtungskosten und dem Kilometergeld (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 31 GebAG E 132; *Krammer*, aaO, Anh § 365 ZPO Rz 45; SV 2016/1, 30).

Da der Sachverständige nach der Anfechtungserklärung und seinem Rekursantrag insgesamt (nur) € 600,- inklusive Umsatzsteuer begehrt, sind ihm die Gebühren in diesem Ausmaß in Stattgebung seines Rekurses zuzusprechen.

Die Auszahlungsanordnung obliegt dem Erstgericht.

Gemäß § 41 Abs 3 letzter Satz GebAG findet im Gebührenbestimmungsverfahren ein Kostenersatz nicht statt, was für das Rechtsmittelverfahren explizit angeordnet wird (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 41 GebAG E 148 ff; *Krammer*, aaO, Anh § 365 ZPO Rz 33 und 116). Der Rekurswerber und die Klägerin haben daher die Kosten ihrer Rechtsmittelschriften selbst zu tragen.

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses ergibt sich aus § 528 Abs 2 Z 5 ZPO, was gemäß § 526 Abs 3 und § 500 Abs 2 Z 2 ZPO auszusprechen war.