

## **Zahnärztliche Gutachten und Ärztetarif (§§ 34 und 43 GebAG) – Kumulierung der Tarifansätze für Ärzte (§ 43 Abs 1 GebAG) – mündliche Gutachtensergänzung bzw -erörterung (§ 35 Abs 2 GebAG) – Kostentragungspflicht der Parteien und Beweislast (§ 2 GEG)**

1. Es findet sich kein Grund, um den Tarif in § 43 GebAG („Ärzte“) für einen Sachverständigen für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie (FG-Nr 02.33) sowie für Zahnheilkunde (FG-Nr 02.60) als unanwendbar zu sehen. Gemäß der in § 43 GebAG verwendeten Überschrift „Ärzte“ will das Gesetz den Tarif ganz allgemein für „Ärzte“ anwenden, ohne nach einzelnen ärztlichen Fachrichtungen zu unterscheiden und ohne bestimmte „Ärzte“ von der Anwendung des Tarifs auszunehmen. Dem Gesetz ist auch kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, wonach der Tarif nur für Ärzte der Humanmedizin gelten solle.
2. Bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Kumulierung der Gebührenansätze des § 43 Abs 1 GebAG (hier: insgesamt sechs Fragen) sind diese Ansätze dem Sachverständigen auch mehrfach zuzusprechen. Jedenfalls dann, wenn die Fragen der Sache nach als getrennte, wenngleich dieselbe untersuchte Person betreffende spezielle Fachkenntnisse erfordernde Fragenkomplexe anzusehen sind, steht dem Sachverständigen für jede Frage der volle Tarif zu und nicht bloß einmal der volle und je Zusatzfrage nur der halbe Tarif.
3. Für die mündliche Gutachtensergänzung bzw -erörterung (§ 35 Abs 2 GebAG) werden in der Praxis Sätze zwischen einem Viertel (bei hohen Gebühren) und einem Drittel, auch 40 % oder bei umfangreicher Gutachtensergänzung 50 % der Grundleistung, das ist die Mühewaltungsgebühr für das schriftliche Gutachten, zugesprochen. Hier: Bei umfangreichem Fragenkatalog Zuspruch von 75 %.

4. Dem Revisor steht gegen eine Entscheidung des Zivilgerichts über die vorläufige Kostenersatzpflicht (gegen den Grundsatzbeschluss nach § 2 GEG) das Rekursrecht zu, wenn der Bund durch die vorläufige Kostentragung unmittelbar belastet wird, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein unrichtiger Ausspruch die Einbringlichkeit der aus Amtsgeldern berichtigten Kosten gefährden kann.
5. Das Regelungssystem des § 2 Abs 1 GEG sieht eine Hierarchie der Anknüpfungsmomente für die Kostentragung vor: In erster Linie ist eine bestehende Kostentragungsvorschrift maßgebend, in zweiter Linie eine allenfalls bereits ergangene gerichtliche Kostenersatzentscheidung und erst in dritter Linie sind es die Kriterien des § 2 Abs 1 Satz 3 GEG. Für den Zivilprozess ist die maßgebende Vorschrift für die nach § 2 GEG zu treffende Entscheidung § 40 Abs 1 ZPO. Danach hat jede Partei die durch ihre Prozesshandlungen verursachten Kosten zunächst allein zu tragen. Die Kosten gemeinschaftlich veranlasster oder vom Gericht im Interesse beider Parteien auf Antrag oder von Amts wegen vorgenommener Handlungen sind von beiden Parteien gemeinschaftlich zu bestreiten. Bei der Anwendung der Bestimmung in § 2 Abs 2 GEG ist daher nicht von der materiellen Beweislast auszugehen. Bei einem nicht amtswegig beschlossenen Sachverständigenbeweis ist demgemäß – unabhängig von der Beweislast – der formelle Beweisführer für die Sachverständigengebühren zahlungspflichtig. Immer dann, wenn einander Behauptungen und Gegenbehauptungen zu einem bestimmten Beweisthema gegenüberstehen, deren Richtigkeit nach Auffassung des Gerichts nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden kann, erfolgt diese Einholung im Interesse beider Parteien. Der Umstand allein, dass die Beweislast für anspruchsbegründende Tatsachen im Zivilverfahren grundsätzlich den Kläger trifft, vermag für sich allein noch nicht zu bewirken, dass ein von Amts wegen bestellter Sachverständiger nicht auch zur Wahrung der Interessen der beklagten Partei tätig ist.
6. Wenn in einem Prozess von Amts wegen ein Sachverständigengutachten eingeholt wurde, ist das Argument einer Partei, sie habe die Zuziehung des Sachverständigen nicht beantragt und es sei ausschließlich die Gegenpartei für die von ihr behaupteten Ansprüche beweispflichtig, zu vordergründig, um ihm bei der Aufteilung der Sachverständigenkosten ausschlaggebende Bedeutung zumessen zu können. Hat auch die Gegenpartei keinen Antrag auf Durchführung des Sachverständigenbeweises gestellt und hatte der Sachverständige nicht bloß die Aufgabe, die vorhandenen Unterlagen daraufhin zu überprüfen, ob sie geeignet sind, den Anspruch des Klägers zu stützen, sondern auch daraufhin, ob

sie für die Stichhaltigkeit der vom Beklagten gegen den Anspruch erhobenen Einwendungen sprechen, so sind die aufgelaufenen Sachverständigenkosten beiden Prozessparteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Wurde allerdings der Sachverständigenbeweis ausschließlich über Antrag eines der Streitteile eingeholt, so hat diese Partei als formelle Beweisführerin ohne Rücksicht auf die Interessen oder die Beweislage für die betreffenden Kosten aufzukommen. Wurde daher der Sachverständigenbeweis vom Kläger beantragt und ausschließlich über seine Prozessbehauptungen geführt, kann von einer Beweisaufnahme im Interesse beider Parteien im Sinne der Bestimmungen in § 40 Abs 1 Satz 2 ZPO keine Rede sein. Freilich steht es einem Gericht frei, ungeachtet des vorliegenden Antrags nur einer Partei, von Amts wegen ein Sachverständigengutachten im Interesse beider Parteien einzuholen.

#### OLG Graz vom 18. Februar 2021, 3 R 141/20k

Im Verfahren zog das Erstgericht einen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie sowie der Zahnheilkunde bei. Gegen den Beschluss, mit dem das Gericht die Gebühren des Sachverständigen bestimmte sowie einen Haftungsausspruch nach § 2 GEG machte, richtet sich nun der Rekurs des Revisors. Dem liegt im Wesentlichen das folgende Geschehen zugrunde:

Im März 2016 schlug der Beklagte dem Kläger mehrfach mit den Fäusten in das Gesicht, selbst als der Kläger zu Boden ging, attackierte ihn der Beklagte weiter. Neben diversen Prellungen und Schwellungen erlitt der Kläger dadurch einen Bruch des linken Jochbeins und den Verlust von Zähnen samt Begleitverletzungen an den daran anschließenden Zähnen.

Im Prozess forderte der Kläger vom Beklagten den Ersatz des ihm dadurch entstandenen materiellen und immateriellen Schadens sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für seine künftigen Schäden. ... Zum Beweis seines Vorbringens berief sich der Kläger unter anderen auf den Beweis durch einen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Zahnmedizin. Der Beklagte wandte dagegen die Mitschuld des Klägers (durch Provokation) ein, er bestritt die Ansprüche auch der Höhe nach. ... Zum Beweis seines Vorbringens bezog er sich auf keinen Sachverständigenbeweis; er brachte vielmehr vor, das schon im Strafverfahren eingeholte zahnmedizinische Gutachten sei richtig, weshalb er dieses Gutachten als Beweismittel benannte.

In der vorbereitenden Tagsatzung beschloss das Gericht unter anderen die Beweisaufnahme durch Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie sowie Zahnheilkunde, wobei sich der Beklagte sogleich – unter Hinweis auf die dem Kläger obliegende Beweispflicht und auf die von ihm behauptete Unschlüssigkeit des Vorbringens zum Schmerzengeldanspruch – gegen den vom Erstgericht auch an ihn gerichteten Auftrag zum Erlag eines Kosten-

vorschusses wandte. Dem Kläger bewilligte das Erstgericht später über seinen Antrag hin die Verfahrenshilfe, unter anderen im Umfang der Bestimmungen in § 64 Abs 1 Z 1 lit c ZPO, sodass niemand Kostenvorschüsse für die anfallenden Sachverständigengebühren erlegte. Zum Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie sowie der Zahnheilkunde bestellte es DDr. N. N., dem es auftrag, „gestützt auf den Akteninhalt, demnach auf das wechselseitige Parteivorbringen und die vorgelegten Urkunden“ ein schriftliches Gutachten zu einzelnen im Beschlusstext formulierten Fragen zu verfassen. Der genaue Wortlaut dieser Fragen wird an späterer Stelle noch benannt werden. Der Sachverständige verfasste daraufhin das ihm aufgetragene Gutachten; der Kläger beantragte die Erörterung des schriftlichen Gutachtens, wozu er einen umfangreichen Fragenkatalog vorbereitete; dagegen erklärte der Beklagte, keinen Bedarf für eine Erörterung des Gutachtens des Sachverständigen zu sehen; er berief sich vielmehr darauf, dass das Sachverständigen Gutachten seine bisherigen Tatsachenbehauptungen verifiziert habe und dass auch nach dem nun vorliegenden Gutachten die dem Kläger zustehenden Ansprüche bereits durch den Zuspruch im Strafverfahren abgegolten worden seien.

Der Prozess endete dann durch Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs, den die Parteien in der Tagsatzung vom 15. 7. 2020 – „unter Einbeziehung des Sachverständigen“, aber noch vor Erörterung der an ihn gerichteten Fragen – miteinander schlossen. Im Vergleich verpflichtete sich der Beklagte, dem Kläger (weitere) € 2.250,- in monatlichen Raten zu € 250,- zu zahlen; schließlich erklärten die Parteien, dass sie ihre Verfahrenskosten jeweils selbst zu tragen hätten ...

Für sein schriftliches Gutachten verzeichnete der Sachverständige eine Gebühr von € 2.203,-, darunter € 1.500,- (5 Stunden zu je € 300,-) als Gebühr für Mühewaltung. Für die Teilnahme an der Tagsatzung verzeichnete der Sachverständige eine Gebühr von € 1.380,-, darunter € 450,- (1,5 Stunden zu jeweils € 300,-) für die „Vorbereitung auf die Verhandlung – Fragenkatalog“ sowie weitere € 450,- (abermals 1,5 Stunden zu jeweils € 300,-) als Gebühr für die Mühewaltung für die Teilnahme an der Verhandlung samt Vorbesprechung.

Gegen die vom Sachverständigen verzeichneten Gebühren richteten sich einzig Einwendungen des Revisors. In den beiden von ihm erhobenen Einwendungen beanstandete der Revisor jeweils die vom Sachverständigen verzeichnete Gebühr für die Mühewaltung, weil diese Gebühr nach den Ansätzen in § 43 GebAG zu bestimmen sei; für die Erörterung und Ergänzung des Gutachtens sei § 35 Abs 2 GebAG anzuwenden.

Das Erstgericht bestimmte nun die Gebühren für das schriftliche Gutachten antragsgemäß mit € 2.203,- und die Gebühr für die Teilnahme an der Tagsatzung ebenfalls übereinstimmend mit dem Gebührenantrag des Sachverständigen mit € 1.380,-. Zuletzt sprach es gemäß § 2 Abs 2 GEG aus, dass der Kläger für die einstweilen

aus Amtsgeldern entrichteten Gebühren von insgesamt € 3.583,- hafte.

In seiner Begründung folgte es der Argumentation des Sachverständigen: § 43 GebAG sei für Zahnärzte und Kieferchirurgen unanwendbar. Die zitierte Bestimmung nehme Zahnärzte und Kieferchirurgen zwar nicht explizit vom Anwendungsbereich aus, die in § 43 GebAG genauer beschriebenen Leistungen beträfen aber allesamt nur Leistungen von Ärzten und nicht auch von Zahnärzten oder Kieferchirurgen. Die Gebühr für Mühewaltung sei daher nach § 34 Abs 2 GebAG zu bemessen gewesen, wobei anhand der vom Sachverständigen vorgelegten Belege deutlich werde, dass er mit dem geltend gemachten Stundensatz von € 300,- den Vorgaben in § 34 Abs 2 letzter Satz GebAG Rechnung trage, weil er in seinem außgerichtlichen Erwerbsleben für gleichartige (privatgutachterliche) Tätigkeiten einen Stundensatz von derzeit über € 400,- lukriere. ... § 35 Abs 2 GebAG bestimme, dass die Gebühr für die Teilnahme an einer Verhandlung im Falle der Gutachtensergänzung in einem zur Grundgebühr für das schriftliche Gutachten niedrigeren Verhältnis zu bestimmen sei. Der Sachverständige habe an Gebühren für Mühewaltung insgesamt € 900,- verzeichnet, welcher Betrag sowohl hinsichtlich des zugrunde gelegten Stundensatzes (€ 300,-) als auch in Relation zu Gebühr für die Erstattung des schriftlichen Gutachtens (€ 1.500,-) angemessen und der Höhe nach gerechtfertigt sei. Auf diese Weise habe der Sachverständige für die Vorbereitung und die Gutachtensergänzung ohnehin nur 60 % der für das schriftliche Gutachten verzeichneten Gebühr für Mühewaltung geltend gemacht. ... Aufgrund der Beweislast sei gemäß § 2 Abs 2 GEG auszusprechen gewesen, dass der Kläger für die einstweilen aus Amtsgeldern ausbezahlten Gebühren hafte.

Gegen den Beschluss richtet sich der Rekurs des Revisors. Übereinstimmend mit seiner Anfechtungserklärung beantragt er, den Beschluss dahin abzuändern, dass die Gebühren des Sachverständigen für sein schriftliches Gutachten anstatt mit € 2.203,- laut Beschluss nur mit € 891,60 und die Gebühren für die Teilnahme an der Tagsatzung anstatt mit € 1.380,- laut Beschluss nur mit € 702,- bestimmt werden. Schließlich richtet er sein Rechtsmittel auch gegen den Ausspruch nach § 2 GEG; insoweit beantragt er die Abänderung des Beschlusses dahin, dass für die vorläufig aus Amtsgeldern entrichteten Gebühren dem Grunde nach der Kläger und der Beklagte jeweils zur Hälfte ersatzpflichtig seien.

Weder der Sachverständige noch die Parteien beteiligten sich am Rekursverfahren.

Über den Rekurs entscheidet das OLG Graz als Rekursgericht in der Zusammensetzung als Senat (§ 8 JN). ...

A. Zum Rekurs gegen die Gebührenbestimmung:

Der Rekurs ist teilweise berechtigt:

1. In beiden im Rekurs thematisierten Gebührennoten geht der Sachverständige bei den von ihm verzeichne-

ten Gebühren für die Mühewaltung von einer Zeitgebühr von € 300,- pro Stunde aus. Er unterstellt damit die Unanwendbarkeit der Gebührenbestimmung laut Tarifen des GebAG, namentlich des Tarifs in § 43 GebAG („Ärzte“), weil der Tarif für Zahnärzte unanwendbar sei, sodass die Gebühren nach jenen Einkünften zu bestimmen seien, die er für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge (§ 34 GebAG). In diesem Zusammenhang verweist er darauf, dass er seit dem Jahr 2016 € 360,- pro Stunde verrechnet habe, während er im außergerichtlichen Erwerbsleben derzeit (2020) bereits einen Satz von € 400,- pro Stunde lukriere. Dazu legte er entsprechende Belege vor. Das Erstgericht billigte den Ansatz des Sachverständigen als gesetzeskonform.

2. Der Revisor hält diesen Überlegungen den Vorrang der in den Tarifen festgelegten Gebühren entgegen: Das Gericht habe dem Sachverständigen aufgetragen, ein Gutachten zu den erlittenen Verletzungen des Klägers, zum Schmerzgeschehen, zur Arbeitsfähigkeit und zum daraus folgenden Verdienstentgang, zur Notwendigkeit einer Haushaltshilfe, zu den Heilbehandlungskosten und zu allfälligen Spät- oder Dauerfolgen zu erstatten. Dazu habe es einer eingehenden Untersuchung im Rahmen der Befundaufnahme erfordert, um daraus die an den Sachverständigen herangetragenen Fragen sachkundig beantworten zu können. Die vorgenommene kieferchirurgische Untersuchung sowie die extraorale und intraorale Untersuchung seien eine körperliche Untersuchung im Sinne der Bestimmungen in § 43 GebAG. Für eine besonders zeitaufwendige körperliche Untersuchung mit eingehender Begründung des Gutachtens sehe die Bestimmungen des § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG einen entsprechenden Tarif vor. Auch wenn die Bestimmungen des § 43 GebAG kieferchirurgische und zahnmedizinische gutachterlichen Untersuchungen nicht explizit anführe, folge daraus dennoch letztlich wieder eine Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 43 GebAG. Das erschließe die Anordnung in § 49 Abs 1 GebAG: Erbringe ein in §§ 43 bis 48 GebAG erfasster Sachverständiger eine Leistung, die in diesen Bestimmungen nicht angeführt sei, könne aber die Leistung wegen ihrer Ähnlichkeit mit den dort angeführten Leistungen gleichgehalten werden, dann sei die Leistung mit der für die nächstähnliche Leistung vorgesehenen Gebühr zu entlohnen. Das führe im konkreten Fall ebenfalls zur Anwendung der Bestimmungen in § 43 GebAG.

3. Das Rekursgericht folgt der Argumentation des Revisors:

3.1. Das GebAG will in § 34 Abs 1 Satz 2 GebAG eine angemessene Honorierung des Sachverständigen durch die Anordnung sichern, dass die Gebühr für Mühewaltung grundsätzlich nach den Einkünften zu bestimmen ist, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge. Damit betont das GebAG den Grundsatz der Entlohnung des Sachverständigen nach seinen außergerichtlichen Erwerbseinkünften. So sollen sich auch höchst qualifizierte Sachverständige für eine Tätigkeit bei Gericht

gewinnen lassen (*Krammer in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> [2017] Anhang zu § 365 ZPO Rz 5). Dennoch gebietet das Gesetz in § 34 Abs 2 GebAG auch die Berücksichtigung öffentlicher Interessen: Unter anderen in Verfahren, in denen eine der zur Zahlung verpflichteten Parteien Verfahrenshilfe genießt, ist bei der Bestimmung der Gebühr für die Mühewaltung im Rahmen des richterlichen Ermessens auch auf die öffentliche Aufgabe der Rechtspflege zum Wohle der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen. Die Gebühr für die Mühewaltung ist in diesen Fällen, sofern Tarife des GebAG (§§ 43 ff GebAG) bestehen, nach deren Ansätzen zu bestimmen, sonst nur teilweise nach § 34 Abs 1 GebAG, nämlich mit einem Abschlag von 20 %, somit mit 80 % der konkret nachgewiesenen außergerichtlichen Einkünfte oder – nach einem Teil der Rechtsprechung – mit 80 % von den nach § 34 Abs 3 Z 1 bis 3 GebAG bestimmten Rahmenstundensätzen (*Krammer, aaO*, Anhang zu § 365 ZPO Rz 8).

3.2. Im konkret zu beurteilenden Fall ist der Sachverständige Facharzt für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Facharzt für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie; er ist Sachverständiger für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie (FG-Nr 02.33) sowie für Zahnheilkunde (FG-Nr 02.60). Das Gericht erteilte ihm folgende Gutachtensaufträge:

*„a) Welche Verletzungen hat der Kläger bei der gegenständlichen Auseinandersetzung unfallkausal durch die tätlichen Angriffe des Beklagten erlitten?*

*b) Welches Schmerzgeschehen (gegliedert nach Schmerzperioden, komprimiert auf den 24-Stunden-Tag sowie unter Einbeziehung einer allfälligen psychischen Beeinträchtigung) war für den Kläger mit den unfallkausalen Verletzungen verbunden?*

*c) Zur Frage eines allfälligen Verdienstentgangs des Klägers möge dazu Stellung genommen werden, ob und wie lange der Kläger nicht in der Lage war, seine Tätigkeit als selbständiger Gastwirt, der eine Gaststätte alleine geleitet hat, auszuüben.*

*Sollte es für die Beantwortung dieser Frage notwendig sein, dass das Berufsbild eines Gastwirts, der alleine eine Gaststätte leitet, umschrieben wird, wird der Sachverständige DDr. N. N. schon jetzt ermächtigt, von dem ebenfalls bestellten Subsachverständigen aus dem Fachgebiet der Berufskunde K. eine gutachterliche Stellungnahme einzuholen und dieses Subgutachten im Rahmen des Gesamtgutachtens zu verwerten.*

*d) Zur Frage der Haushaltshilfe möge dazu Stellung genommen werden, wie lange der Kläger nach dem gegenständlichen Vorfall aufgrund der unfallkausalen Verletzungen (behauptet ist für einen Zeitraum von vier Wochen) nicht in der Lage war, einmal pro Woche den Rasen zu mähen und schwere Tätigkeiten im Haushalt (zB Aufhängen von Vorhängen, Tragen von schwereren Einkäufen und Staubsaugen) auszuüben.*

*e) Zur Frage der vom Kläger als unfallkausal behaupteten Heilbehandlungskosten (Zahnsanierung Dr. L.) in Höhe*

von € 4.260,- möge dazu Stellung genommen werden, ob diese Kosten (zur Gänze) unfallkausal sind.

f) Sind im Zusammenhang mit den unfallkausal erlittenen Verletzungen Dauer- und/oder Spätfolgen möglich bzw können solche mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden?“

Das Rekursgericht findet keinen Grund, um den Tarif in § 43 GebAG („Ärzte“) für die dem Sachverständigen aufgetragenen Leistungen als unanwendbar zu sehen. Gemäß der in § 43 GebAG verwendeten Überschrift „Ärzte“ will das Gesetz den Tarif ganz allgemein für „Ärzte“ anwenden, ohne nach einzelnen ärztlichen Fachrichtungen zu unterscheiden und ohne bestimmte „Ärzte“ von der Anwendung des Tarifs auszunehmen (OLG Wien 11 R 72/16p, SV 2016/2, 112 = *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG<sup>4</sup>, § 43 GebAG E 2). Es stimmt daher, dass der Tarif in § 43 GebAG Zahnärzte oder Kieferchirurgen nicht eigens erwähnt. Das Gesetz schließt die Anwendung des Tarifs für derartige Ärzte aber auch nicht aus. Ebenso wenig unterscheidet das Gesetz ganz generell zwischen der Fachrichtung der Humanmedizin einerseits und der Zahnmedizin andererseits, sodass dem Gesetz auch kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen ist, wonach der Tarif nur für Ärzte der Humanmedizin gelten solle.

In seiner Entscheidung 21 R 255/14v (SV 2016/1, 46 = *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 1) überlegte das LG Korneuburg, die in § 43 GebAG genannten und genauer beschriebenen Leistungen samt den diesbezüglichen Tarifen würden lediglich Leistungen von Ärzten betreffen, nicht daher Leistungen von Zahnärzten. Das Rekursgericht lehnt diesen Interpretationsansatz ab. Der Gesetzgeber scheute sich nämlich bewusst vor einer allzu feinen Differenzierung. So hieß es bereits in den Erläuterungen zum GebAG aus 1974, die einzelnen Gebührenansätze seien im Einvernehmen mit den Sachverständigen erstellt und auf den neuesten Stand der Wissenschaft gebracht worden, ohne dabei – trotz einer viel feineren Verästelung als im gegenwärtig geltenden Recht – einer breiten Kasuistik Raum zu geben. Deshalb seien zB von den Ärzten vorgeschlagene Nomenklaturen nicht übernommen, sondern nur die Oberbegriffe für bestimmte Leistungen angeführt worden (ErlRV 1336 BlgNR 13. GP, 33). Dem folgt auch die vom Revisor zutreffend relevierte Bestimmung in § 49 Abs 1 GebAG: „Wird von einem in den §§ 43 bis 48 [GebAG] erfaßten Sachverständigen eine Leistung erbracht, die in diesen Bestimmungen nicht angeführt ist, aber wegen ihrer Ähnlichkeit mit den dort angeführten Leistungen ihnen gleichgehalten werden kann, so ist sie mit der für die nächstähnliche Leistung vorgesehenen Gebühr zu entlohnen.“ Das zeigt neuerlich, dass der Gesetzgeber sich bewusst davor hütete, in einer unnötigen Kasuistik alle nur denkbaren Einzelleistungen in den Tarifen zu benennen. Unergiebig ist damit der Ansatz, der Tarif in § 43 GebAG sei für Zahnärzte unanwendbar, weil das Gesetz in § 43 GebAG keine Einzelleistungen einer zahnärztlichen Tätigkeit benenne. Aus gutem Grund erwähnte das OLG Wien in der bereits zitierten Entschei-

dung 11 R 72/16p (SV 2016/2, 112 = *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 2), dass die Erläuterungen zum Entwurf der GebAG-Novelle 2015 einen neu zu schaffenden Ansatz für die Erstellung eines Zahnstatus vorgesehen hatten (71/ME 25. GP, 6: „Die Änderungen im Bereich des § 43 Abs. 1 GebAG sollen auch zum Anlass genommen werden, die in § 43 Abs. 1 Z 3 ff. GebAG angeführten Gebührentatbestände für bestimmte zusätzliche ärztliche Leistungen auf der Grundlage eines entsprechenden Vorschlags der Österreichischen Ärztekammer zu überarbeiten und auf den aktuellen medizinischen Stand zu bringen. Dies gilt auch in Bezug auf den neu geschaffenen Ansatz für die Erstellung eines Zahnstatus (vorgeschlagener § 43 Abs. 1 Z 5 lit. f GebAG), der sich der Höhe nach an den aktuellen Gebührenbeträgen für vergleichbare ärztliche Leistungen orientiert.“). Der Entwurf wurde zwar nicht verwirklicht, zeigt aber ebenfalls, wie selbstverständlich die Annahme ist, dass auch zahnärztliche Leistungen vom Tarif in § 43 GebAG erfasst sind.

4. Das Rekursgericht folgt daher insoweit der Argumentation des Revisors. Die von ihm daraus abgeleiteten weiteren Konsequenzen billigt das Rekursgericht jedoch nur eingeschränkt.

Ausgehend vom Gutachtensauftrag hatte der Sachverständige insgesamt sechs Fragen zu beantworten. Ihm gebührt dafür jeweils der volle Tarif nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG in Höhe von € 116,20. Bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Kumulierung der Gebührenansätze des § 43 Abs 1 GebAG sind nämlich diese Ansätze dem Sachverständigen auch mehrfach zuzusprechen (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 144 ff). Im konkreten Fall sind die an den Sachverständigen gerichteten, weiter vorne wörtlich zitierten Gutachtensaufträge der Sache nach als getrennte, wenngleich dieselbe untersuchte Person betreffende spezielle Fachkenntnisse erfordernde Fragenkomplexe anzusehen. In diesem Punkt verlangt der Revisor in seinem Rekurs gar keine andere Sichtweise. Jedenfalls bezogen auf die konkret zu beurteilenden Gutachtensaufträge lehnt das Rekursgericht allerdings die vom Revisor geforderte Gesetzesdeutung ab; nehme der Sachverständige einen Befund auf und behandle er dann anhand dieses Befundes mehrere Fragen des Gerichts, stehe ihm nur einmal der volle Tarif und – in analoger Anwendung des § 49 Abs 3 Z 2 lit b GebAG – je Zusatzfrage nur die Hälfte des Tarifs zu. Denn eine analoge Heranziehung des § 49 Abs 3 GebAG kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Bestimmung ausdrücklich auf Befund und Gutachten von verschiedenen Sachverständigen abstellt (OGH 11 Os 2/10v, SV 2010/4, 218 = *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 201; OLG Wien 21 Bs 77/09s, SV 2009/2, 94 [zustimmend *Krammer*]; OLG Wien 13 R 16/15s, SV 2015/4, 226; weitere Belege bei *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 202 bis E 204). Dem Revisor ist zuzugestehen, dass die Rechtsprechung in diesem Punkt uneinheitlich ist (für die Sichtweise des Revisors OLG Graz 5 R 121/13y, SV 2014/2, 104; 10 Bs 377/18v, SV 2019/3, 159; weitere Belege bei *Krammer/Schmidt/Guggenbich-*

ler, aaO, § 43 GebAG E 205 ff). Das Rekursgericht lehnt diese Rechtsprechung jedenfalls für jene Fälle ab, wo die Gutachtensaufträge als getrennte, spezielle Fachkenntnisse erfordernde Fragenkomplexe anzusehen sind, mit anderen Worten: wenn keine bloße Zusatzfragen zu einer Hauptfrage, sondern eben mehrere Fragenkomplexe an den Sachverständigen herangetragen werden.

Davon ausgehend lassen sich für das schriftliche Gutachten die Gebühr für die Mühewaltung mit € 697,20 und die Gesamtgebühr für das schriftliche Gutachten mit netto € 1.033,50 ermitteln.

Ergänzt der Sachverständige das schriftlich erstattete Gutachten in der Verhandlung oder gibt er darüber wesentliche Aufklärungen oder Erläuterungen, so hat er Anspruch auf eine weitere Gebühr für Mühewaltung; sie ist in einem je nach der aufgewendeten Zeit und Mühe entsprechend niedrigeren Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen (§ 35 Abs 2 GebAG). In der Praxis werden Sätze zwischen einem Viertel (bei hohen Gebühren) und einem Drittel, auch 40 % oder bei umfangreicher Gutachtensergänzung 50 % der Grundleistung, das ist die Mühewaltungsgebühr für das schriftliche Gutachten, zugesprochen (*Krammer*, aaO, Anhang zu § 365 ZPO Rz 73; *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 35 GebAG E 97 ff). Im konkreten Fall erörterte das Gericht in der Tagsatzung mit den Parteien die Sachlage; schließlich konnten sich die Parteien unter Miteinbeziehung des Sachverständigen dazu entschließen, ihren Konflikt durch Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs zu lösen. Vor der Tagsatzung war dem Sachverständigen ein umfangreicher vom Kläger gestellter Fragenkatalog zugegangen, den der Sachverständige zur Vorbereitung auf die Tagsatzung hatte bearbeiten müssen. Angesichts der vorhin erwähnten Rechtsprechung akzeptiert der Revisor aufgrund des Umfangs des dem Sachverständigen übermittelten Fragenkatalogs eine Bemessung der Gebühr für die Mühewaltung in Höhe von 75 % der Grundleistung als angemessen. Das Rekursgericht sieht keinen Grund, davon abzuweichen. Ausgehend von der veränderten Höhe der Gebühr für die Mühewaltung für das schriftliche Gutachten ist daher die Gebühr für die Mühewaltung mit € 522,90 zu bestimmen, woraus sich die Gebühr für die Vorbereitung und Teilnahme an der Tagsatzung mit € 802,90 ergibt.

Die Gebühr des Sachverständigen beträgt deshalb insgesamt € 1.836,40. Dazu kommt die Umsatzsteuer von € 367,28. Nach § 39 Abs 2 GebAG sind die Gebührenbeträge auf volle Euro abzurunden, sodass der Gebührenanspruch des Sachverständigen insgesamt € 2.203,- beträgt.

Daraus resultieren der teilweise Rekuserfolg und die ... Abänderung des angefochtenen Beschlusses. Die aus der veränderten Entscheidung zur Gebührenhöhe notwendige Änderung der Auszahlungsanordnung ist dem Erstgericht vorbehalten (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 42 GebAG E 36).

B. Zum Rekurs gegen den Ausspruch nach § 2 Abs 2 GEG:

Der Rekurs ist zulässig:

Dem Revisor steht gegen eine Entscheidung des Zivilgerichts über die vorläufige Kostenersatzpflicht (gegen den Grundsatzbeschluss) das Rekursrecht zu, wenn der Bund durch die vorläufige Kostentragung unmittelbar belastet wird (*Dokalik*, Gerichtsgebühren<sup>13</sup> [2017] § 2 GEG E 143), weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein unrichtiger Ausspruch die Einbringlichkeit der aus Amtsgeldern berechtigten Kosten gefährden kann (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 232).

Der Rekurs ist jedoch unberechtigt:

...

Das Regelungssystem des § 2 Abs 1 GEG sieht eine Hierarchie der Anknüpfungsmomente für die Kostentragung vor: In erster Linie ist eine bestehende Kostentragungsvorschrift maßgebend, in zweiter Linie eine allenfalls bereits ergangene gerichtliche Kostenersatzentscheidung und erst in dritter Linie sind es die Kriterien des § 2 Abs 1 Satz 3 GEG. Für den Zivilprozess ist die maßgebende Vorschrift für die nach § 2 GEG zu treffende Entscheidung § 40 Abs 1 ZPO. Danach hat jede Partei die durch ihre Prozesshandlungen verursachten Kosten zunächst allein zu tragen. Die Kosten gemeinschaftlich veranlasster oder vom Gericht im Interesse beider Parteien auf Antrag oder von Amts wegen vorgenommener Handlungen sind von beiden Parteien gemeinschaftlich zu bestreiten (OLG Graz 4 R 127/18f, SV 2019/1, 43). Bei der Anwendung der Bestimmung in § 2 Abs 2 GEG ist daher nicht von der materiellen Beweislast auszugehen (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 89). Bei einem nicht amtswegig beschlossenen Sachverständigenbeweis ist demgemäß – unabhängig von der Beweislast – der formelle Beweisführer für die Sachverständigengebühren zahlungspflichtig (*Dokalik*, aaO, § 2 GEG 12 E 53 f). Immer dann, wenn einander Behauptungen und Gegenbehauptungen zu einem bestimmten Beweisthema gegenüberstehen, deren Richtigkeit nach Auffassung des Gerichts nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden kann, erfolgt diese Einholung im Interesse beider Parteien (OLG Innsbruck 2 R 261/09p, SV 2011/1, 42 = *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 107). Der Umstand allein, dass die Beweislast für anspruchsbegründende Tatsachen im Zivilverfahren grundsätzlich den Kläger trifft, vermag für sich allein noch nicht zu bewirken, dass ein von Amts wegen bestellter Sachverständiger nicht auch zur Wahrung der Interessen der beklagten Partei tätig ist.

Wenn in einem Prozess von Amts wegen ein Sachverständigengutachten eingeholt wurde, ist das Argument einer Partei, sie habe die Zuziehung des Sachverständigen nicht beantragt und es sei ausschließlich die Gegenpartei für die von ihr behaupteten Ansprüche beweispflichtig, zu vordergründig, um ihm bei der Aufteilung der Sachverständigenkosten ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen zu können. Hat auch die Gegenpartei keinen Antrag

auf Durchführung des Sachverständigenbeweises gestellt und hatte der Sachverständige nicht bloß die Aufgabe, die vorhandenen Unterlagen daraufhin zu überprüfen, ob sie geeignet sind, den Anspruch des Klägers zu stützen, sondern auch daraufhin, ob sie für die Stichhaltigkeit der vom Beklagten gegen den Anspruch erhobenen Einwendungen sprechen, so sind die aufgelaufenen Sachverständigenkosten beiden Prozessparteien je zur Hälfte aufzuerlegen (*Dokalik*, aaO, § 2 GEG E 34). In diesem Sinn judizierten Gerichte: Habe zwar eine Partei die Einholung eines Gutachtens zum Beweis ihres Vorbringens beantragt, sei aber das Beweismittel auch geeignet gewesen, die strittige Leistung der anderen Partei zu beweisen, sei die Beweisaufnahme im Interesse beider Parteien gelegen, sodass die Kosten der Beweisaufnahme von beiden Parteien gemeinschaftlich zu tragen seien, obwohl den Sachverständigenbeweis nur eine Partei beantragt habe (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 109). Wurde allerdings der Sachverständigenbeweis ausschließlich über Antrag eines der Streitteile eingeholt, so hat diese Partei als formelle Beweisführerin ohne Rücksicht auf die Interessen oder die Beweislage für die betreffenden Kosten aufzukommen (*Dokalik*, aaO, § 2 GEG E 36). Wurde daher der Sachverständigenbeweis vom Kläger beantragt und ausschließlich über seine Prozessbehauptungen geführt, kann von einer Beweisaufnahme im Interesse beider Parteien im Sinne der Bestimmungen in § 40 Abs 1 Satz 2 ZPO keine Rede sein (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 113). Freilich steht es einem Gericht frei, ungeachtet des vorliegenden Antrags nur einer Partei, von Amts wegen ein Sachverständigengutachten im Interesse beider Parteien einzuholen (OLG Graz 4 R 91/19p, SV 2020/2, 111, unter Hinweis auf VwGH 86/17/0088, AnwBl 1986/2497). In dem zu OLG Graz 4 R 91/19p entschiedenen Fall begründete das Rekursgericht die auch amtswegige Bestellung des Sachverständigen neben der Formulierung des Gutachtensauftrags (in den an den Sachverständigen gerichteten Fragen hatte das Gericht auch das Vorbringen der Beklagten berücksichtigt) damit, dass das Gericht den Beschluss auf Einholung eines Sachverständigengutachtens ohne Berufung auf § 279 ZPO gefasst und ausgeführt hatte, dass es den Beklagten (nur) wegen der ihnen gewährten Verfahrenshilfe keinen Kostenvorschuss aufgetragen habe.

In seinem Rekurs bezieht sich der Revisor auf diese Rechtsprechung: Er argumentiert, der Sachverständigenbeweis sei auch im Interesse des Beklagten gelegen, schon im Gutachtensauftrag habe das Gericht nämlich dem Sachverständigen aufgetragen, sein Gutachten unter Berücksichtigung des wechselseitigen Parteivorbringens und der vorgelegten Urkunden zu erstatten. Der Revisor zitiert den Gutachtensauftrag korrekt. Dennoch unterscheidet sich die konkrete Konstellation von dem in der vorhin zitierten Entscheidung (OLG Graz 4 R 91/19p) behandelten Fall. Der dem konkreten Gutachtensauftrag vorangestellte Einleitungssatz mag zwar für die Sichtweise des Revisors sprechen, die im weiteren Gutachtensauftrag dann aber genau ausformulierten, weiter vorne wörtlich zitierten Fra-

gen zeigen aber, dass das Erstgericht keineswegs daran dachte, im Interesse beider Verfahrensparteien amtswegig einen Gutachtensauftrag zu erteilen. Vielmehr hat es dabei zu bleiben, dass der Kläger alleiniger Beweisführer für den Sachverständigenbeweis war, während sich der Beklagte von Anfang an gegen einen derartigen Beweis-antrag ausgesprochen hatte (dies vor allem deshalb, weil das im Strafverfahren eingeholte Gutachten genüge und das Vorbringen des Klägers zur Rechtfertigung der Höhe seiner Ansprüche teilweise unschlüssig sei).

Dem Rekurs des Revisors war deshalb insoweit keine Folge zu geben.

...

Der Revisionsrekurs gegen diese Entscheidung ist jedenfalls unzulässig (§ 528 Abs 2 Z 3 und 5 ZPO).