

## **Verbesserungsverfahren (§ 39 Abs 1 GebAG) – Wahrnehmung einer Warnpflichtverletzung (§ 25 Abs 1a GebAG) – Warnpflicht und Gutachtenserörterung (§ 25 Abs 1a und § 35 Abs 2 GebAG)**

1. Das in § 39 Abs 1 Satz 3 GebAG normierte Verbesserungsverfahren, 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, ist zwar lediglich als Kann-Bestimmung formuliert, allerdings ist dieses „kann“ in verfassungskonformer Interpretation als „muss“ zu verstehen, um das rechtliche Gehör des Sachverständigen zu sichern.
2. Wenn das Gericht Bedenken hat, dass die vom Sachverständigen vorgelegten außergerichtlichen Honorarnoten von den jeweiligen Auftraggebern beglichen worden sind, hat es den Sachverständigen zwingend aufzufordern, dazu Aufklärung zu liefern und die Bezahlung dieser (oder anderer vergleichbarer Honorarnoten) nachzuweisen.
3. Eine allfällige Verletzung von Warnpflichten ist nicht von Amts wegen, sondern nur über einen entsprechenden Einwand der Parteien wahrzunehmen.
4. Die Warnpflicht ist zur Wahrung des Gebührenanspruchs nur hinsichtlich der Kosten des schriftlichen Gutachtens zwingend und greift bezüglich der Kosten der in § 35 Abs 2 GebAG erfassten Leistungen (Gutachtenserörterung bzw -ergänzung) jedenfalls dann nicht ein, so die in § 35 Abs 2 GebAG vorgesehene Relation der Gebühr für solche weiteren Leistungen zur Gebühr für die Grundleistung gewahrt ist.

**OLG Innsbruck vom 10. Februar 2022, 5 R 2/22s**

Im gegenständlichen Verfahren behauptet die klagende Partei – stark gekürzt –, eine von der beklagten Partei ge-

lieferte Lackieranlage weise zahlreiche Mängel und Fehlfunktionen auf, sodass die klagende Partei gezwungen sei, die Durchführung der notwendigen Maßnahmen von dritter Seite zu veranlassen. Die damit verbundenen Kosten würden € 36.832,14 betragen, die von der beklagten Partei zu ersetzen seien.

Über einen entsprechenden Antrag der klagenden Partei bewilligte das Erstgericht die Beweissicherung hinsichtlich des derzeitigen Zustands der Lackieranlage und bestellte N. N. zum Sachverständigen aus dem Fachbereich „Maschinen, Anlagen, Werkzeugmaschinen, Fertigungsmaschinen und Maschinenprüfungswesen“. Zur Deckung der mit der Einholung dieses Beweissicherungsgutachtens verbundenen Kosten trug das Erstgericht der klagenden Partei den Erlag eines Kostenvorschusses von € 4.000,- auf, der von der klagenden Partei auch erlegt wurde.

Vor Erarbeitung seines Beweissicherungsgutachtens teilte der Sachverständige dem Erstgericht mit, dass die zu erwartenden Kosten rund € 8.800,- betragen würden, worauf die klagende Partei weitere € 4.800,- an Kostenvorschuss erlegte.

In der Folge erarbeitete der Sachverständige sein Beweissicherungsgutachten und stellte dafür € 7.587,- in Rechnung. Bei der Übermittlung des Gutachtens teilte der Sachverständige dem Erstgericht mit, dass er „für gleiche oder ähnliche Tätigkeiten im außergerichtlichen Erwerbsleben einen Stundensatz von € 180,- zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer für jede angefangene Stunde“ erhalte und übersandte „zum Nachweis“ seine Honorarrichtlinie (Ausgabe: Mai 2018) sowie zwei Gebührennoten. Diese erwähnten Urkunden waren der Honorarnote, in der der Sachverständige unter anderem einen Stundensatz von € 180,- als Mühewaltungsgebühren geltend machte, auch angeschlossen.

Die beklagte Partei hat zu dieser Honorarnote insofern Stellung genommen, als sie darauf hinwies, dass für die Mühewaltungsgebühr ein Stundensatz von € 50,- bis € 100,- nach § 34 Abs 3 Z 2 GebAG angemessen sei.

In der Folge trug das Erstgericht dem Sachverständigen auch auf, ein Gutachten zur Frage zu erstatten, ob die hier in Rede stehende Lackieranlage Mängel aufweise und – wenn ja – welche Kosten mit der Behebung derselben verbunden wären. Unter einem teilte es dem Sachverständigen mit, dass der klagenden Partei der Erlag eines Kostenvorschusses von € 8.000,- aufgetragen worden sei; auch dieser Kostenvorschuss wurde von der klagenden Partei erlegt.

Der Sachverständige erarbeite auch dieses Gutachten und wies neuerlich darauf hin, dass er für gleiche oder ähnliche Tätigkeiten im außergerichtlichen Erwerbsleben einen Stundensatz von € 180,- zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer für jede angefangene Stunde erhalte und dass er die entsprechenden Nachweise bereits im Zuge der Beweissicherung übersandt habe. Für dieses Gutachten hat der Sachverständige € 6.041,- brutto in Rechnung gestellt, wobei er auch in dieser Honorarnote die Gebühr für Mühewaltung mit € 180,- ansetzte.

Gutachten und Honorarnote wurden den Parteien mit der Bemerkung übermittelt, dass dann, wenn nicht binnen zwei Wochen das Gegenteil mitgeteilt werde, angenommen werde, dass auf eine mündliche Erörterung verzichtet und der Bestimmung der Gebühren in der beanspruchten Höhe zugestimmt werde.

In der Folge beantragte die klagende Partei die schriftliche Ergänzung des Sachverständigengutachtens zu insgesamt 27 näher genannten Themenkreisen. Auch die beklagte Partei nahm zum Gutachten des Sachverständigen umfänglich Stellung; Einwendungen gegen die Gebührennote wurden nicht erhoben.

Im Rahmen der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 28. 4. 2021 ergänzte der Sachverständige sein Gutachten ausführlich mündlich und legte auch eine schriftliche Stellungnahme und sprach dafür € 5.227,- brutto an. In dieser Gebührennote werden – soweit für das Rekursverfahren von Interesse – für die Mühewaltung neuerlich € 180,- verzeichnet. Der Sachverständige wies auch bei der Gelegenheit darauf hin, dass er einen Stundensatz von € 180,- erhalte, und übersandte neuerlich die bereits seinerzeit übermittelten Kopien der Gebührennoten.

Diesmal nahm die klagende Partei zu der Gebührennote Stellung und bemängelte den vom Sachverständigen angesprochenen Stundensatz von € 180,- mit der Begründung, dass eine gesetzliche Gebührenordnung im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG nicht gegeben zu sein scheine, sodass daher die Gebühr gemäß § 34 Abs 3 Z 3 GebAG auf € 150,- zu bestimmen sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen mit insgesamt € 15.894,- brutto und wies das Mehrbegehren des Sachverständigen von € 2.961,- ab. Es begründete diese

Entscheidung – zusammengefasst – damit, dass dem Sachverständigen bekannt gewesen sei, dass insgesamt € 16.800,- an Kostenvorschüssen erliegen würden. Der Sachverständige habe gegen seine Warnpflicht im Sinne des § 25 Abs 1a GebAG insofern verstoßen, als er nicht davor gewarnt habe, dass es „im Hauptverfahren“ aufgrund des Gutachtens und der mündlichen Erörterung zur Überschreitung der erliegenden Kostenvorschüsse kommen würde, sodass der Gebührenanspruch des Sachverständigen schon grundsätzlich mit € 16.800,- zu beschränken sei.

Hinsichtlich der Mühewaltungsgebühr sei zu berücksichtigen, dass außergerichtliche Einkünfte von Sachverständigen zu bescheinigen seien, wobei der einfachste Fall der Glaubhaftmachung die Übermittlung der anonymisierten Honorarnoten samt Einzahlungsbelegen sei. Die Vorlage bloß einer einzigen außergerichtlichen Honorarnote samt Einzahlungsbeleg reiche als Nachweis der üblicherweise bezogenen Einkünfte nicht aus. Hier habe der Sachverständige zwar zwei Honorarnoten vorgelegt, ohne allerdings durch Einzahlungsbelege nachzuweisen, dass er diese Beträge nicht nur in Rechnung gestellt, sondern auch wirklich überwiesen erhalten habe. Daher liege für das Gericht keine ausreichende Bescheinigung vor. Eine gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung gebe es hier ebenfalls nicht, sodass nach § 34 Abs 3 Z 3 GebAG ein Stundensatz von € 150,- für Mühewaltung angemessen sei. Die Gebühr für Mühewaltung sei daher jeweils mit € 150,- zu bemessen, womit sich unter Zugrundelegung der vom Sachverständigen jeweils verzeichneten Stunden € 15.894,00 ergeben würden.

Gegen diese Entscheidung wendet sich (nur) der Sachverständige mit seinem – unter Berücksichtigung der auch im gegenständlichen Verfahren wirksamen Fristenhemmung nach § 222 ZPO – rechtzeitigem Rekurs, in dem er beantragt, die Gebühren in der von ihm verzeichneten Höhe zur Gänze zuzusprechen. Dieses Begehren wird – zusammengefasst – damit begründet, dass das Erstgericht gehalten gewesen wäre, wenn es schon Unklarheiten hinsichtlich seiner außergerichtlich erzielten Einkünfte gehabt habe, einen Verbesserungsauftrag zu erteilen bzw ihm die Möglichkeit zu geben, fehlende Bescheinigungsmittel nachzuweisen. In Bezug auf die Streichung der Gebühren für die Ergänzung von Befund und Gutachten sowie die mündliche Erörterung im Hauptverfahren hätte das Gericht selbst erkennen müssen, dass der vorliegende Kostenvorschuss nicht ausreichen werde, sodass das Gericht gehalten gewesen wäre, einen weiteren Kostenvorschuss aufzutragen.

Die klagenden und die beklagte Partei haben sich am Rekursverfahren nicht beteiligt.

Dieser Rekurs ist im Sinne des ihm innewohnenden Aufhebungsantrags berechtigt.

Gemäß § 38 Abs 1 Satz 1 GebAG hat der Sachverständige den Anspruch auf seine Gebühren binnen 14 Tagen nach Abschluss seiner Tätigkeit unter Aufgliederung der einzelnen Gebührenbestandteile geltend zu machen und hat gemäß Abs 2 leg cit die Umstände, die für die Gebühren-

bestimmung bedeutsam sind, zu bescheinigen. Nach § 39 Abs 1a GebAG ist den Parteien Gelegenheit zur Äußerung zum Gebührenantrag zu geben; diese zwingende Äußerungsmöglichkeit hat auch den Zweck, entsprechenden Einwänden durch Aufforderung an den Sachverständigen, die notwendigen Aufklärungen bzw Nachweise zu liefern, noch vor der Gebührenbestimmung Rechnung zu tragen.

§ 39 Abs 1 Satz 3 GebAG letztlich normiert, 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. Dieses Verbesserungsverfahren ist im Gesetz zwar lediglich als Kann-Bestimmung formuliert, allerdings ist dieses „kann“ in verfassungskonformer Interpretation als „muss“ zu verstehen, um das rechtliche Gehör des Sachverständigen zu sichern (RIS-Justiz RS0117521; RS0119962; *Weber*, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher<sup>5</sup>, § 39 GebAG Rz 2 [„muss zu einer Aufgliederung auffordern“]; *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG<sup>4</sup>, § 39 GebAG E 36; ständige Rechtsprechung des Rekursgerichts).

Hier hat der Sachverständige jeweils darauf hingewiesen, dass er außergerichtlich € 180,- netto pro Stunde erhalte (und nicht bloß „begehre“), und hat dazu auch zwei Honorarnoten vorgelegt. Wenn das Erstgericht schon Bedenken gehabt hat, dass diese Ansprüche des Sachverständigen von den jeweiligen Auftraggebern beglichen worden sind, dann hätte es den Sachverständigen zwingend auffordern müssen, dazu Aufklärung zu liefern, sodass das rechtliche Gehör des Sachverständigen verletzt wurde, was im Sinne des § 477 Abs 1 Z 4 iVm § 514 Abs 1 ZPO zur Aufhebung der Entscheidung in ihrem abweisenden Umfang führen muss.

Dass der Sachverständige auch im Rekurs keinen Nachweis für die Zahlung dieser Honorarnoten vorlegt, kann im Hinblick auf das im Rekursverfahren herrschende Neuerungsverbot (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 41 GebAG E 61 ff) nicht schaden; vielmehr wird das Erstgericht den Sachverständigen im fortgesetzten Verfahren aufzufordern haben, die Bezahlung dieser (oder anderer vergleichbarer Honorarnoten) nachzuweisen.

Zur Vermeidung unnötiger Weiterungen weist das Rekursgericht noch auf folgende Umstände hin:

Die mit § 25 Abs 1a GebAG geschaffene Warnpflicht verfolgt den Zweck, dem Gericht und vor allem den Parteien möglichst frühzeitig eine grobe Vorstellung von den Kosten eines Gutachtens zu vermitteln, um so gegebenenfalls aus wirtschaftlichen Gründen auf den Sachverständigenbeweis verzichten zu können oder in die Lage versetzt zu werden, ein Gutachten zu vermeiden, das als besonders ausführliche wissenschaftliche Arbeit über das hinausginge, was vom Sachverständigen in einem Prozess in der Regel erwartet wird. Da diese Warnpflicht daher vor allem die Parteien schützen soll, vertritt das Rekursgericht daher in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass eine allfällige Verletzung von Warnpflichten nicht von Amts wegen, sondern nur über einen entsprechenden Einwand der Parteien wahrzunehmen ist (statt vieler OLG Innsbruck 5 R 3/19h).

Nach der vom Rekursgericht ebenfalls in ständiger Rechtsprechung gebilligten Auffassung ist die Warnpflicht zur Wahrung des Gebührenanspruchs nur hinsichtlich der Kosten des schriftlichen Gutachtens zwingend und greift bezüglich der Kosten der in § 35 Abs 2 GebAG erfassten Leistungen (Gutachtenserörterung bzw -ergänzung) jedenfalls dann nicht ein (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 35 GebAG E 61), so die in § 35 Abs 2 GebAG vorgesehene Relation der Gebühr für solche weiteren Leistungen zur Gebühr für die Grundleistung gewahrt ist.

Hier wurde für das schriftliche Gutachten ein Kostenvorschuss von € 8.000,- erlegt. Für das schriftliche Gutachten hat der Sachverständige € 6.041,- brutto verrechnet, sodass insofern eine Verletzung der Warnpflicht ohnedies nicht zur Diskussion stehen kann. Dass für die mündliche Erörterung weitere – im Hinblick auf den Umfang der begehrten Erörterung durchaus beträchtliche – Kosten anfallen werden, musste für die Parteien völlig klar sein. Es bestand also so lange keine Warnpflicht des Sachverständigen, als sich die Kosten für Mühewaltung (alle mit der Zureise verbundenen Kosten haben außer Betracht zu bleiben) in einem „entsprechend niedrigeren Verhältnis zu Grundleistung“ (§ 35 Abs 2 GebAG) bewegten, wobei hier von den Parteien nicht einmal behauptet wurde, dass die Relation nicht gewahrt geworden wäre.