

## **Keine Anweisung zur Direktzahlung (§ 42 Abs 1 GebAG; § 2 Abs 2 GEG) – Auszahlungsanordnung bei Verfahrenshilfe (§ 42 GebAG) – Kostentragung bei mündlicher Erörterung (§ 2 Abs 2 GEG)**

1. Für eine Anweisung des Gerichts an eine Partei, Gebühren des Sachverständigen direkt an diesen zu bezahlen, fehlt es jedenfalls dann, wenn er im Sinne des § 34 Abs 2 GebAG nicht auf eine Aus-

zahlung aus Amtsgeldern verzichtet hat, an einer gesetzlichen Grundlage und einer Rechtswegzulässigkeit. Eine solche Anweisung darf nicht erfolgen.

2. Die Gebühr ist gemäß § 42 GebAG grundsätzlich immer aus einem für dieses Beweismittel erlegten Kostenvorschuss abzudecken, und zwar unabhängig davon, von wem dieser erlegt wurde. Anderes gilt, wenn eine Partei Verfahrenshilfe genießt. Waren beide Parteien Beweisführer oder hat sich zwar keine der Parteien auf den Sachverständigenbeweis berufen, lag dieser aber im Interesse beider Parteien, so darf der von der Partei ohne Verfahrenshilfe erlegte Kostenvorschuss nur mit der Hälfte der Gebühren belastet werden, während die andere Hälfte aus Amtsgeldern zu bezahlen ist.
3. Der Sachverständigenbeweis bildet betreffend die Kostenersatzpflicht eine Einheit. Es ist daher unzulässig, für die Kostentragung darauf abzustellen, auf wessen Veranlassung jeweils eine Tätigkeit des Sachverständigen zurückzuführen ist. Hat eine Prozesspartei die Beweisführung durch einen Sachverständigen beantragt, so wird ihr Gegner folglich nicht deshalb für die Mehrkosten zahlungspflichtig, weil er die Ladung des Sachverständigen zur Verhandlung zwecks Erörterung des Gutachtens und Ausübung seines Fragerechts beantragt hat; es handelt sich bei einem von der anderen Verfahrenspartei gestellten Antrag auf Gutachtenserörterung um keinen neuen Beweisantrag.
4. Erliegt kein Kostenvorschuss (mehr) oder ist als Beweisführer allein eine Partei anzusehen, die Verfahrenshilfe genießt, ist die Gebühr gemäß § 42 Abs 1 iVm § 34 Abs 2 GebAG zur Gänze aus Amtsgeldern zu bezahlen. Eine Auszahlung aus Amtsgeldern erfordert weiters eine Entscheidung nach § 2 Abs 2 GEG, von wem diese Kosten einzubringen sind, und hat auch zu ergehen, wenn die ersatzpflichtige Partei Verfahrenshilfe genießt; dabei ist allerdings klarzustellen, dass dadurch die Wirkungen der bewilligten Verfahrenshilfe nicht aufgehoben werden.

#### OLG Wien vom 25. April 2022, 1 R 164/21a

Das Erstgericht bestellte mit Beschluss vom 3. 10. 2017 N. N. zum Sachverständigen, wobei es unter anderem festhielt: „Um Kostenschätzung vorab wird gebeten!“

Der Sachverständige übermittelte am 12. 12. 2017 antragsgemäß eine detaillierte Schätzung des voraussichtlichen Kosten- und Zeitaufwands pro Frage samt einer korrespondierenden Gebührenwarnung und legte unter einem eine Gebührennote für die Kostenschätzung über gesamt € 2.310,-. Er berechnete seine Gebühren dabei aufgrund der vom Kläger beantragten Verfahrenshilfe anhand von § 34 Abs 2 GebAG und verzichtete nicht auf eine Auszahlung aus Amtsgeldern.

Die Parteien erhoben dagegen keine Einwendungen, der Revisor zog seine Einwendungen nach Vorlage von Bescheinigungsmitteln zu den außergerichtlichen Einkünften des Sachverständigen am 23. 1. 2018 wieder zurück.

Am 24. 2. 2019 legte der Sachverständige sodann eine Gebührennote für sein schriftliches Gutachten über € 230.000,-, wobei diese Gebühren vom Erstgericht mit Beschluss vom 18. 12. 2019, bestätigt durch das OLG Wien am 8. 5. 2020 zu 1 R 30/20v, antragsgemäß bestimmt und am 7. 9. 2020 aus Amtsgeldern ausbezahlt wurden. In diesem Beschluss ist weiters im Sinne des § 2 Abs 2 GEG festgehalten, dass diese Amtshandlung im Interesse und auf Antrag des Klägers vorgenommen worden sei.

Mit Beschluss vom 14. 8. 2020 stellte das Erstgericht (nur) den Parteien neuerlich die Gebührennote des Sachverständigen über € 2.310,- zur allfälligen Äußerung zu, wobei diesmal beide Seiten Einwendungen erhoben.

In der Folge beantragten die Beklagten die Gutachtensergänzung und erlegten dafür über Auftrag des Gerichts einen Kostenvorschuss von insgesamt € 30.000,-.

Mit Gebührennote vom 5. 3. 2021 verrechnete der Sachverständige entsprechend seiner Gebührenwarnung für die aufgetragene schriftliche Gutachtensergänzung gesamt € 30.000,-. Diese Gebührennote stellte das Erstgericht den Parteien zur Äußerung zu, die dagegen keine Einwendungen erhoben.

Sodann beantragte der Kläger die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Gutachtensergänzung und erlegte im Hinblick auf seinen Verfahrenshilfeantrag keinen Kostenvorschuss.

Für die Teilnahme an der Tagsatzung vom 16. 6. 2021 verrechnete der Sachverständige entsprechend seiner Gebührenwarnung mit Gebührennote vom 27. 6. 2021 € 20.000,-. Weder die Parteien noch der Revisor erhoben dagegen Einwendungen.

Mit Beschluss vom 23. 8. 2021 bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen für die Teilnahme an der Tagsatzung vom 16. 6. 2021 antragsgemäß und mangels Einwendungen ohne nähere Begründung (vgl § 39 Abs 3 Z 2 GebAG) mit € 20.000,-. Unter einem wies es den Rechnungsführer an, nach Rechtskraft dieses Beschlusses einen entsprechenden Teilbetrag aus den Kostenvorschüssen der Beklagten anzuweisen und die restlichen € 10.000,- rückzuüberweisen.

Dieser Beschluss wurde an die Parteien sowie den Sachverständigen und den Revisor zugestellt und erwuchs unbekämpft in Rechtskraft; eine Aus- und Rückzahlung ist – soweit ersichtlich – bis dato nicht erfolgt.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 8. 9. 2021 bestimmte das Erstgericht sodann die Gebühren des Sachverständigen für die schriftliche Gutachtensergänzung antragsgemäß mit € 30.000,-. Punkt 2. lautet (ohne nähere Begründung): „Da die Amtshandlung in ihrem Interesse vorgenommen wurde, wird der beklagten Partei aufgetragen, binnen 14 Tagen den Betrag von € 30.000,- an ... [den Sachverständigen] zu bezahlen (§ 42 Abs 1 GebAG; § 2 Abs 1 GEG; § 40 ZPO).“

...

Gegen die Zahlungspflicht laut Punkt 2. dieses Beschlusses richtet sich jeweils ein Rekurs des Sachverständigen sowie der Beklagten.

Der Kläger und der Revisor beteiligten sich nicht am Rechtsmittelverfahren, Rekursbeantwortungen wurden nicht erstattet.

Der Rekurs des Sachverständigen ist berechtigt; die Beklagten werden mit ihrem Rechtsmittel auf die Entscheidung darüber verwiesen.

1. ...

2. Die Beklagten beantragen in ihrem Rekurs, Punkt 2. des Beschlusses dahin gehend abzuändern, dass der Kläger zur Bezahlung der Gebühren des Sachverständigen in Höhe von € 20.000,- verpflichtet bzw in diesem Umfang eine Zahlung aus Amtsgeldern angeordnet werde und der Restbetrag von € 10.000,- aus ihren Kostenvorschüssen angewiesen werde. Dazu bringen sie vor, dass sie für die von ihnen beantragte schriftliche Gutachtensergänzung auftragsgemäß einen entsprechenden Kostenvorschuss von € 30.000,- erlegt hätten. Der Beschluss vom 23. 8. 2021, mit dem die Auszahlung eines Teilbetrags aus ihren Kostenvorschüssen von € 20.000,- für die vom Kläger beantragte mündliche Gutachtensergänzung angeordnet worden sei, hätte von ihnen mangels Beschwer nicht bekämpft werden können, zumal das Gericht über Kostenvorschüsse frei verfügen könne. Dies könne aber nicht dazu führen, dass sie in Summe auch die Gebühren für den Ergänzungsantrag des Klägers tragen müssten.

Der Sachverständige begehrt, Punkt 2. als nichtig aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung über die Auszahlung aufzutragen, *in eventu*, diesen dahin gehend abzuändern, dass die Gebühren aus Amtsgeldern angewiesen werden. Er habe ausdrücklich nicht auf eine Auszahlung aus Amtsgeldern verzichtet. Wenn daher kein (ausreichender) Kostenvorschuss erliege, könne er gemäß § 42 Abs 1 iVm § 34 Abs 2 GebAG nicht auf eine Direktzahlung verwiesen werden. Für diese Anordnung fehle es an einer gesetzlichen Grundlage.

3.1. Die Ausführungen des Sachverständigen sind zutreffend. Für eine Anweisung des Gerichts an eine Partei, Gebühren des Sachverständigen direkt an diesen zu bezahlen, fehlt es jedenfalls dann, wenn er – wie hier – im Sinne des § 34 Abs 2 GebAG nicht auf eine Auszahlung aus Amtsgeldern verzichtet hat, an einer gesetzlichen Grundlage und einer Rechtswegzulässigkeit; ein solcher Auftrag ist als nichtig zu beheben (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG<sup>4</sup>, § 42 GebAG E 3, E 32 f und E 35).

Somit ist auch eine klarstellende Berichtigung entbehrlich, ob mit dem Auftrag an „die beklagte Partei“ eine solidarische Haftung oder eine solche nach Kopfteilen angeordnet wurde (siehe dazu *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 190 ff, E 203 f und E 221).

Daher ist der angefochtene Beschlusspunkt ersatzlos zu beheben und dem Erstgericht aufzutragen, eine Auszahlungsanordnung im Sinne des § 42 Abs 1 GebAG samt (allfälliger) Entscheidung nach § 2 Abs 2 GEG zu treffen; eine Abänderung kommt insofern nicht in Betracht (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 41 GebAG E 132 f sowie § 42 GebAG Anm 8 und E 36 f; *Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup>, § 527 Rz 1).

3.2. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass die Gebühr gemäß § 42 GebAG grundsätzlich immer aus einem für dieses Beweismittel erlegten Kostenvorschuss abzudecken ist, und zwar unabhängig davon, von wem dieser erlegt wurde. Anderes gilt, wenn eine Partei Verfahrenshilfe genießt. Waren beide Parteien Beweisführer oder hat sich zwar keine der Parteien auf den Sachverständigenbeweis berufen, lag dieser aber im Interesse beider Parteien, so darf der von der Partei ohne Verfahrenshilfe erlegte Kostenvorschuss nur mit der Hälfte der Gebühren belastet werden, während die andere Hälfte aus Amtsgeldern zu bezahlen ist (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 42 GebAG Anm 2 und Anm 7 sowie E 8 ff und E 16 ff).

Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass der Sachverständigenbeweis nach überwiegender Ansicht (vgl OLG Wien 1 R 5/20t, RIS-Justiz RW0000005 mwN; *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 80, E 98 ff und E 130 f) betreffend die Kostenersatzpflicht eine Einheit bildet und es daher unzulässig ist, für die Kostentragung darauf abzustellen, auf wessen Veranlassung jeweils eine Tätigkeit des Sachverständigen zurückzuführen ist. Hat eine Prozesspartei die Beweisführung durch einen Sachverständigen beantragt, so wird ihr Gegner folglich nicht deshalb für die Mehrkosten zahlungspflichtig, weil er die Ladung des Sachverständigen zur Verhandlung zwecks Erörterung des Gutachtens und Ausübung seines Fragerechts beantragt hat; es handelt sich bei einem von der anderen Verfahrenspartei gestellten Antrag auf Gutachtenserörterung um keinen neuen Beweis Antrag.

Erliegt daher kein Kostenvorschuss (mehr) oder ist als Beweisführer allein eine Partei anzusehen, die Verfahrenshilfe genießt, ist die Gebühr gemäß § 42 Abs 1 iVm § 34 Abs 2 GebAG zur Gänze aus Amtsgeldern zu bezahlen.

Eine Auszahlung aus Amtsgeldern würde weiters eine Entscheidung nach § 2 Abs 2 GEG erfordern, von wem diese Kosten einzubringen sind, und hat auch zu ergehen, wenn die ersatzpflichtige Partei Verfahrenshilfe genießt; dabei ist allerdings klarzustellen, dass dadurch die Wirkungen der bewilligten Verfahrenshilfe nicht aufgehoben werden (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, Anhang zu § 42 GebAG E 207, E 225 und E 227).

4. Ein Ausspruch über eine Kostenersatzpflicht im Rechtsmittelverfahren kann schon deswegen entfallen, weil weder die Beklagten noch der Sachverständige in ihren Rekursen Kosten verzeichnet haben. ...

5. Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig ...