Kein Honoraranspruch eines aus seinem Verschulden erfolgreich abgelehnten Sachverständigen (§ 25 Abs 3 GebAG; § 355 Abs 1 und 2, § 496 Abs 1 Z 2 ZPO)

1. Gemäß § 355 Abs 1 ZPO können Sachverständige aus denselben Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Wird dem Ablehnungsantrag stattgegeben, hat das Gericht einen anderen Sachverständigen zu bestellen. Ein schon erstattetes Gutachten darf nicht berücksichtigt werden. Geschieht dies doch, ist das Verfahren zwar nicht nichtig, wohl aber kann dieses Vorgehen einen sonstigen Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO begründen.

2. Hat der Sachverständige, der erfolgreich wegen Befangenheit abgelehnt wurde, den Befangenheitsgrund nicht selbst sofort gemeldet, so ist ebenso wie bei Nichtmelden eines Ausschließungsgrundes seine Tätigkeit aus seinem Verschulden unvollendet geblieben und sein Gutachten völlig unbrauchbar. In diesem Fall verliert der Sachverständige zur Gänze seinen Gebührenanspruch (§ 25 Abs 3 GebAG).

3. Es ist dem Sachverständigen als Verschulden anzurechnen, dass er die vor dem Prozess erfolgte Erstellung eines Schlussberichts für die zuständige Seilbahnüberwachungsstelle betreffend die streitgegenständliche Sesselliftanlage nicht schon vor Erstattung seines Gerichtsgutachtens offengelegt hat.

OLG Innsbruck vom 23. November 2009, 4 R 148/09k

Am 19. 3. 2008 kam es im Schigebiet I. bei der Bergstation des von der beklagten Partei betriebenen S.-Sesselliftes zu einem Unfall, bei dem die Klägerin verletzt wurde.

Mit ihrer am 10. 8. 2008 eingebrachten Schadenersatzklage begehrte die Klägerin letztlich, die beklagte Partei zur Zahlung von € 30.132,96 sA zu verpflichten und festzustellen, dass ihr die beklagte Partei für sämtliche (zu ergänzen: künftigen) kausalen Folgen aus dem Sturz am S.-Sessellift zu haften habe. Sie brachte vor, sie sei beim Ausstieg aus dem Sessellift mit voller Wucht von einem Sessel getroffen und verletzt worden, weil die beklagte Partei als Betreibergesellschaft ihrer Verkehrssicherungspflicht nicht nachgekommen sei.

Die beklagte Partei beantragte Klagsabweisung und wendete im Wesentlichen ein, dass es sich beim S.-Sessellift um eine geprüfte Anlage handle und der Unfall einzig und allein darauf zurückzuführen sei, dass die Klägerin mangels Aufmerksamkeit die Ausstiegstelle zu langsam verlassen habe.

In der vorbereitenden Tagsatzung vom 2. 12. 2008 wurde im Rahmen des Prozessprogramms unter anderem die Aufnahme eines Sachbefundes aus dem Gebiet der Seilbahntechnik beschlossen und in der nachfolgenden Tagsatzung vom 5. 2. 2009 Dipl.-Ing. N. N. zum Sachverständigen bestellt. Mit Note vom 17. 3. 2009 erhielt der bestellte Sachverständige den Auftrag, ein Gutachten darüber zu erstellen, ob die Liftanlage bescheidgemäß ausgeführt worden sei, ob man aus den im Polizeiakt vorhandenen Lichtbildern eine Rekonstruktion der Beschaffenheit des Ausstiegsbereiches zum Unfallzeitpunkt machen könne, ob die Geschwindigkeit von 1,8 m/sec zum Zeitpunkt des Unfalls nach den Gegebenheiten vor Ort angemessen gewesen sei, ob die Liftanlage überhaupt dem Stand der Technik entsprochen habe, wie lange es dauere, bis bei der gegenständlichen Anlage der Lift ab Betätigung des Stoppknopfes und Betätigung des Gefahr-Aus-Knopfes zum Stillstand komme und ob es durch besondere Vorkehrungen aus technischer Sicht möglich gewesen wäre, den Unfall im Hinblick darauf, dass die Seilrichtung einen Bogen nach links und die Ausstiegsrichtung einen Bogen nach rechts mache, zu verhindern.

Am 14. 5. 2009 langte das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. N. N. samt Honorarnote beim Erstgericht ein. Das Gutachten samt Honorarnote wurde in der Folge den Parteien unter anderem mit dem Bemerken zugestellt, dass Einwendungen gegen die verzeichneten Gebühren binnen 14 Tagen eingebracht werden können und dass im Falle der Nichtäußerung Zustimmung zur Gebührenbestimmung in der Höhe der beanspruchten Sachverständigengebühr angenommen werde.

Da innerhalb der 14-tägigen Frist keine Einwendungen gegen die vom Sachverständigen angesprochenen Gebühren erhoben wurden, bestimmte das Erstgericht mit Beschluss vom 9. 6. 2009 die Gebühren des Sachverständigen Dipl.-Ing. N. N. „nach den Bestimmungen des GebAG 1975 idgF mit € 2.300,90“.

Mit Schriftsatz vom 10. 6. 2009 lehnte die Klägerin den Sachverständigen ab. Aus den dem Gutachten beigefügten Unterlagen ergebe sich, dass Dipl.-Ing. N. N. die periodische Überprüfung der klagsgegenständlichen Seilbahnanlage durchgeführt habe, er also in „amtlicher Funktion“ für die akkreditierte Überwachungsstelle von Dipl.-Ing. H. S. tätig gewesen sei. Da der Gutachtensauftrag einer „Selbstüberprüfung und Selbstbestätigung“ gleichkommen würde, hätte der Sachverständige den Gutachtensauftrag ablehnen müssen, weshalb unter anderem beantragt werde, das Gutachten des Sachverständigen wegen nicht angezeigter Befangenheit gemäß § 477 Abs 1 Z 1 ZPO für nichtig zu erklären und einen anderen Gutachter zu beauftragen. Die beklagte Partei stellte sich in ihrer Replik vom 16. 6. 2009 auf den Standpunkt, der Sachverständige Dipl.-Ing. N. N. habe nur eine Befundaufnahme bezüglich der Anlage gemacht, während die eigentliche Begutachtung allein durch Dipl.-Ing. H. S. erfolgt sei, weshalb keine Befangenheit des Sachverständigen gegeben sei. Der Sachverständige Dipl.-Ing. N. N. nahm im Rahmen des – gar nicht beauftragten – Ergänzungsgutachtens vom 29. 6. 2009 zum Vorwurf der Befangenheit Stellung und führte aus, die zentralen Fragen im Gutachtensauftrag seien nicht Gegenstand der seinerzeitigen Seilbahnüberprüfung gewesen und es habe auch kein Naheverhältnis zur beklagten Partei bestanden, weshalb eine Befangenheit nicht vorliege.

Mit Beschluss vom 21. 7. 2009 enthob das Erstgericht den Sachverständigen Dipl.-Ing. N. N. seines Amtes und wies unter anderem seinen Antrag auf Bestimmung der für das Ergänzungsgutachten angesprochenen Gebühren ab. In seiner Begründung erachtete das Erstgericht die Tätigkeit des Sachverständigen Dipl.-Ing. N. N. für die Seilbahn-Überwachungsstelle als ausreichend, bei der klagenden Partei ein Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigten zu wecken, weshalb die Ablehnung des Sachverständigen gerechtfertigt sei.

Gegen den Gebührenbestimmungsbeschluss vom 9. 6. 2009 richtet sich der rechtzeitig erstattete Rekurs der Klägerin, der in den Antrag mündet, dass ihrem Antrag auf Nichtigerklärung des Sachverständigenbeweisverfahrens des Dipl.-Ing. N. N. stattgegeben und ihrem Antrag auf Zuerkennung von Sachverständigengebühren in Höhe von € 2.300,90 wegen Nichtigkeit des Sachverständigenbeweisverfahrens ab- oder zurückgewiesen werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Rückverweisungsantrag gestellt,

weiters die (ersatzlose) Behebung des angefochtenen Beschlusses als nichtig verlangt.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer ebenfalls fristgerecht erstatteten Rekursbeantwortung, dem Rechtsmittel der Gegenseite keine Folge zu geben. Der Sachverständige beteiligte sich am Rekursverfahren nicht.

Dazu ist auszuführen:

Gemäß § 355 Abs 1 ZPO können Sachverständige aus denselben Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen; jedoch kann die Ablehnung nicht darauf gegründet werden, dass der Sachverständige früher in derselben Rechtssache als Zeuge vernommen wurde. Nach Abs 2 leg cit ist die Ablehnungserklärung bei dem Prozessgericht ... vor dem Beginn der Beweisaufnahme und bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens mittels Schriftsatzes oder mündlich anzubringen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.

Wird dem Ablehnungsantrag stattgegeben, hat das Gericht einen anderen Sachverständigen zu bestellen; ein schon erstattetes Gutachten darf nicht berücksichtigt werden. Geschieht dies doch, ist das Verfahren zwar mangels derartiger Anordnung nicht mit Nichtigkeit bedroht, wohl aber kann es – ähnlich wie die Verwertung von Aussagen zeugnisunfähiger Personen – einen sonstigen Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO begründen (*Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze[2] III, §§ 355, 356 ZPO Rz 1; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO[3], § 356 Rz 6).

Das Erstgericht hat den Ablehnungsantrag der Klägerin vom 10. 6. 2009 für – letztlich noch – rechtzeitig und begründet erachtet und den Sachverständigen enthoben. Für eine Nichtigerklärung des Gutachtens des enthobenen Sachverständigen besteht keine gesetzliche Grundlage. Insoweit im Rekurs das Ziel einer Nichtigerklärung des Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. N. N. verfolgt wird, war der Rekurs daher zu verwerfen.

Der Sachverständige hat im Falle seines Ausschlusses keinen Gebührenanspruch, weil seine Tätigkeit aus seinem Verschulden unvollendet geblieben und sein Gutachten völlig unbrauchbar ist, sodass der gerichtliche Auftrag nicht erfüllt wurde. Das Verschulden des Sachverständigen liegt in so einem Fall darin, dass er nicht sofort selbst den Ausschließungsgrund gemeldet hat. Eine solche Warnpflicht kann aufgrund des Sachverständigeneides nicht zweifelhaft sein (*Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG[3] [2001] § 25 GebAG E 96). Gleiches gilt, wenn der Sachverständige erfolgreich wegen Befangenheit abgelehnt wurde.

Es ist dem Sachverständigen Dipl.-Ing. N. N. zum Verschulden anzurechnen, dass er den Ablehnungsgrund – nämlich die vor dem Prozess erfolgte Erstellung eines Schlussberichtes betreffend die streitgegenständliche Sesselliftanlage für die zuständige Seilbahn-Überwachungsstelle – nicht schon vor Erstattung des Gutachtens gemeldet und offengelegt hat. Der Sachverständige hat somit keinen Honoraranspruch (vgl OLG Wien, 12 R 2/02f). Insoweit war in Stattgebung des Rekurses sein Antrag auf Gebührenbestimmung abzuweisen.

Die Kostenentscheidung ist in § 41 Abs 3 letzter Satz GebAG begründet.

Gemäß § 528 Abs 2 Z 5 ZPO ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig.