
Entscheidungen und Erkenntnisse

bearbeitet von Dr. Manfred Mann-Kommenda, MSc., Richter des HG Wien

Richtigkeit des Gutachtens, gerichtlicher Auftrag und Gebühr bei unvollendeter Tätigkeit (§ 25 Abs 3 GebAG)

1. Im Gebührenbestimmungsverfahren wird die inhaltliche Richtigkeit und/oder Brauchbarkeit des Gutachtens nicht überprüft. Die Voraussetzungen für den Gebührenanspruch des Sachverständigen sind daher gegeben, wenn das Gutachten in Befolgung des gerichtlichen Auftrags erstattet wurde.
2. Der Sachverständige hat auch dann einen Gebührenanspruch für seine erbrachten Leistungen, wenn das Gutachten unrichtig ist, solange nicht einer der besonderen Fälle vorliegt, der eine Minderung oder gar einen gänzlichen Entfall der Gebühr nach sich zieht. Für völlig unbrauchbare Gutachten steht kein Gebührenanspruch zu; derartige Gutachten sind nicht als Erfüllung des Auftrags des Gerichts anzusehen. Nur wenn sich aufgrund einer Zweitbegutachtung oder einer Oberbegutachtung oder in anderer Weise herausstellt, dass dem Sachverständigen grobe Fehler, ein schwerwiegendes Verschulden oder grösste Verstöße gegen die anerkannten Grundsätze und Methoden seiner Wissenschaft unterlaufen sind, entspricht das unrichtige und fehlerhafte Gutachten nicht dem gerichtlichen Auftrag und der Sachverständige verliert seinen Gebührenanspruch.
3. § 25 Abs 3 GebAG sieht zwei Fälle vor, in denen es zu einem Entfall bzw zu einer Kürzung der Gebühr kommen kann. Wenn das Gutachten so mangelhaft abgefasst ist, dass es nur deshalb einer Erörterung bedarf, ist die Gebühr für Mühewaltung um ein Viertel zu mindern. Diese Minderung des Gebührenanspruchs unterbleibt jedoch, wenn die Erörterung, wenn auch aus anderen Gründen, entfällt.
4. Der komplette Entfall der Gebühr erfordert, dass die Tätigkeit des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist. Führt der Sachverständige in einer Stellungnahme aus, dass die zu klärende Frage nicht ohne Erweiterung der Erkenntnisgrundlage seitens des Gerichts beantwortet werden kann, ist seine Tätigkeit (vorerst jedenfalls) ohne sein Verschulden unvollendet geblieben. Er hat daher Anspruch auf die seiner unvollendeten Tätigkeit entsprechende Gebühr.
5. Hat der Sachverständige grundsätzlich mit seinem schriftlichen Gutachten dem Auftrag des Gerichts entsprochen, kann nicht von einer unvollendeten Tätigkeit ausgegangen werden.

OLG Wien vom 4. Mai 2023, 3 R 32/23g, 3 R 33/23d

Der Kläger begehrt die Verbesserung, *in eventu* den Austausch, *in eventu* die Wandlung einer im November 2015 bei der Beklagten erworbenen Luftwärmepumpe ... Es lägen zahlreiche Mängel vor. Die Beklagte habe die Mangelhaftigkeit der Heizung verschuldet, weil sie eine mangelhafte Anlage geliefert und eingebaut habe bzw Einbau und Konfiguration der Anlage mangelhaft erfolgt seien, weshalb der Kläger sich auch auf Schadenersatz stütze.

Die Beklagte bestreitet und bringt vor, sie habe die Anlage mangelfrei aufgestellt und sachgemäß einreguliert. Die Anlage entspreche dem Stand der Technik und habe die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Die Beklagte habe keinen Fehler verschuldet. ...

Mit Beschluss vom 28. 2. 2019 bestellte das Erstgericht N. N. zum Sachverständigen und beauftragte ihn mit der Erstattung von Befund und Gutachten unter anderem zur Frage, ob die beim Kläger aufgestellte Luftwärmepumpe mangelhaft arbeite und welche Mängel unter Hinweis auf die Aufstellung in der Klage konkret vorlägen und – wenn ja – ob diese auf Montage-, Produkt- und/oder Bedienungsfehler zurückzuführen seien.

Am 3. 7. 2019 erstattete der Sachverständige sein Gutachten, das unter anderem auf seiner Befundaufnahme an Ort und Stelle am 1. 4. 2019 beruhte. Er stellte keinen Montagefehler fest, meinte, dass als Bedienungsfehler die vorgenommene Einstellung auf 100 % Raumeinfluss gewertet werden könne, und ging auf die Frage nach einem Produktfehler nicht ein. Die Gebühren von € 2.299,- für dieses Gutachten wurden mit Beschluss vom 5. 9. 2019 rechtskräftig bestimmt.

Mit seiner Äußerung vom 2. 9. 2019 zum Sachverständigengutachten legte der Kläger ein Privatgutachten vor und brachte vor, dass tatsächlich ein ganz grundlegender Montagefehler vorläge, nämlich komme es unter anderem zu einem thermischen Kurzschluss, weil die Ansaugung und die Ausblasung von Luft zu nahe beieinander liegen würden, und es seien die erforderlichen Überstrommaßnahmen, die auch bei geschlossenen Zimmertüren eine Luftzirkulation ermöglichen würden, unterlassen worden.

Nicht nur der Kläger, sondern auch die Beklagte und die Nebenintervenientin stellten in ihren Erörterungsanträgen zahlreiche Fragen an den Sachverständigen. Die Nebenintervenientin regte auch eine Fernüberprüfung der Anlage durch Anschluss eines Internet-Service-Gateway-Geräts (ISG-Geräts) an.

Mit Beschluss vom 17. 9. 2019 trug das Erstgericht dem Sachverständigen die Beantwortung der Fragen des Klä-

gers, der Beklagten und der Nebenintervenientin binnen acht Wochen auf.

Mit Schreiben vom 30. 10. 2019 teilte der Sachverständige mit, dass die von der Nebenintervenientin vorgeschlagene Installation eines ISG-Geräts zur Klärung der sehr komplexen Problemstellung unbedingt erforderlich sei und es dazu der Zustimmung des Klägers, der Installation eines ISG-Geräts in dessen Anlage und der Zugriffsmöglichkeit für den Sachverständigen auf die vom ISG-Gerät übermittelten Daten bedürfe.

Den Parteien wurde eine Äußerung zu dieser Information des Sachverständigen binnen zwei Wochen freigestellt. Die Beklagte erklärte sich am 18. 11. 2019 mit diesem Vorschlag einverstanden. Der Kläger begehrte eine Fristerstreckung.

Am 25. 11. 2019 langte das erste Ergänzungsgutachten beim Erstgericht ein. Bei mehreren Fragen des Klägers verwies der Sachverständige darauf, dass dies nicht Gegenstand der Klage sei und er dies daher nicht befundet habe. Die Fragenbeantwortung hat einen Umfang von neun Seiten und die Screenshots nehmen weitere fünf Seiten ein. Für das erste Ergänzungsgutachten verzeichnete der Sachverständige € 2.194,-.

Mit Schriftsatz ebenfalls vom 25. 11. 2019 sprach sich der Kläger gegen die ISG-Messung aus und regte an deren Stelle die Ergänzung des Gerichtsgutachtens hinsichtlich der vom Privatsachverständigen aufgezeigten Ausführungsmängel an. ...

Die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragten die Erörterung des Ergänzungsgutachtens.

Der Kläger erhob Einwendungen gegen die vom Sachverständigen für sein erstes Ergänzungsgutachten verzeichneten Gebühren, weil es sich um ein völlig unbrauchbares Gutachten handle, das den gerichtlichen Gutachtensauftrag nicht erfülle. Die Beantwortung der Fragen hätte eine umfassende Befundaufnahme vor Ort erfordert. Außerdem habe der Sachverständige die Beantwortung mehrerer Fragen mit dem unzutreffenden Hinweis verweigert, dass die darin thematisierten Punkte nicht „Gegenstand der Klage“ seien.

Er beantragte auch die Enthebung von N. N. als Sachverständigen und die Bestellung eines anderen Sachverständigen und nur *in eventu* die Gutachtenserörterung mit N. N.

In diesem Schriftsatz hält der Kläger auch fest, dass er bereit sei, eine ISG-Messung zu ermöglichen, sofern sichergestellt sei, dass ein Gerichtssachverständiger die Messungen selbständig, also ohne Einbindung der Beklagten oder der Nebenintervenientin, durchführen könne.

Am 30. 1. 2020 äußerte sich der Sachverständige dahin gehend, dass die vom Kläger vorgebrachten Fragen in keinem Zusammenhang mit den in der Klage behaupteten Mängeln stünden, sondern aus einem Privatgutachten stammen, das überhaupt nicht auf diese Mängel eingehe. Er könne diese Fragen nur nach einer entsprechenden Beauftragung durch das Gericht beantworten.

Mit Beschluss vom 31. 3. 2020 trug das Erstgericht dem Sachverständigen auf, sein Gutachten durch Beantwortung der weiteren Fragen der Beklagten zu ergänzen.

Für sein zweites Ergänzungsgutachten vom 14. 4. 2020 verzeichnete N. N. € 497,-. Er beantwortete darin die vier an ihn gerichteten Fragen auf einer A4-Seite, wobei er bei der letzten Frage darauf hinwies, dass dies je nach Problemstellung detailliert untersucht und beurteilt werden müsse.

Mit Schriftsatz beantragte der Kläger die Abweisung des Gebührenanspruchs des Sachverständigen sowie dessen Enthebung, weil er keine Befundaufnahme durchgeführt, den Fragenkatalog der Beklagten nicht vollständig beantwortet habe und nicht in der Lage sei, dem Gutachtensauftrag abschließend zu entsprechen.

Der Sachverständige wies am 24. 5. 2020 wegen der unvollständigen Erfüllung des Gutachtensauftrags darauf hin, dass er bereits im Oktober 2019 mitgeteilt habe, dass die Installation eines ISG-Geräts zur Klärung der sehr komplexen Problemstellung unbedingt erforderlich sei.

Mit Beschluss vom 16. 11. 2020 entthob das Erstgericht N. N. als Sachverständigen und begründete dies damit, dass die bisherige Befundaufnahme unvollständig geblieben sei, obwohl der gerichtliche Auftrag auch das Auffinden von Montagefehlern bei der Anlage umfasst habe. ...

Am 23. 11. 2020 nahm der Sachverständige zum Enthebungsbeschluss dahin gehend Stellung, dass die Fragen des Klägers aus dem Privatgutachten aus August 2019 resultieren würden, diese Mängel aber im Verfahren noch nicht vorgebracht worden seien und nur auf Basis einer weiteren Befundaufnahme beurteilt werden können. Das Privatgutachten setze sich nicht mit den in der Klage gerügten Mängeln auseinander, sondern erkunde neue Mängel, die nichts mit der Wärmepumpe und deren Regelung zu tun hätten.

In weiterer Folge wurden dann die Sachverständigen F. und G. bestellt. Der Sachverständige G. kam in seinem Gutachten zum Schluss, dass kein lufttechnischer Kurzschluss vorliege und die Aufstellung der Wärmepumpe grundsätzlich den technischen Anforderungen entspreche. Der Sachverständige G. führte auch aus, dass die diversen Behauptungen über Betriebszustände nur mit Monitoring vertieft untersucht und geklärt werden könnten. Der Aufwand für die Installation des Monitorings von zirka € 15.000,- zuzüglich Umsatzsteuer und der zusätzlichen Kosten für die laufende Betreuung und Auswertung sei jedoch seiner Ansicht nach nicht gerechtfertigt und es sei auch dadurch keine Reduktion der aktuellen Betriebskosten, welche sehr gering seien, zu erwarten.

...

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 9. 1. 2023 bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen N. N. für das erste Ergänzungsgutachten mit € 2.120,- und für das zweite Ergänzungsgutachten mit € 497,-. Rechtlich führte das Erstgericht aus, es könne nicht behauptet werden, dass das erste Ergänzungsgutachten völlig unbrauchbar gewesen wäre. Es seien darin zahlreiche

Fragen der Parteien beantwortet worden. Der Gebührenanspruch für das erste Ergänzungsgutachten hänge davon ab, ob dieses aus Verschulden des Sachverständigen unvollendet geblieben sei. Unvollendet geblieben sei es letztlich, weil der Sachverständige enthoben worden sei. Dass der Sachverständige zwar auf das Erfordernis einer Installation eines ISG-Geräts hingewiesen, jedoch die Weisung des Gerichts vor seiner Gutachtenserstattung nicht abgewartet habe, könne lediglich zu einer Kürzung der Gebühr für die nicht erforderliche Ausfertigung eines Gutachtens vor endgültiger Fertigstellung führen, weil „Zwischengutachten“ nicht zu erstatten seien. Die Gebühren für das erste Ergänzungsgutachten seien daher um € 61,80 (Ausfertigungs- und Postgebühren) zu kürzen. Dieses Vorgehen des Sachverständigen sei aber nicht kausal für dessen Enthhebung und somit auch nicht dafür gewesen, dass das Gutachten unvollendet geblieben sei.

Zur Enthhebung habe vielmehr der Umstand geführt, dass der Sachverständige nach der im Enthhebungsbeschluss vertretenen Ansicht nicht hinreichend auf Montagefehler eingegangen sei, obwohl sich solche aus dem Privatgutachten ergäben. Die später eingeholten Gutachten der Sachverständigen G. und F. haben diese Umstände jedoch erheblich relativiert. Auch sie hätten keine nennenswerten Montagefehler identifizieren können; zudem haben sie die Aussage im Privatgutachten, dass Außenluft und Fortluft nicht an einer Seite ausgeführt werden dürfen, als nicht richtig bezeichnet.

Es möge zwar sein, dass sich das Gutachten von N. N. auf Symptome konzentriert habe, ohne deren Ursachen im Detail zu analysieren. Es treffe auch zu, dass die Einschätzung, ein abschließendes Gutachten nur mit ISG-Messung erstatten zu können, von den später beauftragten Sachverständigen anders eingeschätzt worden sei. Auch die Vorgehensweise, ein Ergänzungsgutachten zu erstatten, ohne die Weisung des Gerichts einzuholen, sei unglücklich gewesen. Allerdings seien diese Umstände letztlich nicht kausal für die Enthhebung gewesen. Der eigentliche Vorwurf im Enthhebungsbeschluss habe sich als unberechtigt erwiesen. Somit könne letztlich im Zweifel nicht behauptet werden, dass das erste Ergänzungsgutachten aus einem Verschulden des Sachverständigen unvollendet geblieben wäre. Er habe deshalb dafür grundsätzlich einen Gebührenanspruch.

Im zweiten Ergänzungsgutachten habe der Sachverständige die Fragen 1 bis 3 beantwortet und zur Frage 4 auf das Erfordernis einer detaillierten Untersuchung verwiesen. Dabei sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Frage bloß gelautet habe, ob die eingestellten Parameter auf den Betrieb der Anlage Einfluss haben, was der Sachverständige bejaht und dazu ergänzt habe, dass bei einer weiteren Spezifikation der Frage auch weitere Untersuchungen erforderlich wären. Explizite Aufträge zur ergänzenden Befundaufnahme seien dem Sachverständigen jedoch nicht erteilt worden. Es sei deshalb davon auszugehen, dass das zweite Ergänzungsgutachten vollendet worden sei und der Gebührenanspruch grundsätzlich bestehe.

...

Mit dem ebenfalls angefochtenen Beschluss vom 17. 1. 2023 berichtigte das Erstgericht die Auszahlungsanordnung wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers.

Gegen diese beiden Beschlüsse richtet sich der Rekurs des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung samt sekundärer Feststellungsmängel mit dem Antrag, dem Sachverständigen keine Gebühren für sein erstes und zweites Ergänzungsgutachten zuzusprechen. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Sachverständige beantragt sinngemäß, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin beteiligten sich nicht am Rekursverfahren.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

...

2.1. Gemäß § 500a iVm § 526 Abs 3 ZPO kann hier auf die zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichts verwiesen werden. Zentral ist, dass im Gebührenbestimmungsverfahren die inhaltliche Richtigkeit und/oder Brauchbarkeit des Gutachtens nicht überprüft wird (9 Ob 67/03y; OLG Wien 3 R 18/18s uva; RIS-Justiz RS0059129 [T1]).

Der Anspruch des Sachverständigen auf die Gebühr gemäß § 25 Abs 1 GebAG richtet sich nach der Erfüllung des erteilten Auftrags; die Anspruchsvoraussetzungen sind daher gegeben, wenn das Gutachten in Befolgung des gerichtlichen Auftrags erstattet wurde (RIS-Justiz RS0059129). Der Sachverständige hat auch dann einen Gebührenanspruch für seine erbrachten Leistungen, wenn das Gutachten unrichtig ist, solange nicht einer der besonderen Fälle vorliegt, der eine Minderung oder gar einen gänzlichen Entfall der Gebühr nach sich zieht (RIS-Justiz RS0059129 [T3]).

Nach den Materialien der GebAG-Novelle 1994 sollte die bisherige Rechtsprechung der Rekursenate, wonach für völlig unbrauchbare Gutachten kein Gebührenanspruch zustehe, unberührt bleiben; derartige Gutachten sind auch weiterhin nicht als Erfüllung des Auftrags des Gerichts anzusehen (RIS-Justiz RS0059129 [T2]).

Die beiden Ergänzungsgutachten stellen jedoch keine völlig unbrauchbaren Gutachten dar. Obwohl nicht alle Fragen beantwortet wurden und die Beantwortung der anderen Fragen oft recht kurz gehalten ist, ist doch ein Informationswert vorhanden. Der Kläger hat keine konkreten Einwendungen gegen die Gebührenhöhe erstattet.

2.2. § 25 Abs 3 GebAG sieht zwei Fälle vor, in denen es zu einem Entfall bzw zu einer Kürzung der Gebühr kommen kann. Wenn das Gutachten so mangelhaft abgefasst ist, dass es nur deshalb einer Erörterung bedarf, ist die Gebühr für Mühewaltung um ein Viertel zu mindern. Diese Minderung des Gebührenanspruchs unterbleibt jedoch, wenn die Erörterung, wenn auch aus anderen Gründen, entfällt (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG⁴, § 25 GebAG Anm 13). Bereits deshalb scheidet dieser Minderungsgrund im vorliegenden Fall aus.

Der komplette Entfall der Gebühr erfordert, dass die Tätigkeit des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist. Hier ist das Sachverständigengutachten unvollendet geblieben, weil der Sachverständige enthoben wurde. Wie das Erstgericht zu Recht ausführt, hat sich der gegen den Sachverständigen erhobene Vorwurf im Enthebungsbeschluss letztlich als unberechtigt erwiesen. Ein Entfall der Sachverständigengebühren ist daher nicht angemessen.

Nur wenn sich aufgrund einer Zweitbegutachtung oder einer Oberbegutachtung (§ 37 Abs 1 GebAG) oder in anderer Weise herausstellt, dass dem Sachverständigen grobe Fehler, ein schwerwiegendes Verschulden oder grösste Verstöße gegen die anerkannten Grundsätze und Methoden seiner Wissenschaft unterlaufen sind, entspricht das unrichtige und fehlerhafte Gutachten nicht dem gerichtlichen Auftrag und der Sachverständige verliert seinen Gebührenanspruch (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG E 248). Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

2.3. Zum ersten Ergänzungsgutachten ist auch darauf hinzuweisen, dass das Erstgericht zwar das Schreiben des Sachverständigen, in dem er um Genehmigung der Installation des ISG-Geräts ersuchte, den Parteien zur Äußerung zustellte, aber dem Sachverständigen keine konkrete Weisung erteilt wurde, mit der Gutachtenserstattung bis zur Klärung dieser Frage innezuhalten.

Der Beschluss, mit dem das Erstgericht diese Stellungnahme des Sachverständigen an die Parteien weiterleitete und ihnen eine Äußerung dazu binnen 14 Tagen freistellte, wurde dem Sachverständigen nicht zugestellt. Dem Sachverständigen kann daher nicht (wie im Rekurs) vorgeworfen werden, er hätte, weil er sein erstes Ergänzungsgutachten vor Ablauf dieser Äußerungsfrist erstattet hat, das rechtliche Gehör des Klägers verletzt.

2.4. Wenn der Kläger im Rekurs argumentiert, dass der Sachverständige zunächst die Frist abwarten, danach das ISG-Gerät installieren und die daraus gewonnenen Werte in sein Ergänzungsgutachten aufnehmen hätte müssen, ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger selbst in seinem Schriftsatz, dessen Einbringung sich mit dem ersten Er-

gänzungsgutachten überschneidet, die Installation eines ISG-Geräts vorerst ablehnte.

Die im Rekurs vertretene Ansicht, dass der Sachverständige im Falle der Ablehnung der Installation eines ISG-Geräts mitteilen hätte müssen, dass eine Erfüllung des Gutachtensauftrags nicht möglich ist, ist nicht zutreffend. Es ist nicht ersichtlich, dass alle Ergänzungsfragen die Installation eines ISG-Geräts erfordert hätten, teilweise handelt es sich um Verständnisfragen (zB ON 29, S 3: „Was bedeutet 2 K Hysterese?“) oder haben sie offensichtlich nichts mit dem ISG-Gerät zu tun (zB ON 28, S 6: „Ist es üblich und lege artis, Quellauslässe für die Lufteinblausung im oberen Raumbereich einzubauen?“).

Führt der Sachverständige in einer Stellungnahme aus, dass die zu klärende Frage nicht ohne Erweiterung der Erkenntnisgrundlage seitens des Gerichts beantwortet werden kann, ist seine Tätigkeit (vorerst jedenfalls) ohne sein Verschulden unvollendet geblieben. Er hat daher nach § 25 Abs 3 GebAG Anspruch auf die seiner unvollendeten Tätigkeit entsprechende Gebühr (vgl *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG E 207).

2.5. Hinsichtlich des zweiten Ergänzungsgutachtens ist zu berücksichtigen, dass das Erstgericht dem Sachverständigen die Beantwortung der weiteren Fragen der Beklagten auftrag, obwohl die Frage der Installation des ISG-Geräts noch nicht abschließend geklärt war. Der Sachverständige befolgte daher mit seinem zweiten Ergänzungsgutachten den gerichtlichen Auftrag. Hat der Sachverständige grundsätzlich mit seinem schriftlichen Gutachten dem Auftrag des Gerichts entsprochen, kann nicht von einer unvollendeten Tätigkeit ausgegangen werden (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG E 198). Der Rekurs bleibt daher ohne Erfolg.

3. Im Verfahren über die Bestimmung der Sachverständigengebühren findet weder ein Kostenersatz statt (§ 41 Abs 3 GebAG) noch ist ein Rechtsmittel an den OGH zulässig (§ 528 Abs 2 Z 5 ZPO). Abgesehen davon kommt ein Kostenersatz auch wegen der Erfolglosigkeit des Rekurses nicht infrage.