

Mühewaltung für Gutachten über ärztlichen Kunstfehler (§§ 34 und 43 GebAG) – Warnpflicht, Kostenvorschuss und Verfahrenshilfe (§ 25 Abs 1a GebAG; § 3 GEG) – Warnpflicht bei Gutachtenserörterung (§ 25 Abs 1a GebAG) – Äußerungsmöglichkeit der Parteien zur Gebührennote (§ 39 Abs 1a GebAG; § 477 Abs 1 Z 4 ZPO)

1. Für eine Begutachtung darüber, ob ein ärztlicher Kunstfehler vorliegt, ist in § 43 GebAG kein Tarif vorgesehen. Die Mühewaltungsgebühr für derarti-

ge Gutachten ist daher nach § 34 GebAG nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften zu bestimmen,

die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge. Im Hinblick auf die öffentliche Aufgabe der Rechtspflege zum Wohl der Allgemeinheit ist bei Anwendung des § 34 Abs 2 GebAG jedoch ein Abschlag von 20 % vorzunehmen.

2. Für die Warnpflicht des § 25 Abs 1a GebAG ist nicht bloß ein tatsächlich erlegter, sondern auch schon ein vom Gericht aufgetragener Kostenvorschuss maßgeblich. Zumindest wenn die Höhe des aufgetragenen Vorschusses aus dem übermittelten Gerichtsakt hervorgeht, ist diese maßgeblich, selbst wenn der Kostenvorschuss gar nicht oder nicht zur Gänze erlegt wurde. Wurde der beiden Parteien aufgetragene Kostenvorschuss nur von einer Partei erlegt, weil die andere Partei Verfahrenshilfe genießt, so darf der Sachverständige von einem präsenten Deckungsfonds in Höhe des Zweifachen des von der nicht Verfahrenshilfe genießenden Partei erlegten Kostenvorschusses ausgehen.
3. Die Verletzung der Warnpflicht führt dazu, dass hinsichtlich des Mehrbetrags der Gebührenanspruch entfällt, wobei seit dem BRÄG 2008, BGBl I 2007/111, auch kein Toleranzspielraum mehr besteht. Das Gesetz gibt keinen Raum für Überlegungen zur Frage der Unerheblichkeit oder Erheblichkeit einer Überschreitung der Grenzbeträge.
4. Beim Auftrag auf Gutachtenserörterung handelt es sich um einen neuen Auftrag. Insofern ist diese Position von einer Gebührenkürzung wegen Verletzung der Warnpflicht nicht umfasst.
5. Die Verletzung der Äußerungsmöglichkeit einer Partei führt grundsätzlich zur Nichtigkeit der Gebührenbestimmung.

OLG Graz vom 27. September 2022, 7 R 33/22k

Der Kläger beehrte von der Beklagten die Zahlung von € 72.352,50 an Schadenersatz als Folge ärztlicher Behandlungsfehler und die Feststellung, dass die Beklagte dem Kläger gegenüber für sämtliche kausalen Schäden, die auf die nicht sach- und fachgerechte ärztliche Behandlung im Zeitraum vom 24. 8. 2018 bis zum 13. 5. 2019 zurückzuführen seien, hafte. Im Jahr 2013 sei der Beklagten im Zuge der Implantation einer Knieendoprothese (kurz: Knie-TEP) ein Behandlungsfehler unterlaufen, welchen die Beklagte im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens anerkannt habe. Im Jahr 2018 habe sich herausgestellt, dass die Knie-TEP infiziert gewesen sei und dem Kläger der Oberschenkel amputiert haben werden müssen. Die Amputation sei auf mehrere Behandlungsfehler der Beklagten zurückzuführen und hätte bei rechtzeitiger Erkennung vermieden werden können.

Die Beklagte beehrte die Abweisung des Klagebegehrens und brachte vor, dass der eingeklagte Gesundheitsschaden als schicksalhaft zu qualifizieren sei. Es liege kein

Behandlungsfehler im Zeitraum 24. 8. 2018 bis 2019 vor. Ebenso wenig bestehe ein kausaler Zusammenhang zu den festgestellten Behandlungsfehlern aus dem Jahr 2013.

Mit Beschluss vom 12. 7. 2021 wurde dem Kläger die Verfahrenshilfe im vollen Umfang gewährt. Der Verfahrenshilfeakt wurde in Papierform geführt, der Hauptakt elektronisch. Der Beschluss, mit welchem dem Kläger Verfahrenshilfe – auch die Sachverständigengebühren umfassend – bewilligt wurde, wurde erst am 27. 4. 2022 dem elektronischen Akt beigefügt. Auf der Klageschrift ist die Bewilligung der Verfahrenshilfe vermerkt. Auf das Bestehen der Verfahrenshilfe des Klägers wurde der Sachverständige nicht anderweitig hingewiesen.

Die Beklagte erlegte nach Bekanntgabe der Person des Sachverständigen über Auftrag des Erstgerichts einen Kostenvorschuss in Höhe von € 3.000,- für die Sachverständigengebühren.

Am 17. 12. 2021 fand eine Tagsatzung zur Einvernahme des Klägers und der Zeugen im Beisein des gerichtlich bestellten Sachverständigen statt.

Mit Beschluss vom 30. 12. 2021 wurde der Sachverständige beauftragt, ein Gutachten zu mehreren Fragen zu erstellen ...

Am 13. 1. 2022 erstattete der Sachverständige das Gutachten und übermittelte gleichzeitig die – aufgeschlüsselte – Gebührennote. Er beehrte die Erstattung der Kosten in Höhe von € 7.516,68 für die Teilnahme an der Tagsatzung vom 17. 12. 2021 und die Erstellung des Gutachtens.

Am 18. 1. 2022 erhob die Revisorin beim OLG Graz Einwendungen gegen die Gebührennote des Sachverständigen und brachte vor, dass der Sachverständige wegen Verletzung der Warnpflicht einen Anspruch auf eine Gebühr von maximal € 6.000,- hätte. Seitens der Beklagten sei ein Kostenvorschuss in Höhe von € 3.000,- erlegt worden. Da die Einholung des Sachverständigengutachtens den Interessen beider Parteien gedient habe, habe der Sachverständige nur von einem präsenten Deckungsfonds in Höhe des Zweifachen des von der nicht Verfahrenshilfe genießenden Partei erlegten Kostenvorschusses ausgehen dürfen.

Darüber hinaus erhob sie konkret gegen die Gebühr für Mühewaltung Einwand. Sie führte im Wesentlichen aus, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Bestimmung der Gebühr für Mühewaltung nach § 34 Abs 2 GebAG (für Ärzte der Tarif nach § 43 GebAG) vorliegen würden, da dem Kläger Verfahrenshilfe bewilligt worden sei. Es ergebe sich daher für die Untersuchung und Erstattung von Befund und Gutachten unter Berücksichtigung der Verantwortung von vier Fragen eine Gebühr für Mühewaltung in der Höhe von € 348,60 (einmal € 116,20 gemäß § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG plus viermal € 58,10 gemäß § 43 Abs 1 Z 1 lit d iVm § 49 Abs 3 Z 2 lit b GebAG). Hinsichtlich der Teilnahme an der Tagsatzung könne dem Sachverständigen unter Berücksichtigung der umfassenden Befund-

aufnahme bereits im Zuge der Verhandlung eine Gebühr für Mühewaltung gemäß § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG im Betrag von € 581,- (fünf Stunden à € 116,20) zugestanden werden. Zusammenfassend beantragte sie, die Gebühren des Sachverständigen mit insgesamt € 1.442,- (abgerundet gemäß § 39 Abs 2 GebAG) zu bestimmen.

In seiner Stellungnahme vom 20. 1. 2022 hielt der Sachverständige seinen Gebührenbestimmungsantrag zur Gänze aufrecht. Er führte aus, dass ihm die Betragsgrenze, ab welcher eine Kostenwarnung ausgesprochen werden hätte sollen, nicht bekannt gewesen sei. Er habe nicht gewusst, dass ein Kostenvorschuss der Beklagten in Höhe von € 3.000,- geleistet worden sei. Über die bewilligte Verfahrenshilfe des Klägers habe er ebenso wenig Bescheid gewusst. Es sei ihm deshalb nicht möglich gewesen, eine Kostenwarnung auszusprechen. Selbst wenn er gewarnt hätte, hätte sich am Gutachtensauftrag nichts geändert. Das Gutachten wäre jedenfalls fertigzustellen gewesen.

Hinsichtlich der Gebühr für Mühewaltung führte er aus, dass aufgrund des Umfangs des Gerichtsaktes (sieben Tagsatzungen vor der Schlichtungsstelle mit insgesamt vier medizinischen Gutachten, einem rechtswirksamen Urteil der Schlichtungsstelle von insgesamt 776 Seiten, vier Daten-CDs mit Röntgenbildmaterial, 15 ausgewerteten Nativröntgenbildern und sechs Fotodokumentationen) die Leistung des Sachverständigen nach § 34 GebAG nach den aufgewendeten Stunden zu honorieren sei. Die Tarife nach § 43 GebAG würden ausschließlich Standardfälle medizinischer Gutachten erfassen. Aufgrund des geschilderten Umfangs und der Komplexität der Sache könne von einem solchen Standardfall nicht ausgegangen werden.

Mit Schriftsatz vom 31. 1. 2022 erhob auch der Kläger Einwendungen gegen die Gebührennote des Sachverständigen. Er bemängelte ebenfalls, dass der Sachverständige seine Warnpflicht nach § 25 Abs 1a GebAG verletzt habe und ihm deshalb maximal der Gebührenanspruch in Höhe von € 6.000,- zukommen würde. Darüber hinaus sei die Gebühr für die Erstellung des Gutachtens überhöht. Die Befundaufnahme samt Untersuchung am 13. 1. 2022 sei lediglich nach dem halben Tarifsatz des § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG abzugelten. Insgesamt habe der Sachverständige vier Fragen zu beantworten gehabt. Die Gebühren für das Gutachten seien nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d iVm § 49 Abs 3 Z 2 lit b GebAG und jene für die Teilnahme an der Verhandlung ebenfalls nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG zu vergüten. Letztlich erscheine auch die Stundenanzahl von 19,5 Stunden für Aktenstudium etc überhöht.

In der Tagsatzung vom 27. 4. 2022 fand eine Gutachtersenrörterung statt. Der Sachverständige begehrte in der Tagsatzung für die Vorbereitung und Teilnahme an der Verhandlung, nämlich von 9:00 Uhr bis 10:30 Uhr, sowie die dreistündige Anfahrt insgesamt € 1.050,- inklusive Umsatzsteuer.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 7. 5. 2022 bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen mit insgesamt € 8.566,- aufgeschlüsselt wie folgt:

„a) Für die Teilnahme an der Tagsatzung am 17. 12. 2021 und sein Gutachten vom 13. 1. 2022 (ON 18):

Anzahl	Einzelpreis	Gesamt
19,5 Stunden Erstellen des Gutachtens § 34 Abs 2 Z 1 bis 3 Aktenstudium > 500 Seiten § 36	€ 250,00	€ 4.875,00
		€ 44,90
Materialkosten § 31 21 Seiten	€ 0,16	€ 0,00
Schreibgebühr Urschrift § 31 Abs 3	€ 2,00	€ 42,00
Schreibgebühr Durchschrift § 31 Abs 3	€ 0,60	€ 0,00
2 Seiten Schreibgebühr Sonstiges § 31 Abs 3	€ 2,00	€ 4,00
Zeitversäumnis Distanz < 30 km § 32	€ 22,70	€ 0,00
Zeitversäumnis Distanz > 30 km § 33	€ 28,20	€ 0,00
1 Körperliche Untersuchung § 43 Abs 1 Z 1 lit d	€ 116,20	€ 116,20
6 Röntgenbilder pauschal § 43 Abs 1 Z 12	€ 30,00	€ 181,80
Teilnahme an der Verhandlung 4 Stunden	€ 250,00	€ 1.000,00
Zwischensumme		€ 6.263,90
Umsatzsteuer 20 %		€ 1.252,78
Gesamt		€ 7.516,68
Bestimmt gemäß § 39 Abs 2		€ 7.516,00

b) Für die Teilnahme an der Tagsatzung am 27. 4. 2022: € 1.050,00 (inklusive 20 % Umsatzsteuer).

c) Das Mehrbegehren in Höhe von € 0,68 wird im Sinne des § 39 Abs 2 GebAG abgewiesen.“

Das Erstgericht führte in seiner rechtlichen Begründung aus, dass die Einwendungen der Revisorin rechtlich nachvollziehbar, im Hinblick auf die Einzelfälle allerdings nicht berechtigt erschienen. Der Sachverständige habe nichts von der dem Kläger bewilligten Verfahrenshilfe, zumindest deren Umfang, gewusst. Die Pflicht zur Informationseinholung diesbezüglich würde die Verpflichtung des Sachverständigen überspannen, sodass ihm seine Unkenntnis nicht zum Nachteil gereichen könne. Die detaillierte Aufbereitung des inhaltlich umfangreichen Gutachtens würde den vom Sachverständigen tatsächlich verzeichneten Gebührenanspruch rechtfertigen. Die Überschreitung des erliegenden Deckungsfonds – ausgehend von einer Warnpflichtgrenze von € 6.000,- – sei als geringfügig zu betrachten und rechtfertige die Kürzung der Gebühren nicht. Die teilweise Nichtbeantwortung von gerichtlich aufgetragenen Gutachtensfragen rechtfertige ebenfalls keine Kürzung, wenn sich – wie hier – die fehlende Notwendigkeit der Beantwortung erst nach ausführlicher Befundung und Beantwortung der übrigen Fragen ergebe.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Klägers aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Beschlusses dahin gehend, dass die Gebühr

des Sachverständigen mit insgesamt € 2.000,52 (inklusive 20 % Umsatzsteuer) bestimmt und das Mehrbegehren von € 6.566,16 abgewiesen werde.

Ebenso erhebt der (nunmehr) Revisor – eingeschränkt auf Punkt 1.a) des Gebührenbestimmungsbeschlusses – Rekurs und beantragt die Abänderung des Beschlusses dahin gehend, dass die Gebühr des Sachverständigen für die Teilnahme an der Tagsatzung vom 17. 12. 2021 und das Gutachten vom 13. 1. 2022 mit € 6.000,- bestimmt werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte und der Sachverständige beteiligten sich am Rekursverfahren nicht.

Der Rekurs des Klägers ist teilweise berechtigt.

Der Rekurs des Revisors ist zur Gänze berechtigt.

I. Zu Spruchpunkt 1.a):

I.1. Ausschließlich der Kläger, nicht mehr der Revisor, bemängelt in seinem Rekurs die vom Erstgericht zuerkannte Höhe der Gebühr für Mühewaltung und vertritt die Auffassung, dass diese lediglich nach den Sätzen des § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG zu bemessen sei. Im konkreten Fall sei eine Festsetzung der Gebühren nach richterlichem Ermessen grundsätzlich nicht möglich. Außer Acht lasse das Erstgericht zudem, dass zwingend ein Abschlag von 20 % bei der Bemessung der Gebühren in Abzug zu bringen sei, zumal dem Kläger Verfahrenshilfe bewilligt worden sei. Für die Untersuchung und Erstattung von Befund und Gutachten unter Berücksichtigung der Beantwortung von insgesamt acht Fragen inklusive Gutachtenserörterung habe der Sachverständige einen Anspruch auf € 581,- (einmal € 116,20 gemäß § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG zuzüglich achtmal € 58,10 gemäß § 43 Abs 1 Z 1 lit d iVm § 49 Abs 3 Z 2 lit b GebAG).

Schließlich habe der Sachverständige für die Teilnahme an einer Verhandlung Anspruch auf eine besondere Gebühr für Mühewaltung für jede, wenn auch nur begonnene Stunde in Höhe von € 33,80, handle es sich aber um eine Tätigkeit nach § 34 Abs 3 Z 1 GebAG, auf € 37,40 (§ 35 Abs 1 GebAG). § 35 Abs 1 GebAG ziele allerdings auf die Honorierung der bloßen Teilnahme an einer Verhandlung ab. Da es sich aber nicht um bloße Teilnahmen des Sachverständigen gehandelt habe, stehe dem Sachverständigen für die Teilnahme an der Verhandlung vom 17. 12. 2021 eine Gebühr für Mühewaltung nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG im Betrag von € 581,- zu.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

Nach der allgemeinen Regel des § 34 Abs 1 GebAG steht die Gebühr für Mühewaltung den Sachverständigen für die Aufnahme des Befundes und die Erstattung des Gutachtens zu und deckt alle damit im Zusammenhang entstandenen Kosten, soweit dafür nicht nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ein gesonderter Ersatz vorgesehen ist. Die Gebühr ist nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den

Einkünften zu bestimmen, die die oder der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge, mindestens aber mit € 20,- für jede, wenn auch nur begonnene Stunde. In Verfahren, in denen eine der zur Zahlung verpflichteten Parteien Verfahrenshilfe genießt, ist nach Abs 2 dieser Bestimmung die Gebühr für Mühewaltung nach den Tarifen dieses Bundesgesetzes zu bestimmen. Soweit es sich dabei um Leistungen handelt, die nicht nach Tarif zu entlohnen sind, ist bei der Bemessung der Gebühr nach Abs 1 im Hinblick auf die öffentliche Aufgabe der Rechtspflege zum Wohl der Allgemeinheit ein Abschlag von 20 % vorzunehmen.

Daraus ist abzuleiten, dass die Mühewaltungsgebühr in diesem Fall in erster Linie nach den Tarifen des GebAG zu bestimmen ist, subsidiär nach richterlichem Ermessen nach § 34 Abs 1 GebAG, aber unter Bedachtnahme auf die öffentliche Aufgabe der Rechtspflege zum Wohl der Allgemeinheit mit einem Abschlag von 20 % (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG⁴, § 34 GebAG Anm 6).

Die Frage, die sich stellt, ist daher, ob § 43 Abs 1 GebAG zur Anwendung zu gelangen hat. Klarzustellen ist, dass der Sachverständige für die körperliche Untersuchung des Klägers die Gebühr für Mühewaltung nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG, im Übrigen für die Beantwortung der Fragen im Zusammenhang mit den behaupteten Behandlungsfehlern – entsprechend der Komplexität des Falles – eine Honorierung nach Stunden begehrt.

Der Rekurswerber billigt dem Sachverständigen den Tarif nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG für fünf Stunden Teilnahme an der Verhandlung vom 17. 12. 2021 und für Befund und Gutachten sowie für die Beantwortung von acht Fragen (diese reduziert gemäß § 49 Abs 3 Z 2 lit b GebAG auf die Hälfte) zu.

Dem ist entgegenzuhalten, dass nach der Rechtsprechung für eine Begutachtung darüber, ob ein ärztlicher Kunstfehler vorliegt, in § 43 GebAG kein Tarif vorgesehen ist. Die Mühewaltungsgebühr für derartige Gutachten ist daher nach § 34 GebAG nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften zu bestimmen, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge. Im Hinblick auf die öffentliche Aufgabe der Rechtspflege zum Wohl der Allgemeinheit ist bei Anwendung des § 34 Abs 2 GebAG jedoch ein Abschlag von 20 % vorzunehmen (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 43 GebAG E 4; OLG Innsbruck 7 Bs 523/09h, SV 2020, 92; OLG Linz 7 Bs 158/19p).

Auch im vorliegenden Fall konnte der Sachverständige daher seine Gebühren für das Gutachten im Hinblick auf das Vorliegen von Behandlungsfehlern gemäß § 34 GebAG nach seiner aufgewendeten Zeit und Mühe geltend machen. Die von ihm in Anschlag gebrachten Stunden für die Erstellung des Gutachtens wurden im Rechtsmittel nicht mehr infrage gestellt.

Allerdings ist hier ein Abschlag von 20 % gemäß § 34 Abs 2 Satz 2 GebAG vorzunehmen. Da der Sachverständige selbst behauptet, er habe von der bewilligten Verfahrenshilfe keine Kenntnis gehabt, ist auch nicht davon auszugehen, dass er diesen von der offenkundig von ihm nach § 34 Abs 1 GebAG verzeichneten Gebühr bereits in Abzug gebracht hat.

Dieselben Überlegungen treffen auch auf die für die Teilnahme an der Verhandlung vom 17. 12. 2021 verzeichnete Gebühr für Mühewaltung zu. Dass dem Sachverständigen eine solche grundsätzlich zusteht, wird im Rekurs ebenfalls nicht bemängelt.

Daraus folgt, dass die Gebühr für Mühewaltung – unter Berücksichtigung des Abschlags – mit € 200,- je Stunde in Anschlag zu bringen ist.

I.2. Sowohl der Revisor als auch der Kläger stützen sich in ihren Rekursen darauf, dass der Sachverständige seine Warnpflicht gemäß § 25 GebAG verletzt hätte. Sei einer Partei ein Kostenvorschuss aufgetragen, der anderen aber Verfahrenshilfe bewilligt worden, sei davon auszugehen, dass die Einholung des Sachverständigengutachtens den Interessen beider Parteien diene. Der Sachverständige dürfe nur von einem präsenten Deckungsfonds in Höhe des Zweifachen des von der nicht Verfahrenshilfe genießenden Partei erlegten Kostenvorschusses ausgehen. Es bestehe auch kein Spielraum für eine, wenn auch nur unerhebliche Überschreitung. Unterbleibe die rechtzeitige Warnung, entfalle insoweit, also hinsichtlich des Mehrbetrags, der Gebührenanspruch.

Diesen Ausführungen kann die Berechtigung nicht abgesprochen werden.

Ist zu erwarten oder stellt sich bei der Sachverständigentätigkeit heraus, dass die tatsächlich entstehende Gebühr die Höhe des Kostenvorschusses, mangels eines solchen den Wert des Streitgegenstands oder € 2.000,-, im Verfahren vor dem Landesgericht und im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft aber € 4.000,- übersteigt, so hat gemäß § 25 Abs 1a GebAG die oder der Sachverständige das Gericht bzw die Staatsanwaltschaft rechtzeitig auf die voraussichtlich entstehende Gebührenhöhe hinzuweisen. Unterlässt der oder die Sachverständige diesen Hinweis, so entfällt insoweit der Gebührenanspruch.

Die Vorschriften über die Warnpflicht sollen gewährleisten, dass Gericht und Parteien, im Ermittlungsverfahren auch die auftragserteilende Staatsanwaltschaft, wissen sollen, was die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes kostet. Damit wird der Prozessaufwand klargestellt und eine realistische wirtschaftliche Einschätzung der Prozessführung ermöglicht, sodass alle Beteiligten im jeweiligen Aufgabenbereich die entsprechenden Verfahrensdiskussionen treffen können (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG Anm 6). Auch § 3 GEG verfolgt diesen Zweck. Nach dieser Bestimmung soll das Gericht in bürgerlichen Rechtssachen, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, die Vornahme jeder mit Kosten

verbundenen Amtshandlung vom Erlag eines Kostenvorschusses abhängig machen, wenn die Partei, welche die Amtshandlung beantragt oder in deren Interesse sie vorzunehmen ist, nicht die Verfahrenshilfe genießt. Die Höhe eines für Sachverständigengebühren erlegten Kostenvorschusses ist dem Sachverständigen vom Gericht mitzuteilen. Hat der Sachverständige darauf hingewiesen, dass zu erwarten ist, dass die tatsächlich entstehende Gebühr die Höhe des erlegten Kostenvorschusses übersteigen wird (§ 25 Abs 1a GebAG), so soll das Gericht die Anordnung des Kostenvorschusses nachträglich ergänzen. Es darf vor den uneingeschränkt kostenpflichtigen Parteien nicht verschleiert werden, welche Kosten – zumindest bei einem Prozessverlust – auf sie zukommen (*Krammer in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz III/1³, Anh § 365 ZPO Rz 16). Aber auch eine Verfahrenshilfe genießende Partei kann insofern unmittelbar von den zu ersetzenden Gebühren betroffen sein, wenn sie im Falle des Prozessverlustes dem Prozessgegner Barauslagen, die er für Sachverständigengebühren bezahlen musste, zu ersetzen hat.

Zu beachten ist auch, dass nach der durch das BRÄG 2008 geschaffenen neuen Rechtslage nicht bloß ein tatsächlich erlegter, sondern auch schon ein vom Gericht aufgetragener Kostenvorschuss maßgeblich ist. Zumindest wenn die Höhe des aufgetragenen Vorschusses aus dem übermittelten Gerichtsakt hervorgeht, ist diese maßgeblich, selbst wenn der Kostenvorschuss gar nicht oder nicht zur Gänze erlegt wurde (*Krammer*, aaO, Anh § 365 ZPO Rz 15). Wurde der beiden Parteien aufgetragene Kostenvorschuss nur von einer Partei erlegt, weil die andere Partei Verfahrenshilfe genießt, so darf der Sachverständige von einem präsenten Deckungsfonds in Höhe des Zweifachen des von der nicht Verfahrenshilfe genießenden Partei erlegten Kostenvorschusses ausgehen (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG E 122 f).

Aus dem Akteninhalt ergibt sich Folgendes:

Das Erstgericht hat erstmals am 14. 9. 2021 unter Bezugnahme auf ein Telefonat mit dem Sachverständigen den Parteien bekannt gegeben, dass es beabsichtigt, den namentlich bekannt gegebenen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Orthopädie beizuziehen und den Kläger sowie die beantragten Zeugen in einer noch anzuberaumenden Tagsatzung im Beisein des Sachverständigen zu vernehmen. Die Parteien hätten in den vorbereitenden Schriftsätzen Gelegenheit, allfällige Einwände (Ablehnungsgründe) gegen den Sachverständigen zu erheben oder bekannt zu geben, ob eine gesonderte Tagsatzung zur Führung von Vergleichsgesprächen gewünscht wird. Bei Nichtäußerung gehe das Gericht davon aus, dass die Parteien mit der geschilderten Vorgangsweise einverstanden seien. In diesem Fall sei ein Kostenvorschuss in Höhe von je € 3.000,- binnen vier Wochen bei Gericht zu erlegen.

Nach Einlangen der Schriftsätze beraumte das Erstgericht mit Beschluss vom 11. 10. 2021 die mündliche Streitver-

handlung für den 17. 12. 2021 an und verfügte gleichzeitig, dass der Sachverständige für die elektronische Akteneinsicht freigeschaltet wird. Danach, also noch vor der mündlichen Streitverhandlung, langte der Kostenvorschuss der Beklagten von € 3.000,- ein und ist im elektronischen Akt einsehbar.

In der daraufhin am 17. 12. 2021 im Beisein des Sachverständigen stattfindenden mündlichen Streitverhandlung wurde der Kläger belehrt, dass die Verfahrenshilfe nur für die eigenen Verfahrenskosten gelte und die Befreiung der gegnerischen Anwaltskosten im Falle des Prozessverlustes von der Verfahrenshilfe nicht umfasst sei. Diese Kosten würden in diesem Fall jedenfalls vom Kläger zu bezahlen sein.

Sodann erhielt der Sachverständige mit Beschluss vom 30. 12. 2021 den eingangs dargestellten Gutachtensauftrag.

Aus alledem folgt, dass dem Sachverständigen aus dem Akt zumindest erkennbar gewesen wäre, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss in Höhe von € 3.000,- erlegt hat und sich demgemäß der präsente Deckungsfonds mit € 6.000,- errechnet. Im Übrigen wurde in der mündlichen Streitverhandlung vom 17. 12. 2021 die Verfahrenshilfe des Klägers erörtert. Der Sachverständige wäre daher schon angesichts des Umfangs des zu erstattenden Gutachtens verpflichtet gewesen, seine Kosten einzuschätzen und eine Kostenwarnung dem Gericht mitzuteilen. Die Verletzung der Warnpflicht führt dazu, dass hinsichtlich des Mehrbetrags der Gebührenanspruch entfällt, wobei seit dem BRÄG 2008 auch kein Toleranzspielraum mehr besteht. Das Gesetz gibt keinen Raum für Überlegungen zur Frage der Unerheblichkeit oder Erheblichkeit einer Überschreitung der Grenzbeträge (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG Anm 10).

Daraus folgt, dass die – wenn auch unter Berücksichtigung eines Abschlags von 20 % neu errechnete – Gebühr auf € 6.000,- zu kürzen war.

II. Zu Spruchpunkt 1.b):

Im Übrigen bekämpft der Kläger, nicht der Revisor, in seinem Rekurs noch die zuerkannten Gebühren für die mündliche Streitverhandlung am 27. 4. 2022. Für die Teilnahme an dieser mündlichen Streitverhandlung gesteht er dem Sachverständigen eine Gebühr für Mühewaltung zu, jedoch nur nach § 43 Abs 1 Z 1 lit d GebAG im Ausmaß von € 232,40.

Soweit der Kläger sich auch in diesem Punkt auf eine Verletzung der Warnpflicht bezieht, ist dem entgegenzuhalten, dass es sich beim Auftrag auf Gutachtenserörterung, die im Übrigen vom Kläger beantragt wurde, um einen neuen Auftrag handelte, für den auch kein Kostenvorschuss verlangt wurde. Insofern ist diese Position von einer Gebührenerkürzung wegen Verletzung der Warnpflicht nicht umfasst.

Nach dem Protokoll beehrte der Sachverständige für die Vorbereitung und Teilnahme an der Verhandlung, nämlich von 9:30 Uhr bis 10:30 Uhr sowie die dreistündige Anfahrt insgesamt – pauschal – € 1.050,- inklusive Umsatzsteuer. Die Beklagte erhob dagegen keinen Einwand. Weiters ist im Protokoll festgehalten, dass der Kläger Verfahrenshilfe genießt. Daraus kann abgeleitet werden, dass er nicht zu einer Äußerung aufgefordert wurde.

Dazu ist grundsätzlich festzuhalten, dass der Sachverständige gemäß § 38 Abs 1 GebAG den Anspruch auf seine Gebühr binnen vier Wochen nach Abschluss seiner Tätigkeit bei sonstigem Verlust schriftlich oder mündlich unter Aufgliederung der einzelnen Gebührenbestandteile geltend zu machen hat. Gemäß § 39 Abs 1a GebAG ist den Parteien Möglichkeit zur Äußerung zum Gebührenantrag zu geben. Wird die Äußerungsmöglichkeit schriftlich eingeräumt, so ist eine angemessene Frist von mindestens sieben, im Regelfall jedoch 14 Tagen festzusetzen. Gemäß § 40 Abs 1 GebAG kommt unter den dort genannten Voraussetzungen auch den Revisorinnen und Revisoren Parteistellung zu. Im vorliegenden Fall wurde weder den Revisoren noch dem Kläger eine Äußerungsmöglichkeit erkennbar eingeräumt. Allerdings wurde dieser Punkt des Gebührenbestimmungsbeschlusses vom Revisor nicht bekämpft, sehr wohl jedoch vom Kläger. Insofern kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass er im Sinne des § 39 Abs 3 GebAG auf Einwendungen verzichtet.

Die Verletzung der Äußerungsmöglichkeit einer Partei führt gemäß § 477 Abs 1 Z 4 ZPO grundsätzlich zur Nichtigkeit der Gebührenbestimmung (vgl. *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 39 GebAG Anm 5 und E 82). Die pauschal verzeichnete Gebühr ist auch für das Rekursgericht nicht nachvollziehbar, zumal daraus weder die Gebühr für Mühewaltung noch eine möglicherweise geltend gemachte Entschädigung für Zeitversäumnis hervorgehen.

Daraus folgt, dass aus Anlass des Rekurses des Klägers der Beschluss in Spruchpunkt 1.b) als nichtig aufzuheben war. Zu beachten war allerdings, dass der Kläger die Gebühr nur im Umfang von € 771,12 angefochten hat; die Gebühr für Mühewaltung betreffend die Tagsatzung vom 27. 4. 2022 im zugestandenem Ausmaß von € 232,40 zuzüglich 20 % Umsatzsteuer von € 46,48, insgesamt daher € 278,88, ist daher in Rechtskraft erwachsen. Das Erstgericht wird daher nach Aufschlüsselung der Gebühr durch den Sachverständigen und Einräumung eines Äußerungsrechts der Parteien und des Revisors (unter Beachtung der bereits rechtskräftig zuerkannten Gebühr) neuerlich darüber zu entscheiden haben.

Aus diesen Erwägungen war insgesamt dem Rekurs des Revisors zur Gänze und dem Rekurs des Klägers zum Teil Folge zu geben.

Gemäß § 41 Abs 3 GebAG findet ein Kostenersatz im Gebührenbestimmungsverfahren nicht statt.

...