# Entscheidungen und Erkenntnisse

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

## Vorbereitung auf die Verhandlung (§ 34 GebAG) – Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer (§ 34 Abs 4 GebAG) – Unterbleiben von Einwendungen (§ 39 Abs 1a GebAG) – Ergänzung des Gutachtens und Warnpflicht (§ 25 Abs 1a und § 35 Abs 2 GebAG) – Entschädigung für Zeitversäumnis (§ 32 Abs 1 GebAG)

1. **Tätigkeiten für die Vorbereitung auf die Verhandlung stellen ordnende, stoffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende, der Gutachtenserörterung zuzuordnende Vorbereitungsarbeiten dar, die mit der Mühewaltungsgebühr nach § 34 GebAG zu honorieren sind.**

2. **Die Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten ist nicht als gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG zu qualifizieren. Sachverständige, die sich auf diese Honorarordnung berufen, haben daher zu bescheinigen, dass sie die darin genannten Sätze im außergerichtlichen Erwerbsleben auch tatsächlich beziehen. Der Sachverständige hat diesen außergerichtlichen Verdienst primär zu behaupten und im Bestreitungsfall nachzuweisen, dass er diese Honoraransätze auch tatsächlich erzielt.**

3. **Die Nichtäußerung der – qualifiziert vertretenen – Parteien zum Gebührenantrag des Sachverständigen führt zur „Fiktion ihrer Zustimmung". Infolge der fingierten Zustimmung der Partei können von ihr im Rekurs nur Gründe vorgebracht werden, die sich mit der fingierten Zustimmung vereinbaren lassen bzw einen Verstoß gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen geltend machen. Die Zustimmungsfiktion des § 39 Abs 1a GebAG hat eine beweiserleichternde und verfahrensbeschleunigende Funktion insoweit, als nach Fristablauf Einwendungen im Sinne von Gegenbescheinigungen nicht mehr zulässig sind, sondern das die Gebühr bestimmende Gericht von den behaupteten Tatsachen als bescheinigt auszugehen hat. Hier: Einwendungen erst gegen die zweite im Verfahren gelegte Gebührennote.**

4. **Der Gebührenanspruch für die Ergänzung oder Erläuterung eines schriftlichen Gutachtens in der mündlichen Verhandlung richtet sich nach § 35 Abs 2 GebAG. Demnach hat der Sachverständige einen Anspruch auf eine weitere Gebühr für Mühewaltung, die in einem je nach der aufgewendeten Zeit und Mühe entsprechend niedrigeren Verhältnis zur Mühewaltungsgebühr für die Grundleistung mit einem Gesamtbetrag nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist. In der Praxis werden Sätze zwischen einem Viertel (bei hohen Gebühren) und einem Drittel, auch 40 % oder bei umfangreicher Gutachtensergänzung 50 % der Grundleistung (das ist die Mühewaltungsgebühr für das schriftliche Gutachten) zugesprochen. Nach anderen Entscheidungen sind mündliche Ergänzungen und Erläuterungen des schriftlichen Gutachtens nach der aufgewendeten Zeit mit dem Stundensatz des Sachverständigen zu honorieren. Dabei ist aber vom gleichen Stundensatz wie für das schriftliche Gutachten auszugehen; eine Minderung des anzuwendenden Stundensatzes kann aus § 35 Abs 2 GebAG nicht abgeleitet werden. Vielmehr ist nur die Gesamtgebühr nach § 35 Abs 2 GebAG in einem angemessenen Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung zu halten.**

5. **Bei der Entschädigung für Zeitversäumnis gemäß § 32 Abs 1 GebAG sind neben der reinen Fahrzeit laut Routenplaner von der Adresse des Sachverständigen bis zum Gericht die Dauer der Parkplatzsuche und die Wegzeiten zwischen Parkplatz und Gerichtsgebäude zu berücksichtigen. Schließlich ist eine Zeitspanne zu berücksichtigen, die dazu dienen soll, ein rechtzeitiges Erscheinen zu sichern. Die Entschädigung für Zeitversäumnis kann nur nach den Sätzen des GebAG zuerkannt werden.**

6. **Wenn die Partei in Kenntnis der Höhe der unbeanstandet gebliebenen Gebührennote für das schriftliche Gutachten unter Ausführung zahlreicher Fragen eine Gutachtenserörterung begehrt, die verfahrensrechtlich jedenfalls durchzuführen ist, dann muss sie im Hinblick auf den Umfang der beantragten Erörterung mit dem Anfall weiterer beträchtlicher Kosten rechnen. Einer gesonderten Warnung des Sachverständigen betreffend die**

**diesbezüglich unvermeidlichen Kosten bedarf es daher nicht.**

7. **Die Partei kann sich dann nicht auf die Verletzung der Warnpflicht berufen, wenn sie einen weiteren, die Überschreitung des bisherigen Kostenvorschusses abdeckenden Kostenvorschuss erlegt, bevor sie die Verletzung der Warnpflicht geltend macht.**

**OLG Graz vom 19. Juli 2023, 5 R 107/23d**

Mit Beschluss vom 30. 11. 2022 wurde N. N. zum medizinischen Sachverständigen bestellt und mit der Gutachtenserstattung beauftragt. Die Parteien erlegten jeweils einen Kostenvorschuss von € 3.000,–.

Der Sachverständige erstattete am 9. 2. 2023 ein schriftliches Gutachten, für das er eine Honorarnote über € 4.002,– legte; darin verzeichnete er unter anderem neun Stunden für Mühewaltung à € 356,–. Auf der Gebührennote vermerkte er zudem den Verzicht der Zahlung der Gebühren aus Amtsgeldern.

Die klagende Partei beantragte mit Eingabe vom 6. 3. 2023 die Erörterung des Gutachtens. Zur Gebührennote führte sie aus, dass keine Einwendungen gegen die verzeichneten Gebühren erhoben werden.

In der mündlichen Verhandlung vom 26. 4. 2023 wurde das schriftliche Gutachten über Antrag der klagenden Partei mündlich erörtert. Die Dauer dieser Erörterung betrug drei Stunden; im Anschluss verkündete das Erstgericht das klagsabweisende Urteil. In der Verhandlung wurde der klagenden Partei ein weiterer Kostenvorschuss von € 3.000,– aufgetragen, den diese auch erlegte. Eine Kostenwarnung des Sachverständigen erfolgte nicht.

Mit Honorarnote vom 27. 4. 2023 verzeichnete der Sachverständige für die Vorbereitung und Teilnahme an der Verhandlung nachstehende Gebühren:

| | | |
|---|---|---|
| *„1. neuerliches Aktenstudium* | *€* | *10,00* |
| *2. Mühewaltung für Vorbereitung des Fragenkatalogs (3 Stunden) und Teilnahme an der Verhandlung vom 26. 4. 2023 (3 Stunden)* | | |
| *§ 34 Abs 1 GebAG 6 Stunden zu € 356,00 zu 80 %* | *€* | *1.710,00* |
| *3. Zeitversäumnis Hin- und Rückfahrt Verhandlung* | | |
| *5 Stunden zu € 186,00* | *€* | *930,00* |
| *4. Hin- und Rückfahrt Verhandlung* | | |
| *300 km zu € 0,42, Parkgebühr* | *€* | *129,00* |
| *5. Elektronische Archivierung inklusive elektronische* | | |
| *Aktenrückstellung im DES § 31 Abs 1 GebAG* | *€* | *12,00* |
| | *€* | *2.791,00* |
| *20% Umsatzsteuer* | *€* | *558,20* |
| | | ***€ 3.349,00“*** |

Auf der Gebührennote vermerkte der Sachverständige wiederum, dass er auf die Zahlung der Gebühren aus Amtsgeldern verzichtet.

Die Gebührennote wurde den Parteien vom Erstgericht am 2. 5. 2023 „zur Erhebung allfälliger Einwendungen binnen 14 Tagen“ zugestellt.

Mit Schriftsatz vom 5. 5. 2023 erstattete die klagende Partei eine Äußerung zu dieser Gebührennote. Darin brachte sie vor, dass der Sachverständige sich hinsichtlich des verrechneten Stundensatzes von 80 % von € 356,– vermutlich auf die Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten berufe, es sich dabei aber nicht um eine gesetzliche Gebührenordnung im Sinne des § 34 Abs 4 GebAG handle. Wenn der Sachverständige sich auf diese Gebührenordnung berufe, müsse er bescheinigen, dass er diesen Stundensatz im außergerichtlichen Erwerbsleben auch tatsächlich beziehe. Eine derartige Bescheinigung liege nicht vor. Somit stehe dem Sachverständigen eine Gebühr für Mühewaltung nach § 34 Abs 3 Z 3 GebAG zu, die bestenfalls mit einem Stundensatz von € 150,– festzusetzen sei. An Zeitversäumnis für die Hin- und Rückfahrt wären dem Sachverständigen maximal vier Stunden zu vergüten, da die Anfahrt von der Adresse des Sachverständigen zum LG Klagenfurt knapp 1 Stunde und 30 Minuten betrage. Auch der nach der Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer veranschlagte Stundensatz für Zeitversäumnis bestehe nicht zu Recht, da diese nicht nach der Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer abgegolten werde könne. Vielmehr stehe für Zeitversäumnis gemäß § 32 GebAG nur ein Stundensatz von € 22,70 pro begonnener Stunde zu. Das verzeichnete Kilometergeld sei ebenfalls überhöht. Für die Hin- und Rückfahrt stehe dem Sachverständigen ein Kilometergeld von € 116,– (276 km à € 0,42) zu. Darin wären die Parkgebühren bereits enthalten. Eine Gebühr für neuerliches Aktenstudium nach § 36 GebAG stehe dem Sachverständigen nicht zu, da diese bereits in der Gebühr für Mühewaltung enthalten sei.

In seiner vom Erstgericht aufgetragenen Stellungnahme vom 10. 5. 2023 verwies der Sachverständige darauf, dass er die Gebührennote entsprechend der gängigen Gerichtspraxis erstellt habe und – falls gewünscht – einen Nachweis darüber erbringen könne, dass er außergerichtlich einen Stundensatz von € 356,– und mehr erziele.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 11. 5. 2023 bestimmte das Erstgericht die Gebühren des Sachverständigen antragsgemäß, nämlich zu Punkt I. für das schriftliche Gutachten vom 9. 2. 2023 entsprechend der Gebührennote vom 9. 2. 2023 mit € 4.002,– und zu Punkt II. für die Vorbereitung und Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vom 26. 4. 2023 entsprechend der Gebührennote vom 27. 4. 2023 mit € 3.349,–.

Zur Begründung verwies das Erstgericht zu Punkt I. mangels erhobener Einwendungen auf den Gebührenantrag. Zu Punkt II. führte es aus, dass dem Sachverständigen gemäß § 34 GebAG eine Gebühr für Mühewaltung zustehe, die nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge, zu be-

stimmen sei, mindestens aber mit € 20,– für jede, wenn auch nur begonnene Stunde. Der verrechnete Stundensatz von 80 % von € 356,– sei im Hinblick auf den von der klagenden Partei angeführten Stundensatz der Honorarrichtlinie der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeit als angemessen zu werten. Entsprechendes gelte auch für die verzeichnete Zeitversäumnis für die Hin- und Rückfahrt. Die Gebühren für Hin- und Rückfahrt sowie für das neuerliche Aktenstudium wären wie vom Sachverständigen verzeichnet zu bestimmen gewesen.

Der aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Rekurs der klagenden Partei vom 26. 5. 2023 richtet sich gegen Punkt II.2. und II.3. dieses Beschlusses. Darin beantragt die klagende Partei, die Gebühr für Mühewaltung mit € 900,– (sechs Stunden à € 150,–) und die Gebühr für Zeitversäumnis für die Hin- und Rückfahrt mit € 90,80 (vier Stunden à € 22,70) zu bestimmen, *in eventu*, die Gebühren des Sachverständigen infolge Verletzung der Warnpflicht im Spruchpunkt II. um € 1.351,– zu kürzen, *in eventu*, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Sache zur allfälligen Verfahrenserweiterung dem Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung mittels Zurückweisung aufzutragen.

Die beklagte Partei und der Sachverständige beteiligten sich nicht am Rekursverfahren.

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

1. Gebühr für die Vorbereitung:

Die vom Sachverständigen verzeichneten Tätigkeiten für die Vorbereitung auf die Verhandlung stellen ordnende, stoffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende, der Gutachtenserörterung zuzuordnende Vorbereitungsarbeiten dar, die mit der Mühewaltungsgebühr nach § 34 GebAG zu honorieren sind, da für die Vorbereitung einer Verhandlung im GebAG keine eigene Gebühr vorgesehen ist (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, SDG – GebAG[4], § 34 GebAG E 1 ff).

Für die Honorierung der Mühewaltung des im vorliegenden Verfahren tätig gewordenen Sachverständigen sind im GebAG keine Tarife enthalten; für die Honorierung seiner außergerichtlichen Tätigkeit gibt es auch keine gesetzlich vorgesehene Gebührenordnung, da die Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeit nicht als solche zu qualifizieren ist. Sachverständige, die sich auf diese Honorarordnung berufen, haben daher zu bescheinigen, dass sie die darin genannten Sätze im außergerichtlichen Erwerbsleben auch tatsächlich beziehen (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 34 GebAG Anm 15; OLG Wien 13 R 121/19p). Der Sachverständige hat diesen außergerichtlichen Verdienst primär zu behaupten und im Bestreitungsfall nachzuweisen, dass er diese Honoraransätze auch tatsächlich erzielt (*Krammer* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III/1[3], Anh § 365 ZPO Rz 54).

In der Gebührennote vom 9. 2. 2023 verzeichnete der Sachverständige einen Stundensatz für Mühewaltung von € 356,–. Gegen diese Honorierung der Mühewaltung erhoben die Parteien keine Einwendungen.

Die Nichtäußerung der – qualifiziert vertretenen – Parteien zum Gebührenantrag des Sachverständigen führt zur „Fiktion ihrer Zustimmung". Infolge der fingierten Zustimmung der Partei können von ihr im Rekurs nur Gründe vorgebracht werden, die sich mit der fingierten Zustimmung vereinbaren lassen bzw einen Verstoß gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen geltend machen. Die Zustimmungsfiktion des § 39 Abs 1a GebAG hat eine beweiserleichternde und verfahrensbeschleunigende Funktion insoweit, als nach Fristablauf Einwendungen im Sinne von Gegenbescheinigungen nicht mehr zulässig sind, sondern das die Gebühr bestimmende Gericht von den behaupteten Tatsachen als bescheinigt auszugehen hat (RIS-Justiz RS0113539; RW0000620; RI0000108; OLG Graz, 4 R 14/19i; 7 R 68/18f; 6 Rs 83/18z; 7 R 58/18f mwN; OLG Innsbruck 25 Rs 45/01f; *Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 39 GebAG E 83 ff und § 41 GebAG E 69 ff; *Dokalik/Weber*, Das Recht der Sachverständigen und Dolmetscher[4], § 39 GebAG Rz 10 uva).

Dies hat umso mehr zu gelten, als die klagende Partei es gegenständlich nicht bloß unterließ, eine Äußerung zur Gebührennote vom 9. 2. 2023 abzugeben, sondern in ihrem Schriftsatz ausdrücklich darauf hinwies, keine Einwendungen gegen die Gebührennote zu erheben. Somit ist vom darin verzeichneten Stundensatz für außergerichtliche Erwerbstätigkeiten von € 356,– auszugehen. Die erst gegen die zweite Gebührennote erhobenen Einwendungen gegen die Höhe des Stundensatzes sind nicht mit der zuvor erfolgten Zustimmung zum außergerichtlichen Verdienst des Sachverständigen vereinbar, sind doch die Gebühr für die Vorbereitung und die weitere Gebühr für Mühewaltung nach § 35 Abs 2 GebAG im Verhältnis zu der Gebühr für die Grundleistung zu bestimmen. Das Erstgericht hat daher die Mühewaltungsgebühr für die Vorbereitung des Fragenkatalogs (drei Stunden) zutreffend auf Basis des Stundensatzes von € 356,– (davon 80 %) zugesprochen und es bedurfte keiner Einleitung eines Verbesserungsverfahrens, damit der Sachverständige die von ihm angebotenen Nachweise für den außergerichtlich erzielten Stundensatz von € 356,– vorlegt.

2. Gebühr für die Gutachtenserörterung bzw -ergänzung:

Der Gebührenanspruch für die Ergänzung oder Erläuterung eines schriftlichen Gutachtens in der mündlichen Verhandlung richtet sich nach § 35 Abs 2 GebAG. Demnach hat der Sachverständige einen Anspruch auf eine weitere Gebühr für Mühewaltung, die in einem je nach der aufgewendeten Zeit und Mühe entsprechend niedrigeren Verhältnis zur Mühewaltungsgebühr für die Grundleistung mit einem Gesamtbetrag nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist. In der Praxis werden Sätze zwischen einem Viertel (bei hohen Gebühren) und einem Drittel, auch 40 % oder bei umfangreicher Gutachtensergänzung 50 % der Grundleistung (das ist die Mühewaltungsgebühr für das schriftliche Gutachten) zugesprochen. Nach anderen Entscheidungen sind mündliche Ergänzungen und Erläuterungen des schriftlichen Gutachtens nach der aufgewendeten Zeit mit dem Stundensatz des Sachverständigen zu honorieren. Dabei ist aber vom gleichen Stundensatz wie

für das schriftliche Gutachten auszugehen; eine Minderung des anzuwendenden Stundensatzes kann aus § 35 Abs 2 GebAG nicht abgeleitet werden. Vielmehr ist nur die Gesamtgebühr nach § 35 Abs 2 GebAG in einem angemessenen Verhältnis zur Gebühr für die Grundleistung zu halten (*Krammer*, aaO, Anh § 365 ZPO Rz 73).

Unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Schwierigkeit der mündlichen Gutachtenserörterung bzw -ergänzung ist der verrechnete Stundensatz von (bloß) 80 % des Stundensatzes der schriftlichen Gutachtenserstattung nicht zu beanstanden. Der Betrag (drei Stunden zu 80 % von € 356,–) steht zudem in einem angemessenen Verhältnis zur Gesamtleistung, da es sich um rund ein Viertel jenes Betrags handelt, den der Sachverständige an Mühewaltung für das schriftliche Gutachten verrechnete.

Die klagende Partei weist im Rekurs richtigerweise darauf hin, dass dem Sachverständigen bei der Gebührenberechnung offenbar ein Rechenfehler unterlaufen ist. Zu Punkt II.2. ergibt sich daher ein gerundeter Betrag von € 1.709,–, sodass der Beschluss dahin gehend zu korrigieren war.

3. Gebühr für Zeitversäumnis:

Gemäß § 32 Abs 1 GebAG hat der Sachverständige für die Zeit, die er innerhalb eines Tages wegen seiner Tätigkeit im gerichtlichen Verfahren außerhalb seiner Wohnung oder seiner gewöhnlichen Arbeitsstätte bis zur möglichen Wiederaufnahme der Arbeit besonders aufwenden muss, Anspruch auf eine Entschädigung für Zeitversäumnis im Ausmaß von € 22,70 für jede, wenn auch nur begonnene Stunde (RIS-Justiz RS0059145; OLG Graz 6 Rs 10/19s).

Die reine Fahrzeit des Sachverständigen von seiner Adresse bis zum LG Klagenfurt beträgt nach dem Routenplaner (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 32 GebAG E 63) rund 1 Stunde und 50 Minuten; zusätzlich zu berücksichtigen sind die Dauer der Parkplatzsuche und die Wegzeiten zwischen Parkplatz und Gerichtsgebäude. Schließlich ist eine Zeitspanne zu berücksichtigen, die dazu dienen soll, ein rechtzeitiges Erscheinen zu sichern. Da die Gebühr für Zeitversäumnis für jede auch nur begonnene Stunde zusteht, ist von einer fünften angefangenen Stunde auszugehen, sodass dem Sachverständigen die verzeichneten fünf Stunden als Zeitversäumnis zustehen (OLG Linz 8 Bs 95/21h).

Der verzeichnete Stundensatz ist jedoch – wie im Rekurs zutreffend beanstandet – gemäß § 32 Abs 1 GebAG auf € 22,70 zu reduzieren, da die Entschädigung für Zeitversäumnis nur nach den Sätzen des GebAG zuerkannt werden kann (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 32 GebAG E 67). Der Anspruch für Zeitversäumnis errechnet sich daher richtig mit € 113,50 netto.

4. Warnpflichtverletzung:

Der Sachverständige hat nach § 25 Abs 1a GebAG rechtzeitig auf die voraussichtlich entstehende Gebührenhöhe hinzuweisen, wenn zu erwarten ist oder sich bei der Sachverständigentätigkeit herausstellt, dass die tatsächlich entstehende Gebühr die Höhe des Kostenvorschusses, mangels eines solchen den Wert des Streitgegenstands oder im Verfahren vor dem Landesgericht € 4.000,– übersteigt. Dem Sachverständigen wurde die Höhe des Kostenvorschusses bekannt gegeben, die mit den Gebühren für die schriftliche Gutachtenserstattung nicht überschritten wurde. In Kenntnis der Höhe der unbeanstandet gebliebenen Gebührennote begehrte die klagende Partei unter Ausführung zahlreicher Fragen die Gutachtenserörterung, die verfahrensrechtlich jedenfalls durchzuführen war. Die klagende Partei musste im Hinblick auf den Umfang der beantragten Erörterung mit dem Anfall weiterer beträchtlicher Kosten rechnen. Einer gesonderten Warnung des Sachverständigen betreffend die diesbezüglich unvermeidlichen Kosten bedurfte es daher nicht (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG E 196; OLG Innsbruck 5 R 2/22s).

Zudem erlegte die klagende Partei einen weiteren, die Überschreitung des bisherigen Kostenvorschusses abdeckenden Kostenvorschuss, bevor sie die Verletzung der Warnpflicht geltend machte, weshalb die klagende Partei sich auch aus diesem Grund nicht auf die Verletzung der Warnpflicht berufen kann (*Krammer/Schmidt/Guggenbichler*, aaO, § 25 GebAG E 193).