

# TE OGH 2001/2/6 15R7/01m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.02.2001

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat durch den Richter des Oberlandesgerichtes Univ.Doz.Dr.Bydlinski als Vorsitzenden und den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Univ.Prof.Dr.Ertl sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Rechberger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei D\*\*\*\*\*, Architekt, \*\*\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwälte G\*\*\*\*\* Wien, wider die beklagte Partei U\*\*\*\*\*, Arzt, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.F\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt in 9470 St.Paul, wegen S 219.117,42 s.A., über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Korneuburg vom 30.10.2000, 6 Cg 106/99i-33, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird, soweit er gegen die Bestimmung der Gebühren des SV

DI Wolfgang Bauer gerichtet ist (P 1), n i c h t Folge gegeben.

Soweit der Rekurs gegen den Ausspruch gem. § 2 Abs. 2 GEG (P 3)

gerichtet ist, wird ihm t e i l - w e i s e Folge gegeben und

der angefochtene Beschluss dahin a b g e ä n d e r t, dass für den

aus Amtsgeldern gezahlten Betrag beide Parteien je zur Hälfte

ersatzpflichtig sind.

Die sich aus dieser Entscheidung ergebenden Anordnungen obliegen dem Erstgericht.

Der Antrag auf Kostenersatz wird abgewiesen (§ 41 Abs. 3 GebAG). Der Revisionsrekurs ist jedenfalls u n z u - l ä s s i g (§ 528 Abs. 2 Z 5 ZPO). Der Antrag auf Kostenersatz wird abgewiesen (Paragraph 41, Absatz 3, GebAG). Der Revisionsrekurs ist jedenfalls u n z u - l ä s s i g (Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 5, ZPO).

## Text

Begründung:

Der Kläger begehrt die Bezahlung von S 219.117,42 s.A. für Architektenleistungen, wogegen der Beklagte vor allem eine Reihe von Mängeln einwendet. Mit Beschluss vom 04.01.2000, ON 13, wurde der SV DI Wolfgang H\*\*\*\*\* beauftragt, diese Mängel zu überprüfen und allenfalls die aus technischer Sicht angemessene Preisminderung bzw. die notwendigen Kosten einer Mängelbehebung zu beziffern. Darüber hinaus wurde er beauftragt, die behauptete Wertminderung der Liegenschaft sowie das Vorhandensein von Planungs- und Bauaufsichtsfehlern zu überprüfen und allenfalls die aus technischer Sicht angemessene Preisminderung bzw. die Mängelbehebungskosten zu beziffern. Letztendlich sollte er die Honorarabrechnung im Hinblick auf Eigenleistungen des Beklagten sowie eine Überschreitung der Bausumme überprüfen.

Nach Abgabe eines Gutachtens (ON 22) und eines Ergänzungsgutachtens (ON 28) bestimmte das Erstgericht mit dem angefochtenen Beschluss die Gebühren des Sachverständigen mit S 58.390,-- (Gutachten) und S 12.153,-- (Ergänzungsgutachten). Für den aus Amtsgeldern gezahlten Betrag sprach es die Ersatzpflicht der beklagten Partei aus (§ 2 Abs. 2 GEG). Nach Abgabe eines Gutachtens (ON 22) und eines Ergänzungsgutachtens (ON 28) bestimmte das Erstgericht mit dem angefochtenen Beschluss die Gebühren des Sachverständigen mit S 58.390,-- (Gutachten) und S 12.153,-- (Ergänzungsgutachten). Für den aus Amtsgeldern gezahlten Betrag sprach es die Ersatzpflicht der beklagten Partei aus (Paragraph 2, Absatz 2, GEG).

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Rekurs der beklagten Partei mit dem Antrag, "die Höhe der Gebühren des SV mit S 0,- (zu) bestimmen" (Punkt I). Weiters wird begehrt, die Gebühren des SV bis zur Entscheidung in der Hauptsache vorläufig aus Amtsgeldern zu bestreiten, in eventu sie vorläufig zur Gänze der klagenden Partei aufzuerlegen bzw. deren alleinige Ersatzpflicht festzustellen (Punkt II). Gegen diesen Beschluss wendet sich der Rekurs der beklagten Partei mit dem Antrag, "die Höhe der Gebühren des SV mit S 0,- (zu) bestimmen" (Punkt römisch eins). Weiters wird begehrt, die Gebühren des SV bis zur Entscheidung in der Hauptsache vorläufig aus Amtsgeldern zu bestreiten, in eventu sie vorläufig zur Gänze der klagenden Partei aufzuerlegen bzw. deren alleinige Ersatzpflicht festzustellen (Punkt römisch II).

Die klagende Partei und der SV beantragen, den Rekurs in Punkt I nicht Folge zu geben. Die klagende Partei und der SV beantragen, den Rekurs in Punkt römisch eins nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist in Punkt I nicht, in Punkt II teilweise gerechtfertigt. Der Rekurs ist in Punkt römisch eins nicht, in Punkt römisch II teilweise gerechtfertigt.

Das Sachverständigengutachten ist zwar vor dem Ausspruch über die Gebühren auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen, doch verkennt der Rekurswerber Zweck und damit Grenzen dieser Prüfungspflicht. Die Aufgabe des in der Gebührenfrage angerufenen Rechtsmittelgerichtes kann es gerade nicht sein, die Beurteilung der Rechts- und Tatfrage im Hauptverfahren vorwegzunehmen und dem Erstgericht hiebei seine Auffassung aufzuzwingen.

Wenn dieses im Rahmen seiner Prozessleitung ein bestimmtes Vorbringen für irrelevant oder dessen Prüfung erst in einem späteren Verfahrensstadium für zweckmäßig erachtet, so ist ein Gutachten nicht schon deshalb unvollständig, weil es sich mit solchen Fragen nicht auseinandersetzt. Schon aus diesem Grund kann bei Einholung eines Ergänzungsgutachtens nicht unterstellt werden, dass es der SV bei Erstellung des ersten Gutachtens an der gehörigen Sorgfalt habe fehlen lassen. Diesem kann es auch nicht als Verschulden vorgeworfen werden, wenn er in seinem Gutachten nur die vom gerichtlichen Auftrag eindeutig umfassten Fragen behandelt und im übrigen dem Gericht die Erteilung ergänzender Aufträge überlässt (Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E Nr. 29 zu § 25). Auch insofern kann das Rekursgericht nur die Vollständigkeit des Gutachtens, und zwar prinzipiell nur durch Vergleich mit dem Gerichtsauftrag, ermitteln. Was die Richtigkeit des Gutachtens betrifft, so dürfen Gebühren nur dann nicht zugesprochen werden, wenn ein Gutachten geradezu völlig unbrauchbar in dem Sinne ist, dass eine Erfüllung des Auftrages des Erstgerichts gar nicht zu erkennen ist (SV 1982/2, 25). Es genügt also nicht, wenn ihm nur vorgeworfen werden könnte, dass es zu bestimmten Einwendungen einer Seite deutlicher hätte Stellung nehmen können. Wenn dieses im Rahmen seiner Prozessleitung ein bestimmtes Vorbringen für irrelevant oder dessen Prüfung erst in einem späteren Verfahrensstadium für zweckmäßig erachtet, so ist ein Gutachten nicht schon deshalb unvollständig, weil es sich mit solchen Fragen nicht auseinandersetzt. Schon aus diesem Grund kann bei Einholung eines Ergänzungsgutachtens nicht unterstellt werden, dass es der SV bei Erstellung des ersten Gutachtens an der gehörigen Sorgfalt habe fehlen lassen. Diesem kann es auch nicht als Verschulden vorgeworfen werden, wenn er in seinem Gutachten nur die vom gerichtlichen Auftrag eindeutig umfassten Fragen behandelt und im übrigen dem Gericht die Erteilung ergänzender Aufträge überlässt (Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E Nr. 29 zu Paragraph 25.). Auch insofern kann das Rekursgericht nur die Vollständigkeit des Gutachtens, und zwar prinzipiell nur durch Vergleich mit dem Gerichtsauftrag, ermitteln. Was die Richtigkeit des Gutachtens betrifft, so dürfen Gebühren nur dann nicht zugesprochen werden, wenn ein Gutachten geradezu völlig unbrauchbar in dem Sinne ist, dass eine Erfüllung des Auftrages des Erstgerichts gar nicht zu erkennen ist (SV 1982/2, 25). Es genügt also nicht, wenn ihm nur vorgeworfen werden könnte, dass es zu bestimmten Einwendungen einer Seite deutlicher hätte Stellung nehmen können.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass nach § 39 Abs. 1 Satz 4 GebAG den Parteien unter Beischluss einer Ausfertigung

der Gebührennote Gelegenheit zur Äußerung binnen einer angemessenen, 14 Tage nicht überschreitenden Frist zu geben ist, was hier auch geschehen ist. Wenn auch über die Tragweite dieser Bestimmung in Verbindung mit Abs. 3 leg.cit. Auffassungsunterschiede bestehen, so besteht doch Einhelligkeit darüber, dass der Rekurswerber im Rekursverfahren prinzipiell keine neuen, für die Gebührenbestimmung wesentlichen Umstände geltend machen kann [(WR 841; SV 1999/1, 2 und 3, 4 [Krammer]). Das muss umso mehr gelten, wenn es sich um erst in zweiter Instanz gemachte Einwendungen handelt, die bereits vor dem Erstgericht vorgebracht werden hätten können. Es entspricht wohlwollenden Grundsätzen des österreichischen Prozessrechts, dass der Schwerpunkt des Verfahrens in der ersten Instanz liegen und diese nicht nur als Vorspann für das Verfahren zweiter Instanz dienen soll. Warum diese solchermaßen doppelt - keine Vorwegnahme des Hauptverfahrens in erster Instanz, Neuerungsverbot im Rekursverfahren - eingeschränkte Prüfungsbefugnis verfassungswidrig sein soll, ist daher nicht einzusehen. Es besteht somit kein Grund, der Anregung des Rekurswerbers zu folgen und beim Verfassungsgerichtshof eine Prüfung des § 25 Abs. 3 GebAG zu beantragen, weil aus der Textierung des § 25 Abs. 3 GebAG abgeleitet werden könnte, dass eine Gebührenreduktion nicht bis Null erfolgen könne, sondern prozentuell beschränkt sein sollte. Wie bereits erwähnt dürfen Gebühren nicht zugesprochen werden, wenn ein Gutachten völlig unbrauchbar in dem Sinne ist, dass von einer Erfüllung des Auftrages des Erstgerichtes nicht gesprochen werden kann (SV 1982/2, 25). Und falls der SV nicht einmal die Befundaufnahme beginnen konnte, so ist seine vorbereitende Tätigkeit nicht als Gebühr für Mühewaltung iSd § 34 Abs. 2 GebAG zu honorieren, sondern lediglich in analoger Anwendung des § 32 Abs. 1 GebAG als Entschädigung für Zeitversäumnis (Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E 25 zu § 25). Darüber hinaus ist festzuhalten, dass nach Paragraph 39, Absatz eins, Satz 4 GebAG den Parteien unter Beischluss einer Ausfertigung der Gebührennote Gelegenheit zur Äußerung binnen einer angemessenen, 14 Tage nicht überschreitenden Frist zu geben ist, was hier auch geschehen ist. Wenn auch über die Tragweite dieser Bestimmung in Verbindung mit Absatz 3, leg.cit. Auffassungsunterschiede bestehen, so besteht doch Einhelligkeit darüber, dass der Rekurswerber im Rekursverfahren prinzipiell keine neuen, für die Gebührenbestimmung wesentlichen Umstände geltend machen kann [(WR 841; SV 1999/1, 2 und 3, 4 [Krammer]). Das muss umso mehr gelten, wenn es sich um erst in zweiter Instanz gemachte Einwendungen handelt, die bereits vor dem Erstgericht vorgebracht werden hätten können. Es entspricht wohlwollenden Grundsätzen des österreichischen Prozessrechts, dass der Schwerpunkt des Verfahrens in der ersten Instanz liegen und diese nicht nur als Vorspann für das Verfahren zweiter Instanz dienen soll. Warum diese solchermaßen doppelt - keine Vorwegnahme des Hauptverfahrens in erster Instanz, Neuerungsverbot im Rekursverfahren - eingeschränkte Prüfungsbefugnis verfassungswidrig sein soll, ist daher nicht einzusehen. Es besteht somit kein Grund, der Anregung des Rekurswerbers zu folgen und beim Verfassungsgerichtshof eine Prüfung des Paragraph 25, Absatz 3, GebAG zu beantragen, weil aus der Textierung des Paragraph 25, Absatz 3, GebAG abgeleitet werden könnte, dass eine Gebührenreduktion nicht bis Null erfolgen könne, sondern prozentuell beschränkt sein sollte. Wie bereits erwähnt dürfen Gebühren nicht zugesprochen werden, wenn ein Gutachten völlig unbrauchbar in dem Sinne ist, dass von einer Erfüllung des Auftrages des Erstgerichtes nicht gesprochen werden kann (SV 1982/2, 25). Und falls der SV nicht einmal die Befundaufnahme beginnen konnte, so ist seine vorbereitende Tätigkeit nicht als Gebühr für Mühewaltung iSd Paragraph 34, Absatz 2, GebAG zu honorieren, sondern lediglich in analoger Anwendung des Paragraph 32, Absatz eins, GebAG als Entschädigung für Zeitversäumnis (Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E 25 zu Paragraph 25,).

Was nun im einzelnen die nach Auffassung des Rekurswerbers fehlende summenmäßige Bewertung betrifft, so hat der SV in seinem Gutachten ON 22 festgehalten, dass es im privaten Wohnbereich fast schon üblich sei, Elektrosteckdosen auch mit geringfügigen Unterschreitungen von Sicherheitsabständen zugunsten Bequemlichkeit in der gegebenen Situation zu installieren (S 22 = AS 121). Im Ergänzungsgutachten ON 28 hält der SV fest, dass unter diesen Umständen keine Mängel vorliegen (S 3 = AS 175). Wenn das Erstgericht dieselbe Auffassung vertreten sollte, kann dem im Rekursverfahren über die Höhe der Sachverständigengebühren nicht entgegengetreten werden. Nicht anders steht es um die Elektroinstallationen im Stiegenraum. Hier hat der SV zunächst festgehalten, dass die Leichtigkeit des Leuchtmittelwechsels im raummittigen Deckungsauslass von der noch auszusuchenden Leuchte abhängt. Bei einer Hängeleuchte mit Energiesparlampe werde der Leuchtmittelwechsel wohl zehn Jahre lang kein Thema sein (S 23 = AS 123). Im Ergänzungsgutachten führte er abermals aus, dass die Installationen mängelfrei seien, eine (ihm nicht ersichtliche) Gefahr bei einer stromführenden Steckdose werde durch bloßes Abklemmen der stromführenden Drähte erreicht; bei Montage einer Hängeleuchte in geeigneter Höhe über der Stiege sei ein Leuchtmittelwechsel kein

Problem (S 3 = AS 175). Auch hier kommt eine Ergänzung des Gutachtens in der vom Rekurswerber gewünschten Richtung nur dann in Betracht, wenn das Erstgericht entgegen den Ausführungen des SV das Vorliegen eines Mangels bejaht, was vom Rekursgericht nicht zu überprüfen ist.

Auch hinsichtlich der Verfließungsarbeiten hat der SV zunächst betont, dass kein durch gehörige Bauaufsicht durch einen Architekten vermeidbarer Mangel vorliegt (Gutachten S 23 = AS 123). Der SV hat hinzugefügt, dass nachträgliche Materialbestellungen bei Natursteinen dieser Art gewöhnlich zu deutlichen Farb- und Strukturänderungen führen und Ausbesserungsarbeiten gewöhnlich gerade zu keiner Verbesserung führen (Gutachten S 23 = AS 123). Ergänzend fügte der SV noch hinzu, dass bei ordentlicher gewerbsmäßiger Herstellung von Abbruch Fliesenböden inklusive Estrich und Neuherstellung inklusive aller Nebenarbeiten angesichts des Kleinausmaßes mit etwa ATS 3.500,-- bis 4.000,-- pro m<sup>2</sup> inklusive USt. gerechnet werden könne (S 4 des Ergänzungsgutachtens = AS 177). Es besteht somit auch hier kein Anlass, die Gebühren des SV zu schmälern. Bloße Behauptungen des Rekurswerbers über die Menge des vorhandenen Fliesenmaterials müssen daher auf sich beruhen. Dasselbe gilt für die Ausführungen des SV, wonach die Demontage der ganzen Stiege nicht nötig sei, wenn "guter Wille des Ausführenden vorausgesetzt" werde (ON 28 S 4 = AS 177). Wenn das Erstgericht der Meinung sein sollte, dieser könne nicht unterstellt werden, ist es seine Sache, eine Ergänzung des Gutachtens zu begehren, was aber jedenfalls bisher nicht der Fall war. Soweit der Rekurswerber schließlich pauschal auf seine ausführlichen Stellungnahmen im Verfahren erster Instanz verweist, so ist darauf mangels Konkretisierung nicht einzugehen.

Als "Sonderpunkt Ergänzungsgutachten" wiederholt der Rekurswerber seine bisherigen Ausführungen, auf deren Erledigung verwiesen werden kann. Nochmals sei auch angemerkt, dass die Notwendigkeit der Einholung eines ergänzenden Gutachtens noch nicht auf mangelnde Sorgfalt bei Erstattung des ersten Gutachtens schließen lässt. Schließlich sei hervorgehoben, dass sich der Rekurswerber in erster Instanz zum Gutachten samt Ergänzung geäußert (ON 25 und 31), dabei im wesentlichen aber nur das Gutachten als solches bemängelt hat. Erwägungen, wie lange die Postwege gedauert haben und wie hoch die Mühewaltung des Sachverständigen anzusetzen ist (dazu nur Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E Nr. 24 zu § 38), müssen daher schon deshalb auf sich beruhen. Bemerkt sei nur, dass zu der im Rahmen der Mühewaltung aufgewendeten Zeit auch der Zeitaufwand für die Vorbereitung des Gutachtens gehört, so etwa für Literaturstudien und Erkundigungen. Mit der Gebühr für Mühewaltung ist jede ordnende, soffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende Tätigkeit des SV zu honorieren (Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E Nr. 2 ff zu § 34). Demgemäß gehört der Schriftverkehr des Sachverständigen mit den Parteivertretern zum Zwecke der Befundaufnahmen zu den typischen Leistungen der Gutachtenserstattung (SV 2/2000, 79). Als "Sonderpunkt Ergänzungsgutachten" wiederholt der Rekurswerber seine bisherigen Ausführungen, auf deren Erledigung verwiesen werden kann. Nochmals sei auch angemerkt, dass die Notwendigkeit der Einholung eines ergänzenden Gutachtens noch nicht auf mangelnde Sorgfalt bei Erstattung des ersten Gutachtens schließen lässt. Schließlich sei hervorgehoben, dass sich der Rekurswerber in erster Instanz zum Gutachten samt Ergänzung geäußert (ON 25 und 31), dabei im wesentlichen aber nur das Gutachten als solches bemängelt hat. Erwägungen, wie lange die Postwege gedauert haben und wie hoch die Mühewaltung des Sachverständigen anzusetzen ist (dazu nur Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E Nr. 24 zu Paragraph 38,)), müssen daher schon deshalb auf sich beruhen. Bemerkt sei nur, dass zu der im Rahmen der Mühewaltung aufgewendeten Zeit auch der Zeitaufwand für die Vorbereitung des Gutachtens gehört, so etwa für Literaturstudien und Erkundigungen. Mit der Gebühr für Mühewaltung ist jede ordnende, soffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende Tätigkeit des SV zu honorieren (Krammer - Schmidt, GebAG<sup>2</sup> E Nr. 2 ff zu Paragraph 34,)). Demgemäß gehört der Schriftverkehr des Sachverständigen mit den Parteivertretern zum Zwecke der Befundaufnahmen zu den typischen Leistungen der Gutachtenserstattung (SV 2/2000, 79).

Die Gebühren des Sachverständigen DI Wolfgang H\*\*\*\*\* wurden somit vom Erstgericht rechtsrichtig ausgemessen.

Sind in bürgerlichen Rechtssachen die Kosten einer Amtshandlung, die den Betrag von ATS 3.900,-- übersteigen, aus Amtsgeldern zu berichtigen oder berichtigt worden, so hat das erkennende Gericht mit der Auszahlungsanweisung dem Grunde nach zu bestimmen, welche Partei in welchem Umfang diese Kosten nach § 2 Abs. 1 GEG zu ersetzen hat (§ 2 Abs. 2 GEG). Das Erstgericht hat diese Kosten zur Gänze dem Beklagten auferlegt. Sind in bürgerlichen Rechtssachen die Kosten einer Amtshandlung, die den Betrag von ATS 3.900,-- übersteigen, aus Amtsgeldern zu berichtigen oder berichtigt worden, so hat das erkennende Gericht mit der Auszahlungsanweisung dem Grunde nach zu bestimmen, welche Partei in welchem Umfang diese Kosten nach Paragraph 2, Absatz eins, GEG zu ersetzen hat (Paragraph 2, Absatz 2, GEG). Das Erstgericht hat diese Kosten zur Gänze dem Beklagten auferlegt.

Wieso die Begutachtung durch einen gerichtlichen Sachverständigen keine "Amtshandlung" sein soll, ist unerfindlich und der Rechtsmittelwerber übernimmt auch nicht den Versuch einer Begründung. Richtig ist allerdings, dass nach der Rechtsprechung die Kosten eines von Amts wegen eingeholten Sachverständigenbeweises, der im Interesse beider Parteien liegt, von den Parteien je zur Hälfte zu tragen ist (Tschugguel/Pötscher, Gerichtsgebühren6 E 36 ff zu § 2 GEG). Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, zieht auch die Gegenpartei nicht in Zweifel. Wieso die Begutachtung durch einen gerichtlichen Sachverständigen keine "Amtshandlung" sein soll, ist unerfindlich und der Rechtsmittelwerber übernimmt auch nicht den Versuch einer Begründung. Richtig ist allerdings, dass nach der Rechtsprechung die Kosten eines von Amts wegen eingeholten Sachverständigenbeweises, der im Interesse beider Parteien liegt, von den Parteien je zur Hälfte zu tragen ist (Tschugguel/Pötscher, Gerichtsgebühren6 E 36 ff zu Paragraph 2, GEG). Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, zieht auch die Gegenpartei nicht in Zweifel.

Der angefochtene Beschluss war somit spruchgemäß zu bestätigen, teils abzuändern.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

**Anmerkung**

EW00393 15R7-01m

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLGW009:2001:01500R00007.01M.0206.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20010206\_OLGW009\_01500R00007\_01M0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)