



OLG Linz Beschluss vom 6.3.2008, 4 R 38/08y – *Doppelter Einheitssatz für Befundaufnahme außerhalb des Kanzleisitzes*

Nach dem Sinn des Gesetzes gebührt – trotz mangelnder Erwähnung der TP 3 A III RAT in § 23 Abs 5 RATG – für die Teilnahme an der Befundaufnahme außerhalb des Kanzleisitzes der doppelte Einheitssatz, der anstelle von Reisekosten und Zeitversäumnis nach TP 9 RAT verlangt werden kann.

Leitsatz verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Das Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht hat durch Senatspräsident Dr. Wilhelm Jeryczynski als Vorsitzenden sowie Dr. Ewald Greslehner und Dr. Ulrike Neundlinger in der Rechtsache der klagenden Partei Sch*****, S****strasse 19, 5322 Hof bei Salzburg, vertreten durch Dr. Friedrich Harrer und Dr. Iris Harrer-Hörzinger, Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagte Partei B***** GmbH, F*****strasse 14, 85152 Martinsried, Deutschland, vertreten durch Dr. Thomas Bründl, Rechtsanwalt in Strasswalchen, wegen EUR 122.097,40 und Feststellung (Streitwert EUR 20.000,--) über den Rekurs der Beklagten gegen den Beschluss des Landesgerichtes Salzburg vom 25.1.2008, 14 Cg 122/07i-14, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Klägerin der Beklagten binnen 14 Tagen die mit EUR 2.624,59 (darin EUR 437,43 USt) bestimmten Kosten der Beweissicherung zu ersetzen hat. Die Beklagte hat der Klägerin binnen 14 Tagen EUR 82,69 (darin EUR 13,78 USt) an Kosten des Rekursverfahrens zu ersetzen. Der Revisionsrekurs ist nach § 528 Abs 2 Z 3 ZPO jedenfalls unzulässig.

Begründung:

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Erstgericht die von der Klägerin zu ersetzenden Kosten der Beweissicherung mit EUR 1.974,16 bestimmt. Es lehnte einen Kostenzuspruch für den Äußerungsschriftsatz ON 4 ab und sprach für die Befundaufnahme mit dem Sachverständigen nur 50 % Einheitssatz zu.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Beklagten mit dem Abänderungsantrag, ihr weitere EUR 1.960,52 zu zusprechen.

Die Klägerin beantragte in ihrer Rekursbeantwortung die Bestätigung des angefochtenen Beschlusses.

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

Entgegen der Ansicht der Rekurswerberin ist dem Erstgericht weder ein Rechenfehler unterlaufen noch hat es gegen die Rundungsvorschrift in § 1 Abs 1 letzter Satz RATG verstoßen. Eine exakte Berechnung des Tarifansatzes nach TP 3 A RAT für einen Streitwert von EUR 108.447,15 ergibt EUR 722,70715 und abgerundet auf die nächsten vollen 10 Cent EUR 722,70. Das Eineinhalbfache hiervon sind EUR 1.084,05, das ist um 1 Cent weniger als das Erstgericht der Rekurswerberin – von der Klägerin unbekämpft – zugebilligt hat. Der von der Rekurswerberin begehrte Ansatz von EUR 723,60 entspricht einem Streitwert von EUR 109.340,--; für eine solche Aufrundung fehlt aber eine gesetzliche Grundlage.

Nach ständiger Rechtsprechung sind die Kosten der Äußerung zu einem Beweissicherungsantrag dem Antragsgegner bei der Kostenentscheidung im Beweissicherungsverfahren nicht zu ersetzen (E 11 zu § 388 ZPO in MGA¹⁶; Rechberger in Rechberger³ Rz 5 zu §§ 387 bis 388 ZPO; Rassi in Fasching, Kommentar² Rz 15 zu § 388 ZPO). Weder die von Rassi (aaO Rz 16) daran geäußerte Kritik noch die Rekursausführungen bieten einen Anlass, von dieser gefestigten Rechtsprechung abzugehen. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die Äußerung der Rekurswerberin ON 4 nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war, weil ihr Begehren, das

Blockheizkraftwerk für die Befundaufnahme in Betrieb zu nehmen und der Klägerin dafür EUR 18.000,-- Kostenvorschuss aufzutragen, erfolglos blieb.

Das Erstgericht hat einen Kostenzuspruch für den Äußerungsschriftsatz daher zu Recht abgelehnt.

Im Übrigen ist der Rekurs jedoch berechtigt:

Da die Befundaufnahme vor dem 1.1.2008 stattfand, ist das Rechtsanwaltsstarifgesetz in der Fassung der EO-Novelle 2005, BGBl I 2005/68, anzuwenden.

Die Ansicht des Erstgerichtes, dass mangels Erwähnung der TP 3 A III. RAT in § 23 Abs 5 RATG für die Teilnahme an der Befundaufnahme nur der einfache Einheitssatz gebühre, hat zwar den Wortlaut, nicht aber den Sinn des Gesetzes für sich. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage heißt es wörtlich (928 der Beilagen XXII. GP 13): „*Demgemäß soll eine Entlohnung nach TP 3 A RATG in diesen Fällen immer dann stattfinden, wenn die Beziehung der Parteienvertreter zur Befundaufnahme über Auftrag des Gerichts erfolgt.*“

Daraus folgt, dass der durch die EO-Novelle 2005 in TP 3 A RAT angefügte Abschnitt III. nicht neben den Abschnitten I. und II. zu lesen ist, sondern als Ergänzung des Abschnittes II. Die Teilnahme an der Befundaufnahme ist damit aber auch vom § 23 Abs 5 RATG erfasst, sodass anstelle von Reisekosten und Zeitversäumnis nach TP 9 RAT der doppelte Einheitssatz verlangt werden kann (OLG Linz 4 R 220/07m, 3 R 197/06w). Warum dies, wie die Klägerin meint, für Befundaufnahmen nicht gelten soll, ist nicht einsichtig.

In teilweiser Stattgebung des Rekurses war der Kostenzuspruch an die Beklagte daher um den einfachen Einheitssatz zur Befundaufnahme von EUR 542,03 zuzüglich EUR 108,41 USt zu erhöhen; im Übrigen war dem Rekurs jedoch ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf den §§ 50, 43 Abs 1 ZPO, 11 RATG. Der Rekurs war mit EUR 650,44 erfolgreich, das ist ein Drittel des Rekursstreitwertes von EUR 1.960,52. Die Beklagte hat daher der Klägerin ein Drittel der Rekurskosten zu ersetzen.

Anmerkung*

Die vorliegende Kostenentscheidung ist vor allem in zweifacher Hinsicht bemerkenswert:

1. Zum Einen hält die Rsp trotz gewichtiger Bedenken der neueren Literatur¹ abermals an der verfassungsrechtlich als bedenklich² zu beurteilenden Auffassung fest, dass die Kosten einer Äußerung zum Beweissicherungsantrag iS des § 386 Abs 1 ZPO mangels gesonderter Erwähnung in § 388 Abs 3 ZPO nicht im Beweissicherungsverfahren nicht zu zusprechen sind. Nicht gefolgt ist das Rekursgericht der insoweit vergleichbaren Judikatur zu § 154 ZPO zur Entlohnung einer schriftlichen Stellungnahme zu einem Wiedereinsetzungsantrag, deren Kosten dann zu zusprechen sind, wenn die Stellungnahme über gerichtliche Aufforderung erfolgte³

2. Zum Anderen macht die vorliegende E zu Recht Folgendes deutlich:

§ 23 RATG wurde in dessen Absatz 5, der den doppelten Einheitssatz regelt, im Zuge der **EO-Novelle 2005**⁴ nicht geändert. Nach wie vor nimmt daher der Wortlaut des **§ 23 Abs 5 RATG** nicht ausdrücklich auf die Tarifpost 3A III – Intervention bei der sachverständigen Befund- bzw. Beweisaufnahme nach § 388 ZPO – Bezug. Nach einem Teil der Lehre⁵ liegt insoweit ein

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

1 Rassi in Fasching, ZPO Kommentar², § 388 ZPO Rz 16 mwN.

2 Vgl. EGMR 6.2.2001, 30428/96 – Beer gg. Österreich, ÖJZ MRK 2001/16, 516; dazu Kodek, G., Zur Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens. Überlegungen aus Anlass der Entscheidung Beer gegen Österreich, ÖJZ 2004/34, 534, 589 mwN.

3 Vgl. OLG Wien AnwBl 1976, 317; LGZ Wien 22.7.1997, 41 R 388/97 f, MietSlg 49.618.

4 BGBl I 68/2005.

5 Thiele, Anwaltskosten² (2008), § 23 RATG, 233.

Redaktionsversehen vor, ist doch eine Analogie geboten.⁶ Nach dem zunächst zur Begutachtung ausgesandten Ministerialentwurf⁷ zum **Berufsrechts-Änderungsgesetz 2008 (BRÄG 2008)**⁸ wurde bereits durch eine Klarstellung des § 23 Abs 5 RATG und der TP 3 A III RAT dahingehend vorgenommen, dass "eine Voraussetzung des Entlohnungsanspruchs nach TP 3 A Abschnitt III RATG [...] nur dann erfüllt ist, wenn diese Beziehung über ausdrücklichen Auftrag des Gerichts erfolgt".⁹ Diese Auffassung entspricht dem **Normzweck des § 23 Abs 5 RATG**¹⁰ und wird nunmehr zutreffend auch in der als gefestigt zu bezeichnenden Rsp im hg. OLG Sprengel vertreten.¹¹

Darüber hinaus ist zu bemerken, dass für das Gericht – ohne Antragsüberschreitung nach § 405 ZPO – unzulässig ist, aus eigenem Zeitversäumnis oder Reisekosten zu zuerkennen, da der **doppelte Einheitssatz** nach § 23 Abs 5 RATG den Zuspruch der Kosten für Reisespesen und Zeitversäumnis ex definitione ausschließt.¹²

Abschließend besteht für eine Einschränkung der freien Anwaltswahl aus Kostengründen¹³ auch unter Berücksichtigung der Interessen der Gegenpartei kein sachlicher Grund. Eine „Einladung zum Rechtsmissbrauch“ ist darin nicht zu erkennen.¹⁴

6 Offen lassend noch LG Eisenstadt 28.2.2006, 13 R 14/06s, Zak 2006/306, 179.

7 113/ME GP 23., abrufbar unter <http://www.konvent.gv.at> (17.3.2008).

8 BGBl I 11/2007.

9 EB zum Ministerialentwurf 113/ME 23.GP, 140; ebenso bereits ErlRV 928 BlgNR 22. GP 13 zur EO-Nov. 2005 .

10 Vgl. *Thiele, Anwaltskosten*² (2008), § 23 RATG, 234 f.

11 OLG Linz 6.3.2008, 4 R 38/08y; 4 R 220/07m; 3 R 197/06w.

12 OGH 14.10.1955, 5 Os 962/55, RZ 1955, 183 zur Vorläuferbestimmung des § 25 Abs 5 der VO zum RATG 1923.

13 Deutlich LG Feldkirch 17.11.1998, 1 R 503/98y, nv.

14 OLG Linz 15.9.1997, 3 R 138/97b, AnwBl 1999/7591 = EujurZ 1999, 49 (*Grill*).