

# Zum Rekurs gegen den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses (§ 365 ZPO, § 3 GEG)

- 1. Die Frage, wer Beweisführer im Sinne des § 365 ZPO sei, ist – auch bei Zulässigkeit des Rekurses – nach überwiegender Rechtsprechung nicht Gegenstand der Überprüfung.**
- 2. Der nach Durchführung des Sachverständigenbeweises erteilte Auftrag, den durch den Kostenvorschuss nicht gedeckten Gebührenbetrag bei Gericht zu erlegen, kann weder auf § 365 ZPO noch auf § 3 GEG gestützt werden. Solche Aufträge entfalten keine Rechtswirkungen.**
- 3. Die Beschwerde bei einem Rekurs gegen einen derartigen Auftrag ist gegeben. Auch wenn der Auftrag nicht befolgt werden muss, ist ein derartiger Beschluss eine – wenn auch verfehlt – Gerichtsentscheidung, die im Rechtsmittelweg zu korrigieren ist.**

OLG Graz vom 3. August 2006, 3 R 113/06x

Die Klägerin betrieb ein Unternehmen, das sie zu übergeben beabsichtigte. Dazu befasste sie den – während des Prozesses insolvent gewordenen – Gemeinschuldner als Steuerberater.

Im Prozess warf sie dem Gemeinschuldner einen Beratungsfehler vor, aus dem sie Schadenersatzansprüche ableitete.

Der Gemeinschuldner bestritt. Von Anfang an berief er sich zum Beweise seines Vorbringens auf einen Sachverständigen aus dem Buchfache, später auch aus dem Fachgebiet des Immobilienwesens.

Die Klägerin verlangte anfangs – freilich bedingt: „allenfalls“ – ebenfalls die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Steuerberatungsfach. Zuletzt widersetzte sie sich aber der Bestellung eines Sachverständigen aus dem Steuerwesen, weil dessen Aussagen für den Prozessausgang irrelevant seien. Jedenfalls dürfe nur der Prozessgegner, nicht aber sie mit dem Erlag eines Kostenvorschusses für dieses Beweismittel belastet werden.

Das Gutachten eines Sachverständigen aus dem Immobilienwesen liegt inzwischen vor.

Die Insolvenz des Gemeinschuldners und die so ausgelöste Verfahrensunterbrechung benützte das Erstgericht für eine Bereinigung der zu diesem Zeitpunkt von den Parteien erlegten Kostenvorschüssen (den zu BE-Konto-Nr. 3615-482 erliegenden Kostenvorschussrest überwies es dabei allerdings nicht an den Einzahler – nämlich: Klägerin –, sondern an den Beklagtenvertreter).

Nach der von der Klägerin initiierten Verfahrensfortsetzung bestellte das Erstgericht sogleich einen Sachverständigen aus dem Steuerwesen, dem es die Gutachtenserstattung auftrag; eine Beschlussfassung nach § 365 ZPO unterblieb.

Der Sachverständige erstattete das ihm aufgetragene Gutachten und verlangte dafür Gebühren von € 7.218,-. Ob es zu einer Gutachtenserörterung kommen und die Gebührenhöhe beansprucht werden wird, ist derzeit noch unabsehbar.

Mit dem nun angefochtenen Beschluss trug das Erstgericht den Parteien den Erlag von € 3.000,- an Kostenvorschüssen – „zur Deckung der weiteren SV-Gebühren“ – binnen 14 Tagen auf; die weiteren Beschlussteile interessieren im Rekursverfahren nicht.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Rekurs der Klägerin.

Sie ficht den Beschluss (nur) „hinsichtlich mit einem Betrag von € 2.800,-“ mit dem Abänderungsantrag an, „dass es der beklagten Partei anstelle der klagenden Partei“ aufgetragen werde, einen Kostenvorschuss von € 2.800,- zu erlegen. Hilfsweise stellt sie auch einen Aufhebungs- und Zurückverweisantrag.

Der Rekurs ist im Ergebnis berechtigt, wenngleich nicht im Sinne der von der Klägerin formulierten Abänderungsanträge.

1.a) § 365 ZPO gebietet dem Gericht, dem Beweisführer, dem keine Verfahrenshilfe bewilligt worden ist, den Erlag eines Kostenvorschusses zur Deckung des mit der Aufnahme eines Sachverständigenbeweises verbundenen Aufwands innerhalb bestimmter Frist aufzutragen. Eine gesetzliche Regelung zur Ergänzung von Kostenvorschüssen findet sich nun in § 3 GEG.

b) Hier argumentiert die Klägerin, das Erstgericht hätte alleine die beklagte Partei als Beweisführer betrachten und nur sie mit dem Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses belasten dürfen.

Die Judikatur ist sich nun durchaus uneins, ob bei einem über € 2.500,- gelegenen (Gesamt-)Betrag des zu erlegenden Kostenvorschusses überhaupt die Frage beurteilt werden dürfe, ob die eine oder die andere Partei Beweisführer im Sinne des § 365 ZPO sei.

Jüngst analysierte das OLG Linz in seiner Entscheidung 2 R 135/05v die dazu vorhandenen Literatur- und Judikaturstellen eingehend, um letztlich zu resümieren, eine Anfechtung von Beschlüssen, mit denen Kostenvorschüsse für Sachverständigengebühren aufgetragen werden, sei wegen der Rekursbeschränkungen in §§ 332 Abs 2, 365 ZPO selbst dann dem Grunde nach ausgeschlossen, wenn die Wertgrenze von € 2.500,- überschritten werde; das OLG Graz schloss sich jüngst dieser Judikaturlinie an (3 R 19/06y; so auch OLG Innsbruck SV 2005, 120).

Andere Rekursgerichte bejahen dagegen auch hier eine Überprüfbarkeit der Beweispflicht dem Grunde nach (zB OLG Wien WR 896 und bbl 2003/50).

Der vorliegende Fall erübrigt jedoch ein Eingehen auf diese Judikaturkontroverse.

2. Von den Parteien können Kostenvorschüsse für Sachverständigengebühren, gleichgültig, ob nach § 365 ZPO oder nach § 3 GEG, immer nur so weit verlangt werden, als diese Leistungen erst zukünftig zu erbringen sind. „Vorschüsse“ zur Deckung von Kosten bereits erbrachter Leistungen mögen zwar mitunter einer pragmatisch gehandhabten Gerichtsübung entsprechen, solche Beschlüsse sind aber durch das Gesetz nicht gedeckt.

Der nach Durchführung des Sachverständigenbeweises einer Partei erteilte Auftrag, den durch den Kostenvorschuss nicht gedeckten Gebührenbetrag bei Gericht zu erlegen, kann deshalb weder auf § 365 ZPO noch auf § 3 GEG gestützt werden. Solche Aufträge entfalten keine Rechtswirkungen und sie können auch nicht exekutiv durchgesetzt werden (*Krammer in Faching/Konecny*<sup>2</sup>, § 365 ZPO Rz 18).

3. Die Wiedergabe des bisherigen Verfahrensganges zeigt, dass der vom Gericht von den Parteien abverlangte Kosten„vor“schusserlag keine künftig erst zu erbringende Leistungen meinen konnte. Das Gericht beauftragte ja den Sachverständigen mit der Gutachtenserstattung, ohne von den Parteien vorher Kostenvorschüsse abverlangt zu haben.

## Entscheidungen und Erkenntnisse

---

Für das schon erstattete schriftliche Gutachten beehrte der Sachverständige eine Gebühr von € 7.218,-, die das Erstgericht zwar noch nicht bestimmte, der Auftrag zum Gerichtserlag kann dennoch nur diese schon angefallenen Gebühren meinen.

4. Da ein derartiger Beschluss – wie gezeigt – keine Rechtswirkungen entfaltet und auch nicht exekutiv durchsetzbar ist, braucht nur noch die Beschwer der Rekurswerberin untersucht zu werden.

Die Judikatur weist nämlich mitunter derartige Rekurse mangels Beschwer als unzulässig zurück (vgl OLG Wien SV 1989/1, 19). Andere Rechtsmittelgerichte bejahen dagegen die Beschwer des Rekurswerbers, weil eine Prozesspartei eine Belastung mit Kostenvorschussaufträgen, auch wenn sie nicht befolgt werden müssten, nicht hinzunehmen brauche (OLG Wien redok 1264; LGZ Wien EFSIlg 67.015). In jüngerer Zeit befürwortete auch *Frauenberger* (in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, § 332 ZPO Rz 6; so offenbar auch *Krammer* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, § 365 ZPO Rz 18) für derartige Fälle die Annahme einer Beschwer: Derartige Beschlüsse hätten keine gesetzliche Grundlage, sodass die in §§ 332 Abs 2, 365 ZPO angeordneten Rechtsfolgen im Falle des Nichterlages nicht eintreten könnten; dennoch handle es sich um grundsätzlich zu beachtende Gerichtsentscheidungen; seien Gerichtsentscheidungen verfehlt, müssten sie jedoch im Rechtsmittelwege korrigiert werden können.

Der Rekursenat schließt sich dieser Argumentationslinie an.

Wenngleich aus anderen als im Rekurs genannten Gründen war daher der angefochtene Beschluss abzuändern und im Umfange der Anfechtung ersatzlos zu beheben. Dagegen scheidet die im Rekursantrag primär beehrte Abänderung der Entscheidung dahin, dass nun der Prozessgegner mit dem Erlag des in Rede stehenden Betrages belastet werde, aus den genannten Gründen aus.

Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Trotz des Rekuserfolges sind die Rekurskosten als weitere Verfahrenskosten zu behandeln, weil durch die Rekursentscheidung kein Zwischenstreit zwischen den Parteien, sondern eine einseitige Auseinandersetzung des Klägers mit dem Erstgericht beendet wurde. Hatte aber die Gegenpartei keine rechtliche Einflussmöglichkeit auf die mit Rekurs bekämpfte Entscheidung, dann trifft sie gegenüber dem erfolgreichen Rekurswerber keine vom Ausgang des Verfahrens unabhängige Kostenersatzpflicht (OLG Innsbruck 13 Ra 39/98b).

Der Revisionsrekurs gegen diese Entscheidung ist nach § 528 Abs 2 Z 5 ZPO jedenfalls unzulässig; der Auftrag zum Erlag eines Sachverständigengebührevorschusses ist eine Entscheidung „über die Gebühren des Sachverständigen“ im Sinne § 528 Abs 2 Z 5 ZPO (*Stohanzl*, ZPO<sup>15</sup> § 528 E 114).