

Keine Überprüfung der Richtigkeit eines Auftrags zum Erlag eines Kostenvorschusses im Rekursverfahren (§§ 332 Abs 2, 365 ZPO)

1. Der den Erlag des Kostenvorschusses nach § 365 ZPO anordnende Beschluss ist nach § 332 Abs 2 ZPO nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei auferlegten Vorschüsse € 2.500,- übersteigt.
2. Kostenvorschüsse nach § 365 ZPO und § 3 GEG sind zusammenzurechnen
3. Im Rekursverfahren ist jede Überprüfung der verfahrensrechtlichen Richtigkeit des Erlagsauftrages ausgeschlossen.
4. Bei einer Überprüfung der Höhe des Kostenvorschusses hat das Gericht zu beurteilen, ob der geschätzte Aufwand für das einzuholende Gutachten nicht als exzessiv bemessen anzusehen ist.

OLG Wien vom 11. November 2008, 16 R 184/08 h

Entscheidungen und Erkenntnisse

Kläger und Beklagter waren Miteigentümer der Liegenschaft EZ 000 GB 00000 A., Gerichtsbezirk Josefstadt, mit der Grundstücksadresse 1090 Wien, K-gasse 9.

Im vorliegenden Verfahren verlangte der Kläger diese Gemeinschaft des Eigentums durch gerichtliche Feilbietung (Zivilteilung) aufzuheben.

Der Beklagte beantragte die Klage abzuweisen, weil eine Zivilteilung zur Unzeit erfolge. Allenfalls sei eine Realteilung durch Begründung von Wohnungseigentum im Sinn des § 3 Abs 1 Z 3 WEG 2002 vorzunehmen.

In der Verhandlung vom 17. 6. 2008 schränkte der Kläger wegen der zwischenzeitig erfolgten Veräußerung aller Miteigentumsanteile an einen Dritten sein Begehren auf Kostenersatz ein. In der selben Tagsatzung wurde die mündliche Verhandlung geschlossen.

Mit dem nun angefochtenen Beschluss erklärte das Erstgericht die Verhandlung wieder für eröffnet und trug gleichzeitig den Parteien den Erlag eines Kostenvorschusses von jeweils € 5.000,- für die Einholung eines Gutachtens eines Ziviltechnikers zur Frage der Möglichkeit und Tunlichkeit der Begründung von Wohnungseigentum an der Liegenschaft auf.

Sowohl gegen den Grund des Auftrages zum Erlag eines Kostenvorschusses, als auch dessen Höhe richtet sich der Rekurs des Beklagten, in dem er beantragt, den Beschluss im Umfang der Anfechtung ersatzlos aufzuheben und dem Erstgericht die Urteilsfällung wegen Spruchreife aufzutragen. Allenfalls möge der Beschluss dahin abgeändert werden, dass nur dem Kläger der Erlag eines Kostenvorschusses aufgetragen werde bzw dem Beklagten lediglich ein Vorschuss in der Höhe von € 2.000,- auferlegt werde.

Der Rekurs ist, soweit er sich gegen den Grund des Auftrags zum Erlag eines Kostenvorschusses richtet nicht zulässig, im übrigen, nämlich betreffend die Höhe, nicht berechtigt.

Der den Erlag des Kostenvorschusses nach § 365 ZPO anordnende Beschluss ist nach § 332 Abs 2 ZPO nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei auferlegten Vorschüsse € 2.500,- übersteigt. Dabei sind Kostenvorschüsse nach § 365 ZPO und § 3 GEG zusammenzurechnen.

Unter Hinweis auf den klaren Gesetzeswortlaut und den Regelungszweck einer Verfahrensbeschleunigung vertritt die herrschende Rechtsprechung und ein Teil der Lehre (*Rüffler*; Der Sachverständige im Zivilprozess, 50ff; 6 Ob 283/03s; OLG Wien 3 R 131/03m, 1 R 243/04v) die auch vom erkennenden Senat geteilte Ansicht, dass im Rekursver-

fahren jede Überprüfung der verfahrensrechtlichen Richtigkeit des Auftrags ausgeschlossen ist (*Krammer in Fasching/Konecny*² III Rz 30 zu § 365 mwN).

Die gegenteilige Ansicht widerspricht nicht nur dem eindeutigen Gesetzeswortlaut, sondern führt außerdem zum Ergebnis, dass es im Rahmen der Überprüfung eines Kostenvorschusses im einseitigen Rekursverfahren letztlich zu einer Bindung in der Hauptsache kommt (OLG Wien 3 R 131/03m, 3 R 161/03y).

Dem Beklagten ist außerdem entgegenzuhalten, dass er selbst schon in der Klagebeantwortung die Einholung eines Immobilien-Sachverständigengutachtens beantragte, diesen Antrag im vorbereitenden Schriftsatz vom 16. 10. 2007 wiederholte und auch nach der Einschränkung des Klagebegehrens auf Kosten nur auf die seiner Ansicht nach bestehende Beweispflicht des Klägers verwies, den Antrag auf Einholung eines Gutachtens aber nicht widerrief.

Was die Höhe des aufgetragenen Vorschusses angeht, ist der Rekurs zwar zulässig, aber nicht berechtigt. Das Erstgericht beabsichtigt ein Sachverständigengutachten eines Ziviltechnikers zur Frage der Möglichkeit der Begründung von Wohnungseigentum in dem früher den Parteien gehörenden Haus einzuholen. Vor allem unter Berücksichtigung der Größe des Zinshauses und des vom Kläger unwidersprochen angegebenen hohen Einheitswertes kann der vom Erstgericht geschätzte Aufwand für die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht als exzessiv bemessen angesehen werden (vgl § 51 GebAG). Warum der Beklagte in diesem Zusammenhang wesentlich geringere Kosten erwartet, kann dem Rekurs, der dazu keine Belege nennt, nicht entnommen werden.

Sollte sich tatsächlich herausstellen, dass das Erstgericht die zu erwartenden Kosten ein wenig überschätzt hat, wird ohnedies eine Rücküberweisung vorzunehmen sein.

Betreffend die Höhe des aufgetragenen Vorschusses ist dem Rekurs damit nicht Folge zu geben.

Nach § 41 Abs 3 GebAG findet ein Kostenersatz in Gebührensachen jedenfalls nicht statt.

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses ergibt sich aus § 528 Abs 2 Z 5 ZPO.

Anmerkung:

Im gleichen Sinn mit ausführlicher historisch-teleologischer Begründung OLG Wien vom 22. November 2007, 16 R 186/07 a.

Harald Krammer