

Ergänzender Kostenvorschuss beim Sachverständigenbeweis (§§ 365, 332 Abs 2 ZPO; § 3 GEG; § 25 Abs 1a GebAG)

1. Der Beschluss, mit dem der Erlag eines Kostenvorschusses nach § 365 ZPO mit den Folgen des § 332 Abs 2 ZPO aufgetragen wird, ist nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 2.500,- übersteigt.
2. Gegen einen Beschluss, der einer Partei den Erlag eines Kostenvorschusses oder die Ergänzung eines unzureichenden Kostenvorschusses – etwa infolge einer Warnung des Sachverständigen nach § 25 Abs 1a GebAG – auf der Grundlage des § 3 GEG aufträgt, ist ein Rekurs unzulässig, weil diese Bestimmung keine Sanktion bei Nichterlag anordnet und die Parteien daher durch einen solchen Auftrag nicht beschwert sind.
3. § 365 ZPO und § 3 GEG sind im Zivilprozess im Rahmen ihres jeweiligen Regelungsbereichs auch nebeneinander anwendbar. Ein Kostenvorschuss nach § 3 GEG kann etwa auch dann auferlegt werden, wenn der Sachverständige amtswegig bestellt wird und § 365 ZPO nicht anwendbar ist.
4. Nicht jeder Fall, bei dem das Gericht nach Warnung des Sachverständigen (§ 25 Abs 1a GebAG) vor Abschluss der Tätigkeit des Sachverständigen einer Partei die Ergänzung des Kostenvorschusses nachträglich aufträgt, unterfällt § 3 GEG. Vielmehr ist eine solche Anordnung in einem Anwendungsfall des § 365 ZPO gegenüber dem Beweisführer mit den Präklusionsfolgen des § 332 Abs 2 ZPO möglich. Ein solcher Beschluss ist anfechtbar.
5. Der Beschluss, der den Erlag oder die Erhöhung eines Kostenvorschusses nach §§ 365, 332 Abs 2 ZPO aufträgt, hat den konkreten Umfang der in Aussicht genommenen Begutachtung und den Betrag des Kostenvorschusses zu enthalten. Nur so kann klargestellt werden, welches Beweismittel bei nicht rechtzeitigem Erlag präkludiert wird.
6. Der als Kostenvorschuss aufgetragene Betrag hat den voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigenbeweises voll zu decken, er darf nicht geringer, soll aber auch nicht höher sein. Hinsichtlich der Höhe des Kostenvorschusses hat der Richter grundsätzlich keinen Spielraum. Soweit erforderlich, hat das Gericht darüber Ermittlungen anzustellen.

7. **Entsprechend dem voraussichtlichen Arbeitsumfang und den Vorschriften des GebAG sollen die Parteien durch die Höhe des Kostenvorschusses eine realistische Grundlage dafür erhalten, mit welchem Aufwand sie ihr Prozessziel verfolgen. Unwirtschaftliche Prozesse können so vermieden werden.**
8. **Die Schätzung des Sachverständigen darf nicht unbesehen übernommen werden. Das Gericht muss daher zunächst den genauen Umfang des Auftrages an den Sachverständigen festlegen. Ohne Festlegung der Fragen und des Umfangs der Gutachterarbeit ist eine inhaltliche Überprüfung der Höhe des Kostenvorschusses nicht möglich. Dies gilt für den erstmaligen Kostenvorschussauftrag und auch für den Auftrag zur Erhöhung des Kostenvorschusses nach der Warnung des Sachverständigen.**
9. **Ein Kostenersatz findet im Verfahren über Sachverständigengebühren nicht statt, auch nicht bei Kostenvorschüssen für Sachverständigengebühren.**

OLG Wien vom 16. März 2009, 2 R 46/09p

Die Klägerin begehrt Mängelbeseitigung und die Feststellung der Schadenshaftung der Beklagten mit der wesentlichen Behauptung, die Beklagte habe bei einem Bauvorhaben in Wien, K.-Gasse, das Gewerk „LG 54 – Fenster und Fenstertüren aus Holz-Alu“ ausgeführt, welches mit wesentlichen Mängeln behaftet sei. Es sei ein Austausch erforderlich.

Die Beklagte wendete unter anderem ein, im Falle der Durchführung der vorgeschriebenen jährlichen Wartung hätten die Fenster- und Balkenelemente in einem ordnungsgemäßen Zustand gehalten werden können, sodass die Klägerin das alleinige Verschulden an den nunmehr aufgetretenen Mängeln treffe. Eine weitere Ursache liege in den von der Klägerin zu verantwortenden raumphysikalischen Bedingungen in Form einer extrem überhöhten Luftfeuchte.

Im Rahmen der mündlichen Streitverhandlung vom 17. 12. 2007 wurde mit den Parteien erörtert, dass es sinnvoll erscheine, denselben Sachverständigen, der auch in einem Verfahren zwischen den Wohnungseigentümern und der Klägerin wegen der behaupteten Mängel bestellt worden sei, auch im gegenständlichen Verfahren beizuziehen. Die Klägerin hatte sich schon in der Klage auf den Sachverständigenbeweis berufen. Doch wurde aus prozessökonomischen Gründen zunächst von einer Befundaufnahme bezüglich der Fenster Abstand genommen, weil eine solche im anderen Prozess heranstand.

Mit Schriftsatz vom 28. 8. 2008 legte die Klägerin Befund und Gutachten des im Parallelverfahren bestellten Sachverständigen DI Dr. N. N. vor, der zum Ergebnis gekommen sei, dass die Fenster zu tauschen seien und Sanierungskosten in Höhe von € 478.528,42 inkl USt angemessen seien.

In der folgenden mündlichen Streitverhandlung vom 10. 11. 2008 beantragte die Beklagte die Befundaufnahme bezüg-

lich eines „typischen“ Fensters und die Erstattung eines Gutachtens durch die MA 39 mit der Zusage, diese Kosten und auch jene des über Antrag der Beklagten zu bestellenden Sachverständigen DI Dr. N. N. auch in diesem Verfahren zu tragen. Nach Erörterung, dass mit Kosten an die € 10.000,- zu rechnen sei, wurde der Beklagten noch im Rahmen der mündlichen Streitverhandlung aufgetragen, einen Kostenvorschuss in dieser Höhe binnen 14 Tagen zu erlegen, widrigenfalls die Befundaufnahme unterbleibe. Nachdem die Beklagte bekannt gegeben hatte, welches Fenster der Befundaufnahme unterzogen werden solle, wurde der Kostenvorschuss in Höhe von € 10.000,- erlegt.

Daraufhin bestellte das Erstgericht mit Beschluss vom 15. 12. 2008 DI Dr. N. N. mit dem Auftrag zum Sachverständigen, Befund und Gutachten darüber zu erstatten, ob die von der Beklagten gelieferten Fenster und Türen einwandfrei seien bzw welche Mängel sie aufweisen. Das Vorbringen und der Antrag der Beklagten werden zu beachten sein. Danach gab der Sachverständige bekannt, dass aus technischer Sicht sowohl die Tauglichkeit eines Fenstertyps als auch die Tauglichkeit der eingebauten Fenster zu prüfen sei, weshalb vorgeschlagen werde, nach Durchführung des Befundtermins ein Fenster zu bestimmen, welches ausgebaut werde, und ein baugleiches Fenster von der Beklagten anzufordern, und diese beiden Fenster von der MA 39 überprüfen zu lassen.

Mit Schreiben vom 2. 2. 2009 gab der Sachverständige bekannt, dass er die Kosten für die Fensterprüfung bei der MA 39 erhoben habe. Diese belaufen sich für die Prüfung des Eignungsnachweises der Fenster, der Beschichtung und der Eckfestigkeit der Fensterelemente auf etwa € 4.000,- je Fenster, sodass insgesamt € 8.000,- für die Durchführung dieser Untersuchungen anfallen. Dazu kommen Kosten für Befund und Gutachten in derselben Größenordnung, sodass sich zuzüglich Umsatzsteuer ein Betrag von etwa € 20.000,- ergebe, wogegen nur € 10.000,- als Kostenvorschuss erliegen.

Daraufhin forderte das Erstgericht die beklagte Partei auf, binnen 10 Tagen einen Vorschuss von € 10.000,- zur Deckung des Kostenaufwands zu erlegen, der voraussichtlich entstehen werde. Werde der Vorschuss nicht rechtzeitig erlegt, werde die Verhandlung auf Antrag der Gegenseite ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortgesetzt werden (ZPForm Nr 11).

Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Beklagten aus den Gründen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und einer Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss ersatzlos zu beheben.

Der Aufhebungsantrag ist berechtigt.

Mit dem Rechtsmittel macht die Beklagte geltend, dass sie bereits einen Kostenvorschuss in Höhe von € 10.000,- ein-

gezahlt habe. Die Höhe des Kostenvorschusses habe dem mit der Aufnahme des Beweises verbundenen Aufwand zu entsprechen und sich am Arbeitsumfang des Sachverständigen und an den Vorschriften des GebAG zu orientieren. Im Parallelverfahren sei bereits ein Kostenvorschuss von € 5.000,- aufgetragen worden. Im gegenständlichen Verfahren habe die Beklagte schon den doppelten Betrag erlegt. Völlig unnachvollziehbar sei der Beklagten nun aufgetragen worden, weitere € 10.000,- zu leisten. Mangels Begründung sei eine inhaltliche Überprüfung dieses Auftrags nicht möglich.

Dazu ist zu erwägen:

Gemäß § 365 ZPO ist, wenn dem Beweisführer nicht die Verfahrenshilfe bewilligt ist, anzuordnen, dass ein von ihm zu bestimmender Betrag zur Deckung des mit der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwands vom Beweisführer innerhalb einer bestimmten Frist vorschussweise zu erlegen ist. § 332 Abs 2 ZPO ist sinngemäß anzuwenden.

§ 332 Abs 2 ZPO sieht vor, dass bei nicht rechtzeitigem Ertrag des Vorschusses die Ausfertigung der Ladung zu unterbleiben hat und die Verhandlung auf Antrag des Gegners ohne Rücksicht auf die ausständige Beweisaufnahme fortzusetzen ist (§ 279). Der Beschluss, mit dem der Ertrag eines Kostenvorschusses aufgetragen wird, ist nur hinsichtlich seiner Höhe und nur dann anfechtbar, wenn der Gesamtbetrag der einer Partei aufgetragenen Vorschüsse € 2.500,- übersteigt.

Diese Kostenvorschussbestimmung wird durch § 3 GEG ergänzt, wonach das Gericht, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, die Vornahme jeder mit Kosten verbundenen Amtshandlung vom Ertrag eines Kostenvorschusses abhängig machen soll, wenn die Partei, welche die Amtshandlung beantragt oder in deren Interesse sie vorzunehmen ist, nicht die Verfahrenshilfe genießt. Die Höhe des Kostenvorschusses ist dem Sachverständigen vom Gericht mitzuteilen; ist zu erwarten, dass die tatsächlich entstehende Gebühr die Höhe des erlegten Kostenvorschusses erheblich übersteigen wird (§ 25 Abs 1 GebAG), soll das Gericht die Anordnung des Kostenvorschusses nachträglich ergänzen.

§ 3 GEG trägt dem Gericht demnach auch die Ergänzung eines unzureichenden Kostenvorschusses auf, insbesondere für den Fall, dass der Sachverständige seiner Warnpflicht im Sinn des § 25 Abs 1 GebAG nachgekommen ist.

Nach herrschender Auffassung ist ein Rekurs gegen einen auf der Grundlage des § 3 GEG gefassten Beschluss als unzulässig zurückzuweisen, weil diese Bestimmung keine Sanktion bei Nichtertrag des Kostenvorschusses durch die Parteien anordnet und die Parteien daher durch einen gerichtlichen Auftrag zum Ertrag eines Kostenvorschusses nicht beschwert sind.

Nach der herrschenden Rechtsprechung sind die Bestimmungen des § 3 GEG und des § 365 ZPO im Zivilprozess im Rahmen ihres jeweiligen Regelungsbereichs auch nebeneinander anwendbar. So kann ein Kostenvorschuss nach § 3 GEG auch dann auferlegt werden, wenn der Sachverständige amtswegig bestellt wird und § 365 ZPO nicht anzuwenden ist (*Krammer in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz*², § 365 ZPO Rz 13 ff).

Aus Sicht des Rekursgerichts unterfällt daher nicht jeder Fall, in dem das Gericht aufgrund der Warnung des Sachverständigen im Sinn des § 25 Abs 1 GebAG eine Erhöhung des dem Beweisführer aufgetragenen Kostenvorschusses für erforderlich hält und vor Abschluss der Tätigkeit des Sachverständigen einer Partei den Ertrag eines weiteren Kostenvorschusses im Sinn der Ergänzung der Anordnung des Kostenvorschusses nachträglich aufträgt, § 3 GEG. Vielmehr ist eine solche Maßnahme in einem Anwendungsfall des § 365 ZPO gegenüber dem Beweisführer mit den Präklusionsfolgen des § 332 Abs 2 ZPO möglich, weshalb ein solcher Beschluss auch anfechtbar ist.

In der Sache entspricht es der Rechtsprechung des Rekursgerichts, dass ein Beschluss, mit dem das Gericht dem Beweisführer den Ertrag (die Erhöhung) eines Kostenvorschusses innerhalb einer bestimmten Frist nach §§ 365, 332 Abs 2 ZPO aufträgt, den konkreten Umfang der in Aussicht genommenen Begutachtung und den Betrag des Kostenvorschusses zu enthalten hat, weil nur so klargestellt werden kann, welches Beweismittel bei nicht rechtzeitigem Ertrag präkludiert wird.

Die Höhe des Kostenvorschusses hat dem mit der Aufnahme des Beweises verbundenen Aufwand zu entsprechen. Der als Kostenvorschuss aufgetragene Betrag hat den voraussichtlichen Aufwand des Sachverständigenbeweises voll zu decken, er darf nicht geringer, soll aber auch nicht höher sein. Zumeist wird sich der Richter an seiner Praxiserfahrung orientieren können. Hinsichtlich der Höhe des Kostenvorschusses hat der Richter grundsätzlich keinen Spielraum. Soweit erforderlich, hat das Gericht darüber Ermittlungen anzustellen. Die Höhe des Kostenvorschusses soll sich am voraussichtlichen Arbeitsumfang des Sachverständigen und an den Vorschriften des GebAG orientieren. Durch den Kostenvorschuss sollen die Parteien eine realistische Grundlage für ihre Überlegungen erhalten, mit welchem Aufwand sie ihr Prozessziel verfolgen. Die Führung von – im Ergebnis – unwirtschaftlichen Prozessen kann so vermieden werden.

Dabei darf das Gericht eine Schätzung des Sachverständigen über die voraussichtliche Höhe des Gebührenanspruchs nicht unbesehen übernehmen. Es ist daher unbedingt notwendig, dass das Gericht zunächst den genauen Umfang des Auftrags an den Sachverständigen (§ 25 Abs 1 GebAG) festlegt. Ohne konkrete Beauftragung, zu welchen Fragen und in welchem Umfang der Sachverständige sein Gutachten zu erstatten hat, kann eine Entscheidung über die Höhe des der Partei aufzuerlegenden

Kostenvorschusses nicht getroffen werden. Ohne diese Festlegungen ist auch eine inhaltliche Überprüfung des Kostenvorschussauftrags der Höhe nach im Rekursweg nicht möglich (*Krammer*, aaO, § 365 Rz 24).

Diese Erwägungen gelten für den erstmaligen Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses und auch für den Auftrag zur Erhöhung des Kostenvorschusses nach der Warnung durch den Sachverständigen.

Der Rekurs zeigt berechtigt auf, dass der Beschluss des Erstgerichts mangels ausreichender Begründung nicht überprüfbar und deshalb aufzuheben ist.

Deshalb war spruchgemäß zu entscheiden.

Ein Kostenersatz findet im Verfahren über Sachverständigengebühren nicht statt. Zu den Beschlüssen über die Gebühren des Sachverständigen zählen nach der ständigen Rechtsprechung auch Aufträge zum Erlag eines Sachverständigengebührenkostenvorschusses (OLG Wien 11 R 49/01h uva; vgl in der Sache weiters 2 R 29/09p, 3 R 70/08y ua).

Anmerkung:

1. Die vorstehend abgedruckte Entscheidung des OLG Wien behandelt **grundlegend wichtige Fragen über Aufträge zu ergänzenden Kostenvorschüssen an die Parteien** aus Anlass eines umfangreichen Sachverständigenbeweises (§§ 365, 332 Abs 2 ZPO; § 3 GEG). Den sorgfältig begründeten Erwägungen ist **voll zuzustimmen**.

2. Nur zur Zitierung von § 25 Abs 1 GebAG bezüglich der **Warnpflicht von Sachverständigen** soll darauf **hingewiesen** werden, dass diese Materie **seit 1. 1. 2008 in § 25 Abs 1a GebAG geregelt** ist (zu den **Übergangsbestimmungen** vgl Art XVII BGBl I 2007/111).

Harald Krammer